00783

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

IUS COGENS INTERNACIONAL:
NATURALEZA Y DETERMINACIÓN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
DOCTOR EN DERECHO INTERNACIONAL
P R E S E N T A :

MARIO VIGNETTES DEL OLMO

DIRECTOR DE TESIS
DR. GIL GIL MASSA

2004

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

AGRADECIMIENTOS

La investigación y redacción de este estudio, dieron ocasión para constatar la generosidad de un sinnúmero de maestros y amigos. Todos encontrarán mi reconocimiento sincero, en los renglones de esta tesis. Sin embargo, las siguientes personas deben ser mencionadas:

Gracias al Doctor Gil Gil Massa por su acertada dirección en la que supo equilibrar, una amplia libertad de investigación con el rigor propio de un ensayo doctoral. A los Licenciados Roxana de Jesús Aválos y Lorenzo Aldrete, quienes leyeron y criticaron el manuscrito desde su respectivo campo de especialidad, reconozco su desinteresado esfuerzo por expurgarlo de sus errores más crasos. Guardo en gran estima la ayuda de los miembros del sínodo, por instarme a repensar aseveraciones y a pulir el trabajo en todos sus aspectos. Valoro el constante ánimo que la Mtra. Elizabeth Aquino Palmero me brindó, en mi empeño por concluir mis estudios de posgrado.

A los miembros de mi querida familia, agradezco su incondicional aliento, aún a costa de las horas que debí dedicarles.

La presente tesis es un testimonio de admiración a los juristas Eduardo García Máynez y Antonio Gómez Robledo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, institución que me formó y que me recibió generosamente como alumno tras una ausencia de diez años.

A mis amados padres

Margarita Del Olmo Sánchez y Jorge Vignettes López

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO v

CAPITULO I MARCO TEÓRICO DEL *IUS COGENS*

1.1 Hipótesis 3
1.2 Teorías 3
1.2.1 La Filosofía Analítica 4
1.2.2 La Jurisprudencia Analítica . . . 7
1.3 Método 13
1.4 Conceptos 18
1.4.1 *Ius cogens*, etimología 19
1.4.2 Obligatoriedad 22
1.4.3 Derogabilidad 24
1.4.4 Coercibilidad y coacción 29
1.4.5 Orden Público 37

CAPITULO II ANÁLISIS DEL *IUS COGENS* COMO NORMA POSITIVA

2.1 Antecedentes de la Convención de Viena . . 46
2.2 Estructura de la Convención de Viena . . . 49
2.3 La buena fe en la Convención de Viena . . . 50
2.4 Objeto y alcance de la Convención de Viena . . 54
2.5 Análisis del artículo 53 (nulidad de los tratados) . 55
2.5.1 Aceptación y reconocimiento . . . 58
2.5.2 No admisión de acuerdo en contrario . 63
2.5.3 Nulidad absoluta como sanción . . . 68
2.5.4 Sustitución de la norma de *ius cogens* . . 81

2.6 Análisis del art. 64 (terminación de los tratados). . 83
2.7 Análisis del art. 66 (procedimiento) . . . 90
2.8 Análisis del art. 71 (consecuencias de la nulidad) . 101
2.9 Improcedencia de las reservas al *ius cogens*. . . 103

CAPITULO III EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ORDEN JURÍDICO

3.1 La imperatividad como categoría ontológica . . 119
3.1.1 El derecho del obligado 125
3.1.2 La naturaleza jurídica de la Imperatividad . 131
3.1.3 La eficacia de la norma imperativa . . 138
3.2 El orden jurídico según H.L.A. Hart . . . 141
3.2.1 Reglas de reconocimiento . . . 145
3.2.2 Reglas de cambio 148
3.2.3 Reglas de adjudicación 150
3.2.4 Hart y el Derecho Internacional . . . 153

CAPITULO IV DETERMINACIÓN DEL *IUS COGENS*

4.1. El núcleo imperativo del Derecho Internacional . . 159
4.1.1 Deberes mínimos de convivencia. . . . 161
4.1.2 Criterio de identificación 166
4.1.3 Fuentes 171
4.2. El *ius cogens* y la jurisdicción internacional . . 179
4.2.1 Opinión independiente en el caso Oscar Chinn (1934) 195
4.2.2 Sentencia en el caso del Estrecho de Corfú (1948) 198
4.2.3 Interpretación de la Convención sobre Genocidio (1951) 199
4.2.4 Sentencia en el caso *Barcelona Traction* (1970) 201

4.2.5 Sentencia en el caso Nicaragua (1986) . . 206
4.2.6 Sentencia en el caso Timor Oriental (1995) . 208
4.2.7 Sentencia en el caso Furundzija (1998) . . 215

CONCLUSIONES 223

ANEXO: DOCTRINA MEXICANA DE *IUS COGENS* . . 227

BIBLIOGRAFÍA xvii

ÍNDICE DE ESQUEMAS xxix

ÍNDICE ONOMÁSTICO xxxi

ÍNDICE ANALÍTICO xxxiii

PRÓLOGO

El siglo XX se caracterizó entre otros aspectos, por haber sido el escenario de algunas de las transformaciones más radicales de la humanidad, la mayoría potenciadas por la tecnología y otras, las menos, por su desarrollo ético. Esos años también atestiguaron la culminación de diversos procesos que se identifican, un tanto arbitrariamente como globalización. Una sociedad internacional global es hoy una realidad, pero fue concebida por Vitoria y Suárez desde el siglo XVI. En este contexto, parece lógico y necesario el estudio del *ius cogens* internacional como expresión de la existencia de un orden público internacional.

La presente investigación parte de la glosa exhaustiva del *ius cogens* como fue concebido por los redactores de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que, como es bien sabido, rige sólo a aquellos instrumentos concluidos entre Estados.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales[1] no es

[1] Adoptada el 21 de marzo de 1986, ratificada por México el 10 de marzo de 1988, *cfr.* www.sre.gob.mx.

abordada toda vez que ésta última no aporta elementos nuevos en torno al *ius cogens* internacional.

La presente indagación se justifica al menos desde dos puntos de vista.

Primero, porque la fuerza y la tendencia de los acontecimientos internacionales después del desmantelamiento gradual del orden jurídico-político impuesto por la Guerra Fría, suponen un nuevo arreglo en la comunidad internacional, por cierto no exento de amenazas a la seguridad colectiva representadas por múltiples aristas, desde los diversos tráficos ilícitos hasta los delitos de lesa humanidad. Así, las amenazas son globales como también lo son los valores a ser tutelados.

El Derecho Internacional debe responder, también de manera global y lo está haciendo a su propio ritmo. Piénsese por ejemplo que hace diez años era utópico plantear seriamente una normatividad uniforme y objetiva para exigir responsabilidad internacional a los Estados por actos ilícitos. Hoy, es un proyecto avanzado en la Comisión de Derecho Internacional[2].

Segundo. Porque así como la presión de la opinión pública internacional logró la entrada en vigor del tratado que crea la Corte Penal Internacional[3] y antes, la descolonización o el fin del apartheid –desafíos que en su momento se juzgaron formidables-; tarde o temprano habrá de reconocerse la estructura jurídica –en

---

[2] A/56/10, www.un.org/law/ilc/session/53/53sess.htm, en donde por cierto se desarrolla la figura del *ius cogens* internacional.

[3] El 1º de julio de 2002, dos meses después de ser ratificado el Estatuto de Roma de 1998 por 73 países.

parte ya existente- del orden público internacional así conformado. El *ius cogens* en una pieza maestra en ese proceso, pero debe ser plenamente comprendido en sus aspectos positivo y deontológico.

APORTACIONES ESPECÍFICAS

Para contribuir al mejor entendimiento del *ius cogens*, la presente tesis propone un enfoque de estudio nuevo, cuyos puntos medulares son los siguientes:

a) Desde el punto de vista metodológico, se adopta el análisis lingüístico -característico de la Jurisprudencia Analítica-, porque ayuda a desentrañar las múltiples aristas semánticas de la definición de *ius cogens* adoptada en el artículo 53 de la Convención de 1969, y posibilita la construcción de un criterio práctico que permita dilucidar cuándo se está en presencia de una norma internacional imperativa. Esta determinación se adoptó, por estar convencido de que "lo interesante para los juristas es el discurso que da sentido deóntico a las conductas"[4].

   Diversas concepciones jurídicas aplicadas al conocimiento del *ius cogens* ya se han intentado[5] y dominan el debate entre la conveniencia de integrar "listas de normas de *ius cogens*" y la imposibilidad de definir un criterio

[4] Correas Vázquez, Óscar: *Metodología Jurídica I. Una introducción filosófica*, 2ª. reimp. de la 1ª. ed.; Fontamara, México, 2003, p. 128.

uniforme para integrarlas. Tales posiciones han devenido estériles para explicar la naturaleza de la imperatividad y sus consecuencias en el Derecho Internacional Público.

b) Desde un punto de vista sustantivo, se pone de manifiesto que no es una división de derecho objetivo –como Derecho Civil, Derecho de los Tratados o Derecho Procesal Penal- determinada por su contenido sino que, con apoyo en el enfoque lingüístico, es claro que la voz *ius cogens* acepta varios niveles de análisis, a saber:

b1) Desde un punto de vista jurídico ontológico, el *ius cogens* es una noción básica –categoría *a priori*- que designa una forma especial de obligatoriedad. Ello explica el alto grado de abstracción y generalidad que presenta la definición del artículo 53; y

b2) Desde un punto de vista lógico formal, el *ius cogens* incorpora al binomio derecho – obligación, notas particulares que lo hacen estructuralmente singular, a saber: un derecho subjetivo imperativo que complementa a una obligación *erga omnes*. Por derecho subjetivo imperativo debe entenderse un derecho de ejercicio obligatorio. El desarrollo que desemboca en dicha fórmula, se encuentra en el punto 3.1.1.

---

[5] Para un recuento sistemático de las posturas doctrinales desarrolladas en trono al *ius cogens* véase: Kolb, Robert: *Théorie du Ius Cogens International. Essai de relecture du concept*; *Presses Universitaires de France*; Paris; 2001; *passim*.

c) Habiendo definido su naturaleza y estructura, se logra determinar un criterio objetivo que permite otorgarle contenido. Es decir, a partir del modelo de sistema jurídico propuesto por H.L.A. Hart, se analizan los diversos significados del artículo 53 y se determina que para reconocer imperatividad a una norma positiva dada, debe atenderse a la función que desempeña en el orden jurídico al que pertenece. A partir de esa concepción, a manera de ejemplo, se identifican como imperativas algunas normas internacionales convencionales.

ESTRUCTURA

Los argumentos expresados en el punto anterior, se organizan de la siguiente manera:

Capítulo Primero: Se dedica al marco teórico requerido para sustentar el estudio desarrollado en los tres capítulos posteriores. Por lo tanto, se integra con una nota sobre la escuela del pensamiento jurídico en la que este trabajo se apoya, así como de una referencia general sobre el método adoptado por la misma[6]. Las hipótesis que guían la investigación están claramente señaladas, del mismo modo que los conceptos que las hacen operables.

Capítulo Segundo: Se dedica al análisis exhaustivo de la norma positiva, que en

[6] Hart concibe al Derecho como un fenómeno lingüístico, susceptible de ser analizado primariamente en términos semánticos. Cfr. Tamayo y Salmoran, Rolando: "Estudio Preliminar" en Hart, H.L.A: *Post Scriptum al concepto de Derecho*; Penelope A. Bulloch y Joseph Raz

este caso es convencional. Siendo la costumbre la fuente originaria del Derecho Internacional, no mereció una referencia directa, en atención a que la codificación del Derecho de los Tratados versó en gran parte sobre la ordenación de prácticas muy antiguas. A la luz de una hermenéutica sistemática, se contrastan los artículos consagrados al *ius cogens* y los que resultan conexos, con las nociones generales del Derecho. Ello permite ensayar una descripción técnica de las *normas imperativas*.

El examen exhaustivo de la figura, determina que el último apartado del capítulo segundo se dedique a la crítica de las reservas formuladas a los artículos sustantivos y adjetivos del *ius cogens*; estudio que no se había intentado antes por ningún autor.

Capítulo Tercero: Primordialmente expone el nuevo enfoque de estudio propuesto para el *ius cogens* internacional, lo que permite ubicarlo dentro del fenómeno jurídico en general. Se aplica el paradigma normativo desarrollado por Hart, al Derecho Internacional Público general, para comprobar que responde bien a las premisas de ese modelo. Sobre esa base empírica, se abordan y resuelven las objeciones que, en su momento, Hart formuló.

Capítulo Cuarto: Desarrolla el concepto de "núcleo imperativo" para denotar el conjunto de normas que otorgan coherencia y dinamismo a cualquier orden

---

Editores; traducción del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 13; UNAM; México; 2000; p. XIX.

jurídico, incluidos los nacionales y el internacional. El *ius cogens*, como síntesis de lo que debe entenderse por imperatividad, cubre por su generalidad y proyección, a todo sistema normativo. El orden de la exposición permite fundamentar la idea de que son los tribunales internacionales –con o sin jurisdicción obligatoria-, los que habrán de reconocer y dar formalidad en definitiva a las normas de *ius cogens* internacional, proceso lento pero acumulativo que cimenta los desarrollos progresivos logrados por la Comisión de Derecho Internacional.

Conclusiones: Este apartado se orientan a sustentar articuladamente el argumento siguiente: no basta evaluar el comportamiento de los Estados para fundamentar un juicio sobre la naturaleza jurídica del Derecho Internacional toda vez que, como sostiene Virally el Internacional es mucho más un Derecho "diferente" que un Derecho "primitivo"[7].

Anexo: Se recogen las opiniones de juristas e internacionalistas que han generado doctrina sobre la figura del *ius cogens* en México. Se han citado en orden alfabético, para que su esclarecido criterio sea expuesto imparcialmente.

ADVERTENCIAS

Como los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 vinculados con el *ius cogens*, serán de constante referencia, se

[7] Virally, Michael: *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*; Fondo de Cultura Económica; México; 1998; p. 105.

transcriben en este prólogo para su fácil localización y debida consulta:

***Artículo 53**. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General (ius cogens).*

Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente 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[8].

***Artículo 64.** Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (jus cogens).*

Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

***Artículo 65.** Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado.*

1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En

---

[8] Szekely, Alberto: *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie A), Fuentes b), Textos y Estudios Legislativos, Núm. 9, UNAM, México, 1981, p. 207. Las referencias a instrumentos internacionales deberán entenderse como tomados de dicha compilación, a menos que otra cosa se especifique.

la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde.

2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el articulo 67 la medida que haya propuesto.

3. Si. por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el articulo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

Artículo 66. *Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación.*

Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje:

b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la Convención presentando al Secretario general de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

Artículo 71. *Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general.*

1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de Derecho Internacional general, y

b) ajustar sus relaciones mutuas a la normas imperativa de Derecho Internacional general.

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo él tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho Internacional general.

Las abreviaturas utilizadas en esta tesis son:

AFDI	*Annuaire Française du Droit International*
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas

AJIL	*American Journal of International Law*
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNU	Carta de las Naciones Unidas
CS	Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas
DI	Derecho Internacional
ICLQ	*Internacional and Comparative Law Quartely*
OI	Organismo Internacional
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RC	*Recueil des Courses*
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
ZaöRV	*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.*
ZOR	*Zeitschrift für Offentliches Recht*

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO DEL *IUS COGENS*

La imperatividad es un atributo tangible en los sistemas jurídicos nacionales, porque sus consecuencias prácticas –la nulidad, la sanción, en sus diversas formas- se actualizan con cierta regularidad. Frecuentemente, se hacen coincidir las nociones de orden público y coacción, simplificando conceptos y relaciones de suyo complejas.

Esta tendencia es observable con mayor frecuencia en el ámbito internacional, donde se le imputa ineficacia al DI, para determinar la conducta de los miembros de la comunidad internacionales, siendo una especie de *capitis diminutio,* frente a los sistemas jurídicos nacionales. Esa limitada percepción representa la base de un pobre entendimiento del significado de la imperatividad, así como de su función dentro de un sistema jurídico positivo dado.

La doctrina[1] y el Derecho Convencional se refieren a la imperatividad del DI con la

[1] Para un resumen la doctrina mexicana generada en torno al *ius cogens*, véase el anexo.

expresión *ius cogens*. Desde su formulación en 1969[2], la reflexión teórica sobre la figura en comento, se ha limitado a describirla y a intentar otorgarle algún "contenido" objetivo. Se ha intentado formular un catálogo de normas de carácter imperativo, es decir, no derogables por voluntad de los actores internacionales, sin que hasta el momento se haya logrado.

Nuevos desarrollos del DI, tales como la jurisdicción obligatoria internacional en casos del delito de genocidio, de lesa humanidad y otros[3], alientan a pensar que la comunidad internacional se mueve política y diplomáticamente hacia el reconocimiento, tácito y parcial si se quiere, de un orden público universal.

En forma marcadamente mayoritaria, la doctrina ha ido aceptando el concepto de *ius cogens* como parte del DI general. A pesar de que doctrinarios de antaño discutieron si la mera idea de normas perentorias era del todo compatible con el sistema internacional. Al presente, casi todos toman por obvia, una respuesta afirmativa a esa pregunta, y los iuspublicistas se concentran en los aspectos relevantes que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dejó abiertos, a saber:

"a) la definición del contenido particular del *ius cogens*;
b) la prueba del *ius cogens* según el artículo 53 de la Convención de Viena; y
c) la cuestión de la oponibilidad *erga omnes* de las normas perentorias"[4].

---

[2] Dentro del marco de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados.
[3] *Cfr.* Art. 5º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, www.iccnow.org/html, 15 de nov. De 2002.
[4] Ragazzi, Maurizio: *The Concept of International Obligations erga omnes*, Clarendon Press – Oxford, New York, 1997, p. 48.

En este análisis, se exploran cada una de éstas cuestiones con base en el modelo normativo propuesto por H.L.A. Hart.

1.1: HIPOTESIS

La finalidad pretendida en este estudio es la de demostrar articuladamente el que una norma de *ius cogens* internacional convencional se define por un criterio distinto al de su mero contenido, y que dicho principio trasciende los límites del DI para revelarse como una constante del fenómeno jurídico; lo cual se expresa en las siguientes hipótesis de trabajo:

a) La naturaleza de las normas de *ius cogens* debe determinarse por la función que desempeñan en el orden jurídico internacional, y no por cualquier contenido eventual que pudiera tener o llegar a tener.

b) Todo orden jurídico implica la existencia de normas que se ocupan no de la conducta de los hombres, sino de las normas mismas. Por lo tanto, si esa es la naturaleza de las normas de *ius cogens*, su formulación convencional no constituye el fundamento de su validez.

1.2: TEORIAS

Los conceptos forjados por Herbert L.A. Hart, representante de la jurisprudencia analítica, orientan la parte medular de esta indagación. Debe reconocerse que ésta es una forma particular de positivismo jurídico, por lo que le son comunes

rasgos y características, con otras formas de positivismo, como la construcción de una teoría de la norma.

Se optó por Hart, después de observar que el estudio del *ius cogens* se transformó en una estéril lucha entre positivistas y iusnaturalistas acérrimos, centrada en lo que debiera ser el contenido de las normas de *ius cogens*. Desde nuestro punto de vista ello es adjetivo, mutable, aleatorio. Es decir, no atiende al problema sustantivo: definir su naturaleza ontológica.

Se evita acudir al cómodo expediente de clasificar al *ius cogens* como una "fuente *sui generis*"[5] del DI y a que con ello se diluye la aportación más importante de la CDI en este renglón, representada por el reconocimiento de que el DI es un orden jurídico pleno.

1.2.1: LA FILOSOFÍA ANALÍTICA

La jurisprudencia analítica es tributaria de los conceptos forjados por la Filosofía Analítica, por lo que un marco teórico mínimo no puede prescindir de su estudio, así sea de manera somera y esquemática.

En términos latos, se clasifica como Filosofía Analítica a aquella que toma el proceso del análisis como cimiento central en el método y el progreso filosófico. La idea común a los filósofos analíticos es que el lenguaje esconde bajo su superficie,

---

[5] *Cfr.* Monaco: *Observations sur la hiérachie des normes du droit international*, Mélanges Mosler, 1983, p. 106 y ss. en Kolb, Robert: "*The Formal Source of Ius Cogens in Public International Law*" en ZOR, Band 53, Heft 1, 1998, Viena, Austria, p. 70.

estructuras lógicas que pueden pasar inadvertidas, por lo que se hace necesario un método para revelarlas, método que por si mismo es capaz de resolver problemas filosóficos, o al menos mostrarlos como problemas planteados por las formas del lenguaje ordinario[6]. No se piense que este movimiento filosófico tiene cohesión y uniformidad. Un buen número de comentaristas de diversas tendencias la caracterizan más como un conjunto de "empresas paralelas", de ahí su riqueza y su influencia en tan diversos campos de interés humano[7].

Así, filósofos analíticos son quienes consideran que la tarea toral de la Filosofía es el análisis de conceptos y que la Filosofía no debe tratar de ser "sintética", o sólo puede intentarlo condicionadamente. Es decir, haciendo planteamientos sobre la naturaleza de la realidad. Ello se explica, porque la Filosofía Analítica nace como reacción al formalismo lógico o específicamente al positivismo lógico, al que rechaza como método[8], a pesar de que la lógica le interesa como objeto de reflexión filosófica.

El análisis se ha concebido como una parte de la Filosofía, al menos desde Sócrates. El movimiento moderno comenzó con la labor analítica de Frege sobre la naturaleza de la matemática. La teoría de las descripciones de Russell, que trató de demostrar cómo una expresión referente como "el actual rey de Francia",

---

[6] *Cfr.* Blackburn, Simon: *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 14 y 15.
[7] *Cfr.* Zaslawsky, Denis: *La Filosofía Analítica*, Historia de la Filosofía Volumen 10, Siglo XXI Editores, México, 1981, p. 232.
[8] *Cfr. Ibid*, p. 335. He aquí una diferencia toral entre Kelsen y Hart, estrictamente en el ámbito de la teoría jurídica.

podía tener significado aunque *no existiera* tal personaje, fue tomada como el paradigma clásico del análisis.

Cambridge y Viena suelen ser consideradas como las cunas del movimiento. Sin embargo, se sostiene que la Filosofía Analítica se originó casi independientemente en Uppsala[9], lo cual se evidencia también por el hecho de que la jurisprudencia analítica y el realismo escandinavo tienen coincidencias, debido a su origen común.

Su estirpe sajona permitió a la Filosofía Analítica penetrar en los círculos intelectuales de Estados Unidos y, al hacerlo, fue afectada por otros movimientos como el pragmatismo y, como resultado, se diversificó. Por éstas y otras influencias, muchas de las características básicas de la temprana Filosofía Analítica se han visto cuestionadas dentro de su misma tradición, llegándose a dudar que exista en realidad distinción alguna entre categorías básicas como: analítico y sintético. Uno de los dudosos frutos de la Filosofía Analítica -señalan sus detractores- es que ya no hay un acuerdo general sobre el lugar que la lógica ocupa en la Filosofía.

Una circunstancia afortunada para ensanchar los alcances de la Filosofía Analítica, fue que sus cultivadores abrazaron una gama de intereses en áreas que habían sido descuidadas por la Filosofía. Aunque la lógica, el lenguaje, la

---

[9] En ese sentido, *vid.* "Julius Hartnack" en Brown, Stuart et al.: *Cien Filósofos del siglo XX*, trad. del inglés por Juan José Utrilla Trejo, Editorial Diana S.A. de C.V., México, 2001, p. 266.

epistemología y la Filosofía de la ciencia habían sido áreas centrales desde mediados del siglo XX, los filósofos analíticos han trabajado en disciplinas como: Estética (Sibley, Wollheim y otros), Ética (Stevenson, Hare, Foot y otros), Filosofía de la Educación (Hirst y Peters), Filosofía de la Historia (Dray), Filosofía de la Religión (Alston, Mitchell y Swinburne, entre otros), Filosofía de las Ciencias Sociales (Winch); Filosofía Política (G.A. Cohen) y Filosofía del Derecho (Hart y Dworkin)[10].

La Filosofía Analítica tiene sus detractores. Entre los más serios se cuenta a Karl Popper quien la trivializa señalando que el objeto de la Filosofía está lejos de ser la resolución de "rompecabezas lingüísticos"[11]; si bien reconoce que en ocasiones la eliminación de equívocos es una tarea imprescindible, preliminar a la reflexión filosófica.

En general, se acusa a la Filosofía Analítica de ser incapaz de desarrollar una teoría del método analítico, lo que explica "una ligera confusión entre la técnica y el objeto de la Filosofía"[12] que se hará más evidente cuando se aborde el método que sugiere esa escuela filosófica.

1.2.2: LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

La vertiente moderna de esta escuela del pensamiento jurídico puede ser referida

---

[10] *Cfr. Ibid.*, p. 267.
[11] Popper, Karl: *En Busca de un Mundo Mejor*, trad. del inglés por Jorge Vigil Rubio, 2ª. reimp. de la 1ª ed., Paidos, Barcelona, 1995, p. 229.
[12] Zaslawsky, Denis: *Op. cit.*, p. 328.

hasta el jurista inglés del siglo XIX, John Austin. Él definió el Derecho como un juego de órdenes que acarrean sanciones e impone un deber de obediencia. Aseveró también que el deber de obediencia no está vinculado a la moral, sino al hábito. Así, para Austin, soberano era la persona o institución que la gente estaba acostumbrada a obedecer. La separación entre la moralidad y el Derecho es conocida como positivismo analítico. Es analítico en cuanto que fracciona al Derecho en categorías por su contenido y es positivismo, en cuanto que adopta al Derecho tal cual está escrito, no por el impacto social que intenta provocar[13].

Por mucho, el exponente más relevante de la jurisprudencia analítica moderna es H.L.A. Hart, quien adopta la noción de obediencia por hábito y traza una clara distinción entre normas primarias y secundarias. Las normas primarias se ocupan de la conducta del hombre en sociedad y las personas las obedecen porque imponen un sentido de deber. Las normas secundarias se ocupan de las normas primarias, a las que sirven de directriz o criterio. Las personas obedecen las normas secundarias porque son las que confieren atribuciones y facultades.

Hart estima que la combinación de normas primarias y secundarias es lo que otorga al Derecho su carácter creativo y dinámico. Esto es percibido por sus destinatarios como un sistema normativo muy superior al constituido por costumbres sociales, morales o religiosas.

---

[13] *Cfr. The Jurisprudence of Constitutional Interpretation*, faculty.ncwc.edu/toconnor/410/410lect02.htm, 12 de agosto de 2002.

A partir de Austin, la Filosofía del Derecho se divide en analítica y crítica, al menos en Gran Bretaña. La primera se centra en la definición del Derecho, la teoría del orden jurídico, el análisis de los conceptos jurídicos y la teoría del razonamiento legal. La crítica, por su parte, evalúa al derecho en general y la obligación jurídica en particular, el contenido mínimo necesario de los sistemas jurídicos y la integridad de los extremos procesales que hacen operativo al sistema jurídico.

Al aplicar esa división al *ius cogens*, se le somete a una perspectiva analítica, toda vez que interesa determinar, tanto la definición del concepto, como su impacto en un orden jurídico dado. Toda la doctrina anterior, lo estudió con un espíritu crítico, ya que se concentró especialmente en su contenido.

Se afirma con razón que Hart se aparta de Austin[14] y de Bentham toda vez que está mas cerca del positivismo que otros analíticos. Hart es positivista en la medida que considera ese enfoque útil, teórica y prácticamente, para apoyar la distinción entre Derecho y Moral; pero simultáneamente se aparta del positivista al negar la existencia de una obligación moral –norma hipotética- de obedecer el Derecho Positivo, cualquiera que sea su contenido[15].

---

[14] Se afirma que "...quizá sea Hart el que con más claridad haya explicado la naturaleza diversa del material jurídico. La propuesta hartiana se dirige contra la línea reduccionista promovida por Austin y Kelsen" Barra Mexicana: *Publicaciones*, www.bma.org.mx, 12 de agosto de 2002.

[15] *Cfr.* Carrió, Gerardo R.: "Dworkin y el positivismo jurídico, Instituto de Investigaciones Filosóficas" en *Cuadernos de Crítica*, No. 16, UNAM, México, 1981, p. 22.

Hart toma de Kelsen su concepto de norma como cimiento de su concepción del Derecho, sustituyendo el que manejó Austin y sus sucesores, relativo al mandato colectivo[16]. El otro gran cambio introducido por Hart a la jurisprudencia analítica fue el método de investigación jurídica, centrado en el estudio del lenguaje ordinario; es decir aquel utilizado por abogados al trabajar como litigantes, notarios, jueces, consultores, legisladores, diplomáticos y académicos.[17]. Esas y otras innovaciones, además de la claridad de la exposición y la contundencia en la argumentación, hacen de "El Concepto del Derecho" una agenda tácita de investigación jurídica para las generaciones futuras.

Hart aplica un método filosófico novedoso en el mundo jurídico, a una sofisticada defensa de la noción de que el Derecho consiste esencialmente en un sistema normativo arraigado en las prácticas sociales: ciertamente una visión orientada por un cierto positivismo jurídico[18]. En ese libro, pensado como un texto escolar, Hart reconcilió el "análisis valorativo del Derecho, con la posibilidad de admitir valores éticos objetivos, fuera del campo de la Teoría del Derecho"[19]

A partir de ahí, forja una teoría bipartita de las normas jurídicas, a la vez descriptiva y práctica, que explica una noción hartiana central, a saber; que en la

---

[16] Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, 1a. reimpr. de la 2a. ed., Nacional, México, 1980, p. 77.

[17] *Cfr.* Fassó, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo III, 5ª. ed., trad. del italiano por José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1988, p. 243 a la 246.

[18] *Cfr.* Blackburn, Simon: *Op. cit.*, p. 167.

[19] Orrego, Cristobal S.: "Antecedentes iusfilosóficos de 'El concepto del Derecho' de H.L.A. Hart" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, www.juridicas.unam.mx/publicaciones/boletin, 2 de ago. de 2002.

combinación de ambos tipos de normas se encuentra la clave para que la Ciencia del Derecho –Jurisprudencia[20] en terminología sajona- adquiera el status científico que aún hoy se le niega en algunos círculos intelectuales. De ahí que su principal aportación consiste en abordar problemas clásicos del Derecho, con herramientas nuevas provenientes de la Filosofía Lingüística impulsada por diversos pensadores[21]. En este punto, es de recordarse la admonición que Popper formula en términos generales pero que bien puede aplicarse en este contexto:

> Nuestra meta no debería ser analizar 'significados', sino buscar 'verdades' interesantes e importantes; es decir 'teorías' verdaderas[22].

Hart ofrece "una teoría general de las normas en la cual, la autoridad de éstas no depende del poder físico de sus autores"[23]. Dworkin critica su modelo porque oculta el hecho de que en todo orden jurídico, hay principios jurídicos que, amén de no ser producto de ninguna decisión explícita o deliberada, son lógicamente distintos a las normas mismas y agrega que los principios poseen una dimensión "de 'peso', que las reglas no tienen"[24] y que explica el papel peculiar de los primeros.

---

[20] "El papel primordial de la jurisprudencia es esclarecer el significado preciso de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico, poner al descubierto sus relaciones, y exhibir las semejanzas y distinciones que ellos reflejan". Carrió, G. "Introducción" en Hart, H.L.A. "Derecho y Moral" en Orrego, Cristobal S.: *Op. cit.*, cita 86.

[21] Cfr. *Ibid.*

[22] Popper, Karl: *op. cit.*, p. 230.

[23] Dworkin, Ronald M.: *¿Es el Derecho un sistema de normas?*, trad. del inglés por Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., Cuadernos de Crítica 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1977, p. 15. El propio Hart declara que su objetivo al escribir 'El Concepto del Derecho' fue "proporcionar una teoría de lo que el Derecho es, teoría que es, a la vez, general y descriptiva" Hart, H.L.A: *Post Scriptum al concepto de Derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz Editores, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 13, UNAM, México, p. XIX.

[24] Carrió, Gerardo R.: *Op. cit.*, p. 34.

Hart propone analizar el concepto del Derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de normas últimas de *reconocimiento, que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada norma es parte de su Derecho*[25].

A este propósito, es de gran relevancia la distinción que realiza entre dos puntos de vista, bajo los cuales el Derecho puede ser considerado: interno y externo. El primero, denota el consentimiento prestado a dichas normas. Podría reconocerse aquí una velada argumentación contractualista que fundamenta la validez del Derecho en el reconocimiento por parte de sus destinatarios. Empero, Hart niega que una norma particular pueda perder validez por el sólo hecho de dejar constantemente de ser aplicada[26].

Mediante el punto de vista externo, un observador que se situé fuera del sistema jurídico observado comprueba que determinados sujetos se comportan según determinadas reglas, lo que le hace decir que en ese lugar un determinado conjunto de normas conforman el Derecho.

Es claro que los enfrentamientos académicos, pero sobre todo las reservas a los artículos consagrados al *ius cogens* son parte del debate internacional para determinar el Derecho aplicable. De ahí que las herramientas conceptuales forjadas por Hart para el Derecho en general, ofrezcan tantas posibilidades de

---

[25] *Cfr. Ibid.*, p. 18.
[26] *Cfr.* Fassó, Guido: *Op. cit.*, p. 245.

análisis en el ámbito del DI.

Pocos autores niegan la gran influencia de Hart, en la renovación del pensamiento jurídico a mediados del siglo XX. Su obra fue foco de ataque de otros juristas, el más señalado de ellos Ronald Dworkin y en menor medida Joseph Raz. Consciente de deficiencias, pero también seguro de la validez de sus tesis centrales, Hart preparaba una respuesta a sus detractores que no pudo pulir por sobrevenirle la muerte. Dicho trabajo fue publicado como "Post scriptum al Concepto de Derecho". Ahí Hart clarifica y reafirma sus avanzados conceptos.

1.3: MÉTODO

Se ha dicho que la jurisprudencia analítica contemporánea, en su aspecto metodológico es heredera de la Filosofía Lingüística. No es ésta una designación enteramente afortunado para esa postura epistemológica o mejor, para un método de investigación filosófico que hace del lenguaje ordinario el dato científico por excelencia. Es decir, en vez de estudiar los números, el espacio, el tiempo, la mente o la justicia, el filósofo analítico estudia de manera específica el lenguaje de las matemáticas, el de la física, el de la Psicología o el del Derecho.

El paradigma rector aquí es: sólo mediante una correcta apreciación del papel que juega el lenguaje en el pensamiento, se lograra evitar la simplificación a ultranza y con ello las distorsiones introducidas por quien estudia un fenómeno.

Se deslinda una parcela del conocimiento, realizando un escrutinio de las ideas

sostenidas al respecto y el único acceso a esas ideas es "observando" lo que se dice al respecto. Así expuesto, casi la totalidad de la investigación filosófica del siglo XX ha sido en una forma u otra, *lingüística en su orientación.*

Ahora bien, la historia de la Filosofía contiene constantes advertencias sobre la forma en que puede cegarse el entendimiento, lo que Berkeley llamó "la niebla y el velo de las palabras". Filósofos de la jerarquía de Leibniz, Lock o el Wittgenstein de su primera época, han concebido como su meta última, penetrar dicha neblina[27].

Los detractores de la Filosofía Lingüística, argumentan que los autores que la aplican, omiten precisar el contenido concreto que le dan a dicha locución, es decir, si por ello entienden un método que se sirve del lenguaje o bien una Filosofía que se centra en el "problema del lenguaje"[28]. Apuntan que si el método analítico ha sido lingüístico, o al menos así se ha presentado como tal en sus comienzos, parece serlo cada vez menos a medida que se desarrolla y agregan "al hablar de análisis del lenguaje, los iniciadores del movimiento utilizaban una metáfora cómoda y no una fórmula para ser tomada al pie de la letra"[29].

---

[27] Blackburn, Simon: *Op. cit.*, p. 220. Para una exposición concisa del pensamiento de Wittgenstein *vid.* Correas Vázquez, Óscar: *Metodología Jurídica I. Una introducción filosófica*, 2ª. reimp. de la 1ª. ed.; Fontamara, México, 2003, ps. 139 a 141.

[28] Zaslawsky, Denis: *Op. cit.*, p. 330.

[29] *Ibid.*, p. 332.

Con todo, la influencia de la Filosofía Analítica ayudó a la construcción científica de la semiótica. Ésta distingue tres planos de investigación respecto de los signos lingüísticos: a) el análisis semántico, b) el sintáctico, y c) el pragmático.

En el análisis semántico, que es el que interesa en este estudio, el campo de observación se enfoca en *el vínculo del signo con la realidad que expresa*; donde el objetivo de la investigación es procurar destacar dentro de diversas posibilidades, el significado correcto de los signos, distinguiendo y eliminando los otros asociados a él; procurando evitar al máximo toda imprecisión de los términos, la mayor parte provenientes del lenguaje ordinario. Esta labor toral, redunda en la construcción de conceptos, nota distintiva de la Filosofía Analítica y consecuentemente de la jurisprudencia analítica.

De esta forma, el análisis semántico de cualquier instrumento legal, implica la búsqueda de su connotación y su denotación. La primera, establece una relación de los términos por ella comprendidos, alcanzando el conjunto de objetos que representa, o sea, delimitando su extensión. La denotación, por su parte, surge con posterioridad a la connotación a medida que se empieza a disertar sobre el conjunto de propiedades que la distinguen de los demás. Son nociones complementarias.

En su aspecto semántico, las expresiones lingüísticas son consideradas en referencia a una realidad. O sea, se investiga la parcela de la realidad representada por ciertas palabras y no otras. Considerando que las normas

jurídicas se expresan a través de enunciados, la actividad interpretativa de las mismas, muy raras veces se enfrenta con ambigüedades –connotaciones defectuosas- o vaguedades –denotaciones defectuosas-, toda vez que los términos jurídicos se encuentran siempre contextualizados[30].

Litigantes, notarios, jueces, consultores, legisladores, diplomáticos y académicos son quienes están investidos con la potestad para introducir nuevos signos, es decir "figuras jurídicas". En esta línea de pensamiento Walter Probert hace del conocimiento de la palabra, virtud fundamental del abogado e incluso definió la justicia bajo parámetros semánticos como la "*búsqueda de alguna guía verbal para ayudar a la selección entre premisas contradictorias*"[31].

La semántica aplicada al lenguaje del Derecho, estudia también la dinámica jurídica determinada por la constante institucionalización de *nuevos términos, o dicho de forma técnica, de nuevos signos para representar hechos sociales nuevos o recién descubiertos. Así, nuevas figuras jurídicas connotan nuevas realidades.*

Un momento como ese ocurrió el 23 de mayo de 1969, cuando fue firmada la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que si bien recogió la práctica de los Estados en esa materia, introdujo conceptos nuevos, uno de los cuales es el *ius cogens*. Este estudio indaga de manera subsidiaria si ese signo –

---

[30] Perin Junior, Ecio: *A linguagem no Direito: Análise Semântica, Sintática e Pragmática da Linguagem Jurídica*, www.geocities.com/profpito/hermeneutica.html, 2 de septiembre de 2002.

ius cogens- describe o no una realidad; *el núcleo imperativo que hace posible un orden público internacional.*

Desde un punto de vista metodológico esta investigación, se traduce en un simple ejercicio de análisis semántico al hacer primar los textos positivos –Convención negociada y firmada, así como sentencias pronunciadas, ambos con valor de dato empírico- sobre cualquier otra consideración formulada en torno al *ius cogens* –la doctrina-. Al hacerlo, se actualiza el principio defendido por Hart en el sentido de que el lenguaje ordinario exhibe distinciones legítimas que no pueden ser suprimidas, simplificadas ni reducidas[32]. En ese sentido, debe enfatizarse que:

> El análisis lógico-semántico del lenguaje del Derecho y de las posiciones que lo describen, es una herramienta valiosa para la jurisprudencia y su importancia trasciende los límites de la vertiente analítica[33].

No sólo desde la doctrina, también desde la judicatura se recuerda el estrecho vínculo del Derecho y el lenguaje. En efecto, la CIJ recomendó en su Opinión Consultiva sobre los Casos de África Sudoccidental que el "lenguaje de una resolución debe ser cuidadosamente analizado antes de llegar a cualquier conclusión sobre sus efectos vinculantes"[34]. En la práctica diplomática de los

---

[31] Bodenheimer, Edgar: *Setenta y Cinco Años de Evolución en Filosofía del Derecho*, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, en LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo, UNAM, 1979, p. 7.

[32] Orrego, Cristobal S.: *Op. cit.* Esta posición epistemológica suscribe a Hart dentro del llamado "Grupo de Oxford" de Filosofía Analítica del lenguaje ordinario.

[33] Tamayo y Salmoran, Rolando: "Estudio Preliminar" en Hart, H.L.A:.*Post Scriptum...*, p. XIX.

[34] Frowein, Jochen A.: "*Collective Enforcement of International Obligations*" en ZaöRV, 47, Jahrgag, Heft 1, 1987, p. 69.

Estados, esa precaución se extiende a cualquier instrumento de DI.

1.4: CONCEPTOS

Se hace necesario definir diversos conceptos –signos-, indispensables para hacer operativas las hipótesis propuestas y que serán de referencia constante en el desarrollo del texto.

Antes de pasar a ellos, parece necesario insistir en la dependencia del Derecho frente al lenguaje. La tradición jurídica de la que es parte Hart, reconoce en términos latos que "para 'hacer' determinadas cosas uno tiene que 'decir ciertas palabras' bajo determinadas condiciones"[35] lo cual es aplicable a figuras como el matrimonio, el testamento, la celebración de contratos, pero también a la presentación de cartas credenciales, la celebración de tratados o la votación en el CS, por citar sólo algunos casos. Los detractores de Hart, llamaron a la mencionada dependencia el "mal semántico" de su teoría y se propusieron enmendarlo[36].

De hecho, la tendencia dominante en la reflexión jurídica anglosajona atiende a que el Derecho se caracteriza por ser una "mera interpretación de textos"[37]. Hay desde luego en el Derecho más que reglas de interpretación, pero no puede

---

[35] Tamayo y Salmoran, Rolando: *Op. cit.*, p. XX.

[36] Hart, H.L.A.: *Op. cit.*, ps. 20 a 22. En ese pasaje se defiende de las críticas de Dworkin, afirmándose en su convicción de que el Derecho depende del lenguaje y de la definición de conceptos para operar sobre la realidad.

negarse la importancia de la relación Derecho-lenguaje. Ello queda claro en la clásica expresión de San Isidoro de Sevilla al definir la ley, cuando señala: "*ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat, nullo privato quommodo, sed pro communi utilitate civium conscripta*", es decir: "que no contenga algo inconveniente por su oscuridad, y que haya sido redactada, no en atención al provecho particular, sino a la utilidad general de los ciudadanos"[38]. Definición tan clara debió orientar los trabajos de la CDI en la redacción del artículo 35 de la Convención de 1969.

1.4.1: *IUS COGENS*, ETIMOLOGÍA

La imperatividad en DI se connota mediante la expresión *ius cogens*. La palabra que resulta inusual –cogens- deriva del latín *cogo*, y ésta a su vez de *CO* y *AGO*, esta última partícula -que en su forma más antigua es *axim-* parece significar "empujar frente a si"[39] y forma parte de "preverbos" calificados de compuestos y densos; es decir, con múltiples significados. Ejemplo de ellos es *COGO* que encuentra las siguientes acepciones: 1. dirigir varias cosas unidas hasta un punto, 2. ordenar, disponer, 3. recoger, 4. unir, juntar, 5. recaudar, 6. pensar, deducir,

---

[37] Para un desarrollo de esta idea *cfr.* Beck, Anthony: *"Law as Text"* en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales Núm 66, UNAM, México, 1982, ps. 201 y siguientes.

[38] Ernouta, A. y A. Millet: *Dictionaire Etymologique de la Langue (Histoire des mots)*, 4ª. ed., Libreaire C. Klinckseick, Paris, 1967, p. 115.

[39] *Cfr. ibid.* y Blanquez Fraile, Agustín: *Diccionario Latino-Español*, Tomo I, 5a. ed., Sopena, Barcelona, 1975, p. 389.

razonar, 7. convocar, 8. forzar, compelir[40]. Las palabras que se originaron de ésta fueron utilizadas en ámbitos desde el naval, hasta el forense. La célebre frase "*cogito ergo sum*" –pienso luego existo de René Descartes-, es un buen ejemplo del empleo renacentista del verbo *COGO*, en el campo de la especulación filosófica.

En un sentido más jurídico, Roma conoció y utilizó frases como:

> *COGERE IUDICES:* convocar a los jueces,
> *CONGUNTUR SENATORES:* los senadores se reúnen,
> *COGI IN SENATUM:* ser convocado en el senado[41].

En el sentido que interesa, "constreñir, obligar, forzar" *COGO* dio lugar a locuciones como:

> *NON TE EMERE COGIT:* no te ha forzado a comprar,
> *PRECE COGERE ALIQUEM*: obligar a uno con súplicas,
> *COACTUS LEGIBUS EAM UXOREM DUCET*: (Él) se casará obligado por la ley,
> *MAGNITUDINE SUPPLICII DUBITANTES COGIT*: por la magnitud del castigo se fuerza a los indecisos [a no actuar][42].

No obstante, no existe una frase o sentencia clásica que utilice el participio presente de *COGO*, es decir *COGENS* -que constriñe-. Empero, el Digesto 39.5 recoge la frase

> *DONARI VIDETUR QUOD NULLO IURE COGENTE CONCEDITUR: parece*

---

[40] *Cfr.* Lewis and Short: *A Latin Dictionary*, Oxford at the Caledon Press, Londres, 1969, p. 676, *Thesavrvs Lingvae Latinae*, Volumen III, fasc. VII, Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig, 1976, p. 1519 y *Lexicon Totius Latinatis*, Tomo I, Gregoriana, Barcelona, 1965, p. 676.
[41] Blanquez Fraile, Agustín: *op. cit.* Los ejemplos transcritos, fueron tomados de obras de Cicerón.
[42] *Ibid.*

otorgarse donde ningún Derecho que obligue se concede.

La frase anterior es la única referencia, si bien tangencial, en que se emplea esa locución[43].

Por todo lo expresado, es de concluirse que la palabra cogens no fue forjada durante la Edad Media, siendo más probable su aparición en la época contemporánea. Se señala a Windscheid, pandectista del siglo XIX, como el primero en utilizarla en el tomo I de su obra "*Der Pandectesrecht*" de 1892[44]. El término alemán que traduce *ius cogens* es *zwingend*, adjetivo cuyo significado es: imperativo, compelente, perentorio, coercible[45].

Sólo la lengua inglesa refleja la morfología y la semántica de *COGENS*, en palabras como el adjetivo *cogent* o el sustantivo *cogensy*. Además de las acepciones que tienen que ver con "compulsión", ambas palabras comparten el sentido de "convincente" o "poder de convencimiento"[46].

Una de las finalidades que persigue esta investigación consiste en dejar claro *el lugar que ocupa la imperatividad en un orden normativo dado*, que se defina como jurídico y en ello, la correcta noción de *ius cogens* es fundamental.

En la doctrina, se han destacado diferentes atributos que identifican a las normas

---

[43] Gómez Robledo, Antonio: "*Ius Cogens* y *Ius Naturale*" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen X, UNAM, México, 1984, p. 21.

[44] Del Vecchio, Giorgio: *Lezioni di Filosofía dei Dirito*, 13a. ed., Dott. A. Giuffré, Milán, 1965, p. 247 y 248.

[45] Messinger, H: *Langenscheidt's New College German Dictionary*, 4a. ed., Langenscheidt, Munich, 1973, p. 129.

[46] Webster's Seventh New Colegiate Dictionary, 16a. ed., G. y C. Merriam Co., s/l., 1967, p. 120.

de *ius cogens*, a saber: normas obligatorias, imperativas, perentorias, taxativas, coercitivas, y aún, normas de orden público internacional. En realidad dichos conceptos técnicos denotan la figura pero no la especifican con claridad, lo cual da pie a que surjan detractores, doctrinales o gubernamentales, que posiblemente no lo fueran de atender a los razonamientos que se exponen en los siguientes apartados.

1.4.2: OBLIGATORIEDAD

Uno de los atributos primordiales del Derecho, consiste en ser obligatorio para una colectividad dada. Dicha nota estriba en que esa colectividad efectivamente ajuste su conducta al canon que la norma dispone, bajo la pena de hacerse acreedor a una sanción en caso de inclumplimiento[47].

Las normas, al ser expresión objetiva del orden jurídico y siendo éste un mecanismo de control social, prescriben conductas que en virtud de la obligatoriedad, son observadas por los sujetos a los cuales van dirigidas. Por ello, no importa cómo se haya fijado la conducta que expresa la norma, toda vez que definida, se convierte en un deber que puede ser exigido de no haberse realizado espontáneamente, utilizando algún mecanismo de coacción; dependiendo del

---

[47] La validez, efectividad o vigencia de una norma son atributos que devienen de su obligatoriedad. Kelsen nos dice a este respecto "En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma, con un comportamiento opuesto, en cambio 'viola' la norma, o, lo que significa lo mismo, viola su obligación". Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, trad. del alemán por Roberto Vernego, 3a. reimpr., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 29.
En el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, la doctrina se divide. Como es bien conocido en los más diversos matices del positivismo jurídico, del iusnaturalismo y de las tendencias históricas o sociológicas. No entramos siquiera a la exposición de cada posición, ya que la especificación de los criterios de valor, de efectividad, etc.- en que deba basarse esa nota de obligatoriedad, es asunto que concierne a la Filosofía del Derecho y a su Historia.

orden jurídico en que se ubique. Esto es, tanto las normas imperativas -*ius cogens*- como las potestativas –*ius dispositivum*- son esencialmente obligatorias, ya que ambas son jurídicas. Desde este punto de vista, los dos tipos de normas -sean internas o internacionales- comparten esta característica.

La obligatoriedad es una condición, un presupuesto, un atributo intrínseco a la juridicidad de la norma, ya que la inobservancia de ésta, aún siendo premeditada, contumaz y reiterada, no provoca que deje de ser indefectiblemente obligatoria. Las normas de Derecho, incluidas las del Internacional, son obligatorias[48].

Algunos autores discrepan, tomando en consideración que distinguen grados de obligatoriedad en una escala que va desde los fenómenos sin valor jurídico –*non law*-, pasando al Derecho 'blando' –*soft law*-, al Derecho simplemente obligatorio y al *ius cogens*; el que presupone un nivel de coacción que aún está por verse[49]. Esa concepción confunde la naturaleza de la norma, con la condición contingente de que sea o no observada.

La crítica aquí formulada es clara cuando se piensa, por ejemplo, en la figura de

---

[48] "Claro que el patrón de conductas... no es necesariamente obedecido. La norma no dice que en la situación 's' todos los destinatarios observen la conducta, sino que 'están obligados a observarla'. Esto equivale a declarar que puedan, de hecho, infringirla. ¿Diremos entonces que sólo es válida cuando la acatan, y que carece de validez cuando la violan? Indudablemente que no. La norma es obligatoria en todos los casos que integran su ámbito de aplicación [el cumplimiento de una hipótesis normativa, diríamos] o, expresado en otros términos, su obligatoriedad no queda destruida por los actos de incumplimiento". Geiger, Theodor: *Vorstudien zu einer Soxiologie des Reschts*, H. *Luchterhand Verlasg, Nevwied am Rehin und Berlin*, 1964, p. 69 en García Máynez, Eduardo: "Discusión de Algunas Teorías Recientes Sobre la Noción del Orden Jurídico" en *Ensayos Filosóficos-Jurídicos 1934-1979*, Textos Universitarios, 2a. ed., UNAM, México, 1984, p. 313.

[49] Riphagen, W.: *"From Soft Law to Ius Cogens and Back"* en *Victoria University of Wellington Law Review*, Volumen 17 No. 2, April, 1987, Wellington, Nueva Zelanda, p. 82.

los esponsales y se contrasta con el hecho de que literalmente nadie la emplea en México. En todo caso, es necesario no olvidar que "el cumplimiento y el incumplimiento no son propiedades de una norma, sino propiedades de una determinada conducta"[50]

1.4.3: DEROGABILIDAD

Ahora bien, ¿cómo diferenciar las normas de *ius cogens* de las de Derecho dispositivo, si ambas son obligatorias? Para obtener respuesta, es necesario atender a la derogabilidad de la conducta que prescribe la norma.

En las normas dispositivas una cierta conducta está prescrita pero las partes pueden alejarse, válidamente, de dicha conducta y pactar otra[51]. Se convertirá así en una norma *ad hoc* para las partes, la cual continuará siendo obligatoria toda vez que su inobservancia, como ya se apuntó, traerá como consecuencia una sanción al infractor, misma que puede imponérsele con diferentes grados y mecanismos de coacción.

Apegarse a la norma original o modificarla dentro de los límites previstos, no la menoscaba, ya que forma parte de su naturaleza. Así, debe destacarse que de esa clase de normas se derivan exclusivamente, relaciones establecidas con base

---

[50] Kelsen, Hans: *Derecho y Lógica*, trad. del inglés por Ulises Schmill Ordoñes y Jorge Castro Valle, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica No. 6, UNAM, México, 1978, p. 22.

[51] En los sistemas internos, dichas normas abundan en el Derecho privado que rige las obligaciones, especialmente a los contratos. En DI, abundan sobre todo en el Derecho convencional. En Derecho mexicano, la posibilidad de apartarse válidamente de una conducta expresada en forma de norma jurídica está prevista y conducente "Sólo pueden renunciarse los Derechos privados que no afecten directamente el

en Derechos subjetivos relativos[52]. Dos ejemplos, uno de Derecho interno y otro de DI ilustrarán el argumento.

Respecto del lugar en que debe realizarse el pago de una obligación, el Código Civil Federal, fija la siguiente posibilidad:

> Artículo 2082. Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa...

El apartado 2 del artículo 9º de la Convención sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, dice literalmente:

> Artículo 9º Adopción del Texto...
>
> 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan, por igual mayoría, aplicar una regla diferente.

El párrafo 2 concierne a los tratados multilaterales, cuya elaboración y discusión se efectúa comúnmente en conferencias de plenipotenciarios. Aquí la regla prevista para la adopción es de dos tercios, pero cabe la alternativa, condicionada

---

interés público, cuando la renuncia no perjudique los Derechos de terceros". Código Civil para el Distrito Federal en materia local, y para toda la República en materia federal, Porrúa, México 1986, p. 42.

[52] Recordemos, un Derecho subjetivos es "...la facultad, derivada de la norma, que una persona tiene de hacer u omitir algo" y es relativo, cuando dicha facultad "corresponde a deberes especiales de sujetos determinados". García Máynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, 4a. ed., Porrúa, México, 1951, p. 190.

a esa mayoría, de adoptar otra regla. De lo que las partes no pueden apartarse es de la adopción misma del texto, por ser el paso necesario en el proceso de celebración de un tratado.

Ahora bien, en el caso de las normas de *ius cogens* el sujeto al que van dirigidas no puede apartarse válidamente del imperativo que contiene, bajo la pena de ser sancionado en caso de omisión[53]. Este tipo de normas, puede ser la expresión de derechos subjetivos relativos -al igual que las normas dispositivas-[54] pero también, y tal vez con mayor frecuencia, de derechos subjetivos absolutos[55]. Es conveniente citar ejemplos de normas de tal carácter, tanto internas como internacionales.

A nivel constitucional, se da en México la siguiente prescripción en el segundo párrafo del artículo 1o:

> Artículo 1º. ...
>
> Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

---

[53] Con este sentido se define el término *ius cogens* en Kdhir, Moncef: *Dictionnaire Juridique de la Cour Internacionale de Justice*, 2ª. ed., Bruylant, Bruselas, 2000, p. 187.

[54] Siguiendo con los ejemplos, dichos Derechos subjetivos relativos son, respectivamente: el pago de la obligación, y la adopción del texto del tratado, dado que esos actos jurídicos son, desde un extremo de las relaciones establecidas, deberes especiales (específicos) de sujetos determinados.

[55] Es decir, aquellos que se traducen en "una facultad correlativa de una obligación general de respeto", como ejemplo de estos, se nos ofrecen los Derechos Reales, en donde el sujeto pasivo de la relación, es toda una colectividad en abstracto. García Máynez, Eduardo: *Introducción...*, p. 190.

En la primera oración, está enunciada claramente la obligación general de respeto, en forma de prohibición -obligación de no hacer-, o sea de control de la voluntad de un particular. En la segunda, acorde con el derecho subjetivo absoluto que consagra la norma, el esclavo extranjero en territorio mexicano, está facultado para rehusarse lícitamente -es decir omitir- a conservar esa condición respecto a su amo.

Ni aún la voluntad del sujeto esclavizado de continuar como tal, puede tener como efecto el que esa sumisión persista. La norma limita las voluntades de amo y esclavo en diferente sentido, ello en virtud de la obligación general de respeto –*erga omnes*- enunciada en el primer párrafo, que es el referido a la proscripción de la esclavitud. El sujeto pasivo de esta obligación, es decir la del respeto a la libertad, es la colectividad integrada por los pobladores de México, incluso los extranjeros.

Se observará una estructura similar al analizar un principio establecido en la CNU:

> Artículo 2.-Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios...
>
> 4.-Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en

cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Aquí se encuentran también los elementos apuntados con anterioridad. La obligación general de respeto se expresa como una abstención, un no hacer voluntario, no impuesto como en la prohibición; es decir, la proscripción de la amenaza y del uso de la fuerza con lo cual, la voluntad de cada Estado se ve limitada normativamente.

El sujeto pasivo de esa obligación es la comunidad de Estados en su conjunto, en razón del punto 6 del propio artículo 2[56] con lo que se reafirma la universalidad de la obligación general de respeto. El derecho subjetivo absoluto que corresponde es el derecho a la legítima defensa que cada Estado puede ejercer -en tanto el CS actúa en consecuencia- en caso de ataque armado -uso de la fuerza-, o sea, el Estado que se defiende legítimamente, está facultado para actuar en la medida requerida para salvaguardar su integridad, tal y como lo prevé la misma Carta[57].

De lo expuesto, se desprende que las normas de este tipo no dejan oportunidad lícita para la inobservancia de la conducta prescrita, como sí sucede en el caso

---

[56] Artículo 2°...
6.-La Organización hará que los Estados que no sean miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida en que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales.

[57] Artículo 51. Ningún disposición de esta Carta menoscabará el Derecho inminente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembros de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio de la legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectará en manera alguna la autoridad y

del *ius dispositivum*. Más aún, el elemento "esencial de las normas perentorias es que el consentimiento individual de un Estado no es requerido y que, por ello, un Estado que expresamente se oponga a tales normas, estará vinculado por ellas a pesar de todo"[58].

La cita anterior obliga a formular las precisiones siguientes: a) el contenido de la norma de *ius cogens* no puede ser derogado –transformado- por voluntad unilateral; b) el *ius cogens* vincula a los Estados, independientemente de la expresión de su voluntad; c) una norma particular de *ius cogens* sí puede ser derogada por otra posterior que tenga el mismo valor[59]. Empero, siendo la inderogabilidad una nota toral para entender la naturaleza del *ius cogens*, hay quien opina que la esencia del *ius cogens* reside no en la imposibilidad de su derogación, sino en la imposibilidad de eludir su aplicación[60].

1.4.4: COERCIBILIDAD Y COACCIÓN

Las normas imperativas son la expresión de los derechos subjetivos de ejercicio obligatorio. Éstos, por demostración lógica, son lícitos. Pueden ser relativos o absolutos y, en tanto que se traducen en la facultad de observar la conducta jurídica prescrita en razón de una obligación general de respeto –*erga omnes*-,

---

responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

[58] Hoogh, A.J.J.: *"The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective"* en *Austrian Journal of Public and International Law*, Volumen 42 No. 2, 1991, Viena, p. 187.

[59] *Cfr.* Casado Raigón, Rafael: *Notas sobre e Ius Cogens Internacional*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 23.

cuya inobservancia es ilícita; *no se admite acuerdo en contrario*[61].

En primer término, debe distinguirse entre coercibilidad y coacción, conceptos frecuentemente confundidos:

> La coercibilidad es una posibilidad de derecho, no de hecho, esto es, la licitud de reprimir la antijuricidad[62].

Ello supone la necesaria existencia de un deber jurídico incumplido, la sanción como consecuencia de ello y un poder legítimo para aplicarla. Por lo tanto, la coercibilidad es un fenómeno jurídico de carácter eminentemente psicológico, de tal importancia que se le considera como un atributo del Derecho en general.

La coacción es el empleo de la fuerza que una entidad capaz, ejerce sobre un sujeto, con la finalidad de que éste proceda en cierto sentido. Esta fuerza puede ser aplicada en razón de una norma jurídica[63] o bien, como consecuencia de un interés arbitrario, lo que tendría un carácter ilícito y antijurídico.

Entonces, la coacción representa, en ciertos casos, la actualización de la coercibilidad en forma de sanción; pero no en todos los casos. En los sistemas nacionales, el Estado es el órgano que monopoliza la fuerza pública. Estando

---

[60] *Cfr.* Hoogh, A. J. J. DE: *Op. cit.*, p. 186.

[61] No es que ciertas reglas sean de *ius cogens* porque no permiten acuerdo en contrario, más bien, no se permite acuerdo en contrario a ciertas normas porque éstas poseen el carácter de reglas de *ius cogens*. Jimenez De Arechaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 81.

[62] Aftalion Y Garcia, Olano: *Introducción al Derecho*, p. 214, en García Máynez, Eduardo: *Introducción...* p. 22, nota 11.

[63] En tal supuesto, sería lícita ya que tendería a que el sujeto coaccionado cumpliera una conducta jurídicamente prescrita.

presentes las circunstancias idóneas, puede ser coaccionante. Por regla general se presupone que el Estado está legitimado cuando actúa imperativamente; y por lo tanto, el ejercicio de esa fuerza es lícito, salvo prueba en contrario[64].

Además, en tales sistemas jurídicos existen normas carentes de sanción, y por lo tanto faltas de eventual coacción[65]. No toda norma ha de ser sancionada con medidas de apremio para tener carácter jurídico. La coacción no es ni puede ser rasgo distintivo del orden jurídico positivo.

Un buen número de tratadistas niegan que exista coercibilidad y coacción respecto del DI, lo cual parece exagerado. En el moderno DI no pocas normas incluyen sanciones para el caso de incumplimiento y tal vez se observe más claramente en el Derecho Comunitario, el Derecho de la integración, en el Derecho de la organización internacional y en el Derecho Humanitario, Ahora que en otros ámbitos, las normas de DI son coercibles pese a que no especifiquen la entidad legítima y capaz de ejercer el poder coaccionante, ni los medios en que esa "amenaza" -como diría Austin- se pudiera actualizar.

> En las relaciones recíprocas de los Estados pequeños, las normas internacionales reconocidas son en gran medida eficaces, (respecto de las grandes potencias)... ostentan también 'cierto grado de obligatoriedad', que

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

[65] Tal es el caso de las llamadas obligaciones naturales, que se caracterizan por no contar con la posibilidad jurídica de ser exigibles, en caso de incumplimiento, sin embargo, es de explorado Derecho considerarlas

> suele manifestarse de tres maneras: 1) una vez reconocida la norma, no se viola sin necesidad en perjuicio de un débil; 2) las grandes potencias vigilan en forma recíproca su comportamiento frente a los países menores; 3) existe por último, un efecto formal, nada despreciable, de las normas del Derecho Internacional 'como germen de futuras realidades', ya que nunca se tiene el descaro de admitir que uno se sirve, sin escrúpulos, de la superioridad que otorga la fuerza[66].

Tocante a la coacción en el ámbito internacional, puede observarse que con frecuencia se expresa, a través de una de las formas más devastadoras: la guerra.

> El derecho de Gentes, nació con la reglamentación de la guerra, es decir, ligado al conocimiento, por parte de los miembros de la comunidad estatal, del carácter sancionador de la guerra y, consecuentemente de la necesidad de fijarle límites por medio de reglas aceptadas de común acuerdo[67].

En efecto, gran parte de la doctrina clásica del DI se dedicó a estudiar este fenómeno y a definir las circunstancias en que la guerra podía ser considerada "justa". Se le trató de dar el carácter de sanción y con ello legitimarla[68], aún

---

como una figura jurídica -no moral- precisamente porque nacen y reproducen relaciones bilaterales. *i.e.* artículo 2767 del Código Civil citado, que se refiere a las deudas de juego no prohibido.

[66] Geiger, Theodor: *Op. cit.*, p. 224, en García Máynez, Eduardo: *Discusión...*, p. 311.

[67] Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 5ª. reimp., trad. del italiano por Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1998, p. 215.

[68] Bástenos recordar las relaciones *De Indis* (1539) y de *Iure Belli* (1539) de Francisco de Vitoria, la obra de *Iustitia Et Iure* (1553) de Domingo de Soto, el tratado *De Fide, Spe et Charitate* (1621) en el que Francisco

cuando nunca se consideró expresamente que la guerra fuera un derecho soberano del príncipe (o del Estado). No fue sino hasta el siglo XX, que la guerra fue proscrita con medio lícito de coacción[69].

A partir de la creación de la ONU, el régimen de la coacción internacional -por lo menos de la lícita- trató de institucionalizarse a través del CS[70] y, un tanto contradictoriamente, de alianzas orientadas a mantener la 'seguridad colectiva' regional, lo que se ha concretado en la OTAN, el TIAR y otros. Actualmente, sólo cuando se cometen grandes violaciones al orden internacional de manera reiterada, parece estar justificado el uso de la fuerza en contra del violador, en forma de medidas colectivas.

Pese a que el uso de la fuerza es ilícito y que en su lugar se aceptan otros medios de coacción[71] es evidente que existen, por una parte, países que recurren al uso

---

Suárez dedica nueve capítulos del apartado sobre la caridad, para tratar el asunto de la guerra, la obra *De Iure Belli, Libri Tres* (1589) de Alberico Gentili, De *Iure Belli ac Pacis, Libri Tres* (1625) de Hugo Grocio y aún *De Dominio Maris* (1703) en que e Cornelio Van Bynkershoek, estudia detalladamente el Derecho de la guerra marítima. *Cfr.* Stadtmüller, Georg: *Historia del Derecho Internacional Público*, trad. del alemán por Francisco F. Jordán, Parte I, Aguilar, Madrid, 1961, *passim.*

[69] "El Pacto *Briand-Kellog* -cuyo nombre completo es "Tratado General para la renuncia de la Guerra"- fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París. En el artículo 1º, las partes condenan 'el recurso de la Guerra para la solución de sus controversias internacionales' renuncian a ella como instrumento de las políticas nacionales mutuas". Søorensen, Max: *Manual de Derecho Internacional Publico*, 1ª. reim., Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 682. De lo anterior "se desprende que en todos los casos las medidas colectivas de la comunidad internacional organizada no quedan comprendidas en el concepto de guerra prohibida, porque no constituyen un instrumento de 'política nacional' sino de "política internacional"... el Pacto *Brian-Kellogg* tuvo una continuación en el pacto sudamericano de no agresión y mediación, del 10 de octubre de 1993 (Pacto Saavedra Lamas) por el que partes renuncian a la 'guerra de agresión' (artículo 1º) y declaran que no conocerán cambio territorial impuesto por la fuerza (artículo 2o)". Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, trad. del alemán por Antonio Truyol Sierra, 3ª. reimp. de la 6ª. ed., Aguilar, Madrid, 1982, ps. 413 y 414.

[70] *Cfr.* artículos 7º, 23, 51 y demás relativos de la carta de la ONU.

[71] La doctrina reconoce, dentro de la autotutela: la retorsión, las represalias pacíficas, la legítima defensa y la autoprotección, y dentro de las que pueden ser aplicadas por el CS: el bloqueo en sus diferentes grados, la

de la fuerza militar –a menudo argumentando legítima defensa o seguridad colectiva- y por la otra, Estados que están impedidos para ejercer cualquier presión material en razón, generalmente, de la falta de recursos económicos. Esta evolución respondo a un hecho básico, que "el fenómeno jurídico es una parte del fenómeno social llamado 'ejercicio del poder'"[72].

En todo ámbito jurídico -y el internacional no es la excepción-, la fuerza es un elemento entre otros –de carácter sociológico, histórico y cultural-, sobre los que el Derecho tiene poca o nula influencia[73].

Se dan sin embargo, otros medios de coacción: los psicológicos. Si bien pueden estar basados en la 'amenaza' del uso de la fuerza militar y por lo tanto ser ilícitos, pueden también ser de acción más sutil, como la opinión pública internacional.

En general, se considera que la opinión pública es un fenómeno social moderno, nacido de la civilización y de la cultura contemporáneas y que consiste, realmente:

> ...en opiniones individuales, pero que procuran representar intereses e interpretar sentimientos colectivos[74].

Estos pareceres individuales deben demostrar cierta estabilidad y si bien es lógico

---

ruptura de relaciones diplomáticas y aún el uso de cuerpos armados, aéreos, navales o terrestres (arts. 41 y 42 de la CNU). Verdross, Alfred: *Op. cit.*, ps. 400 y siguientes.

[72] Correas Váquez, Óscar: *Op. cit.*, p. 163.

[73] *Cfr.* Virally, Michael: *Op. cit.*, p. 108.

pensar que evolucionan, es sin embargo necesario que no cambien a un ritmo tan veloz que no permita identificarlos con seguridad. En el ámbito internacional, la opinión pública se manifiesta en dos vías:

a) sea que se forme en el seno del Estado y que concierna a las relaciones de éste con el extranjero; o

b) que se mantenga más o menos independiente de todo Estado particular y que se forme en círculos no gubernamentales.

Los países no alineados, el grupo de los ocho o el grupo de los 77, para nombrar sólo algunos, funcionan sobre la base de la opinión pública 'de Estado' que coincide en ciertos intereses. Otros sujetos de DI como los OI, trabajan con base en la opinión pública Estatal -'unilateral'- transformándola en opinión pública 'multilateral'; de ahí la importancia de sus resoluciones. Otros como las ONG's son medularmente, comités de promoción de opinión pública globalizada.

Se ha dicho ya que se trata de un fenómeno psicológico, y por lo mismo, de difícil determinación, sin embargo:

> [la] opinión pública se forma, sí ciertas concepciones son comunes a la gran masa de hombres; pero si el conocimiento del individuo está ya necesariamente limitado, la cantidad del conocimiento que pueden tener en

[74] Sánchez Viamonte, Carlos: "Orden Público en la Evolución Contemporánea del Derecho" en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 63.

común la gran masa de hombres es todavía mucho más limitada[75].

La falta de conexión directa entre el individuo y el entorno internacional, así como el restringido número de mensajes o emociones que pueden ser compartidos por la gran colectividad, caracterizan a la opinión pública internacional. Pese a tales desventajosas circunstancias, y sea cual fuere su origen e intención, la opinión pública en materia internacional es hoy, más importante que nunca. La opinión pública puede engendrar efectos benéficos al igual que adversos, sobre las relaciones internacionales[76]. Ahora bien, la existencia de una norma jurídica no está inexorablemente ligada a su observancia. Además, si tal norma es cotidiana y regularmente observada sin necesidad de coacción constante por parte del órgano competente, entonces:

> La coacción no reside en la regla jurídica misma, ya que ésta no es, como la regla ética, un suceso psicológico, si no que pertenece a la esfera ideal del deber ser[77].

Por lo expuesto, se desprende que pudiendo ser la coacción de carácter psicológico o material, ésta es un fenómeno que puede o no ser lícito mientras que la coercibilidad es un presupuesto jurídico. No obstante, el hecho de que por

---

[75] Shindler, Dietrich: *"Contribution al'etude des Facteurs Sociologiques et Psichologiques du Droit International"* en RC, Tomo 46, Leyden, 1933, p. 300.

[76] *Cfr. Ibid.* p. 299. Con ello se concretiza una idea añeja: "Debido a que la obligación de un solo poder no parecía (ni parece) posible ni deseable, los teóricos del siglo XIX del Derecho Internacional comenzaron a buscar equivalentes funcionales. Los descubrieron en la idea de la fuerza de la opinión pública". Nardin, Terry: *La Ley y la Moral en la Relaciones entre los Estados*, sin nota de trad., EDAMEX, México, 1985, p. 77.

su naturaleza la mayoría de las normas jurídicas sean coercitivas, no implica la ejecución de un acto coactivo[78].

1.4.5: ORDEN PÚBLICO

El desarrollo progresivo del DI tiende a limitar la autonomía con que se establecen relaciones jurídicas en el ámbito internacional. Es un hecho que la voluntad de los Estados es toral para el DI y que de aquella depende en gran medida, la observancia y transformación de éste. Empero, ya no es como lo fue antaño, un factor que pocas potencias utilizaron para crear un Derecho "a la medida". La coacción de un Estado sobre otro se produce de hecho, pero revestida de antijuridicidad.

Muchos juristas ven en esas evidencias, un fenómeno análogo al que opera entre individuos y que desemboca en la conformación de un orden social que recompensa "la observancia de sus preceptos y [acarrea] ciertos perjuicios a su violación, convirtiendo el deseo de los primeros y el temor de los segundos, en motivo determinante de la conducta"[79].

Cuando dicho orden social involucra normas imperativas –*ius cogens*-, estamos frente a la noción de orden público. El término es propio de los sistemas jurídicos internos, por lo que debe estudiarse primero en ese contexto, para después

---

[77] Ebestein, William: *Teoría Pura del Derecho*, sin nota de trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1947, p. 92.

[78] Huerta Ochoa, Carla: "Artículos Transitorios y Derogación" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, www.juridicas.unam.mx/publica/boletin/cont/102/art/art5.htm, 29 de julio de 2002.

extrapolarlo al DI. La teoría más reconocida indica que dicha noción, entraña dos conceptos, a saber:

a) El primero se identifica con el de paz pública en el seno de una colectividad, es decir, son las condiciones mínimas de convivencia tácita o explícitamente pactadas.

b) El segundo designa la particular naturaleza de ciertas leyes, determinada por el tipo de interés jurídico que tutelan.[80]

En cuanto a esta última acepción, el máximo tribunal mexicano ha esclarecido algunos extremos prácticos, con base en principios que por su lógica, se presumen de general aceptación, a saber:

- En cuanto a la estimación del orden público, la SCJN se ha pronunciado en el siguiente sentido:

> De acuerdo con los principios que informan el Derecho, es indudable que la estimación del orden público corresponde al legislador, pero es indiscutible que es al juzgador a quien compete, en cada caso concreto, el apreciar si concurre o no esa circunstancia[81].

---

[79] García Máynez, Eduardo. *Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana*, Porrúa, México, 1978, p. 45.
[80] *Cfr.* Sáenz Arrollo, José *et al.*: *Técnica Legislativa*, Porrúa, México, 1988, p. 86.
[81] *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Seleccionada, Segunda Sala, Quinta Época, Parte XCVII, p. 142. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp. 25 de oct. de 2003. La noción de orden público es contingente pues está sujeta a la influencia del tiempo y del espacio. Ello determina que este sometida "a una amplia interpretación judicial". *Cfr.* Pérez Verdía: *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*; Guadalajara, México, 1908, p. 53 citado en Arellano García,

- Por lo que hace al criterio para determinar cuando se está frente a un menoscabo del orden público, la SCJN ha determinado:

> ...se puede razonablemente colegir, en términos generales, que se producen esas situaciones [perjuicio al orden público] cuando... se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentiría[82].

- En torno al efecto jurídico que el orden público impone a las disposiciones que lo contrarían, la SCJN establece:

> La naturaleza misma de la ley de orden público hace prevalecer su aplicación a las de interés particular, por lo que las renuncias que de ellas se hicieren se tendrán como nulas y no opuestas. Las disposiciones de orden público son irrenunciables, precisamente por el interés de la sociedad en su observancia y aplicación[83].

El orden público, como atributo de la ley, encuentra una acepción especifica dentro del DI privado. Se erige como un "remedio" que impide la aplicación de la

---

Carlos: *Derecho Internacional Privado*, 10 a. ed. Porrúa, México, 1992; p. 640. Este criterio apoya el desarrollo del punto 4.1.3 de está tesis.

[82] *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Seleccionada No. 522, Segunda Sala, Séptimo Época, Tomo VI, p. 343. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp. 25 de oct. de 2003. Destacan el daño injusto generalizado y la privación de un beneficio colectivo. *A contrario sensu*, según Orué el orden público se define por que "salvaguarda los intereses generales de los ciudadanos. *Cfr.* Arellano García Carlos, *op. cit.*, p. 643. Al respecto, véase el punto 4.1.1 más adelante.

[83] *Semanario Judicial de la Federación*; Tesis Seleccionada, Tercera Sala, Quinta Época, Parte CXX, p. 589. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp. 25 de oct. de 2003. La nulidad juega un papel

norma extranjera en el contexto de un conflicto de leyes, pues de aplicarse "impediría la satisfacción de una necesidad colectiva o evitaría la obtención de un beneficio para un conglomerado"[84].

Por lo que hace al orden público como paz social, numerosos juristas han propuesto definiciones sin que a la fecha se haya llegado a normar un criterio uniforme. En esta tesis, se asume la siguiente definición a guisa de ejemplo:

> Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidos en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente la organización de ésta, no pueden ser alteradas por voluntad de los individuos[85].

El orden público es reflejo en algún grado de la idiosincrasia jurídica de una población regida por un Derecho en particular[86]. Es de explorado derecho el considerar que el orden público no se refiere únicamente al Derecho Público, ya que existen instituciones de Derecho Privado reguladas por normas que, o son declaradas expresamente o por lo menos se les considera de orden público. Para explicar lo anterior, Frederich Carl Savigny puntualiza:

> La doctrina contemporánea, siguiendo a la tradición romanística, señala que el orden público es el dominio de las leyes imperativas, por oposición a

---

toral como evidencia de que se está frente a una norma de orden público. Sobre ello *vid.* 2.5.3 más adelante. La irrenunciabilidad se tratará en el punto 3.1.1.

[84] *Cfr.* Arellano García, Carlos: *op. cit.*, p. 644.

[85] Smith, Juan Carlos: "El Orden Público" en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 56.

las leyes dispositivas o supletorias[87].

El DI no es ajeno a esta concepción. De hecho, existe doctrina abundante al respecto, pero siempre vinculada al DI privado[88].Sin embargo, el tratamiento que se hace de dicha institución es parcial, toda vez que no se refiere ni siquiera a las instituciones privadas comunes a la mayoría de Estados. Se trata de hecho de la protección a la integridad de los diferentes órdenes públicos nacionales. Así, el "orden público internacional" aparece como una manifestación adicional del orden público "interno".

Entonces, el concepto de orden público internacional debe replantearse a fin de considerar primordialmente, aquellas instituciones de DI sin las cuales la vida de los sujetos de tal Derecho sería imposible. O dicho en otra giro, el contenido del orden público internacional se rige mediante un criterio práctico determinado por el valor jurídico tutelado más general posible, a saber: la supervivencia de hombres y Estados.

---

[86] *Cfr.* Tamayo y Salmoran, Rolando: "Orden Público" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p. 317.

[87] *Cfr. System des heutigen rümischen recht*, trad. del alemán por Jacinto Mesia y Manuel Poleg, citado en *Ibid.*, p. 318. De dicha opinión Savigny se hace responsable a Jean Carbonier, en su obra *Droit Civil*, Tomo I, *Introduction. Les personnes.*

[88] En DI Privado el orden público es el concepto jurídico "en virtud del cual se tiene que descartar la ley extranjera designada como aplicable por una regla de conflicto nacional, por tener dicha ley extranjera, un contenido injusto o demasiado contrario a los principios fundamentales del sistema jurídico nacional del foro... [dicho concepto] debe ser considerado como una excepción a la aplicación del Derecho extranjero". Belaire M. Claude: "Orden público internacional" en *Diccionario Jurídico*...,p. 318, o bien: "El Orden público internacional es una noción o concepto jurídico que tiene como función impedir la aplicación del Derecho extranjero normalmente aplicable a específicas situaciones, para proteger el orden jurídico nacional de ciertas disposiciones extranjeras reprobadas por las concepciones fundamentales del propio orden". Pérez Nieto Castro, Leonel: *Terminología Usual en las Relaciones Internacionales*, Num. IV Derecho Internacional Privado, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Tercera Época, Serie Divulgación 17, Secretaría de

De ello se sigue que las voluntades individuales de los sujetos de DI son inoperantes para transformar unilateral y arbitrariamente las condiciones mínimas de convivencia sin crear reacciones adversas que van desde la nulidad hasta la guerra. Tampoco pueden pactar lícitamente en contra de una norma aceptada generalmente como necesaria para regir relaciones recíprocas sanas.

Relaciones de esa naturaleza, únicamente son posibles si los sujetos obligados comparten una jerarquía de valores y la consideración de algunos derechos y obligaciones oponibles *omnium erga omnes*[89].

En su opinión independiente del 28 de noviembre de 1958 en el Caso Boll[90], el argentino Lucio Manuel Moreno Quintana, en funciones de Juez de la CIJ sostuvo:

> el orden público internacional se confina en el sistema de Derecho Internacional Público cuando establece ciertos principios cuyo respeto es indispensable para permitir la coexistencia jurídica de las unidades políticas que componen la comunidad internacional. Estos principios tienen un carácter imperativo y un alcance universal[91].

Relaciones Exteriores, México, 1981, p. 38. Para la evolución teórica del término *vid.* Arellano García, Carlos: *Derecho Internacional Privado*, 10ª. ed., Porrúa, México, 1992, ps. 818 a 833.

[89] Riphagen, W: *Op. cit.*, p. 82.

[90] Nombrado por Marie Elizabeth Boll, menor de edad de nacionalidad holandesa residente en Suecia al momento del fallo, cuya custodia fue disputada con base en la correcta aplicación de la Convención de la Haya de 1902 sobre Custodia de Menores. Cfr. *International Court of Justice: Case Summaries. Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, http://www.lawschool.cornell.edu/library/cijwww/ icjwww/idecisions/isummaries.htm, 6 de mar. de 2003.

[91] Citado en Casado Raigón, Rafael: *Op. cit.*, ps. 59 y 60. La naturaleza del Orden Público Internacional queda evidenciada, al igual que su ámbito personal de validez.

El propio juez ilustra el concepto al designar como principios del orden público internacional: la libertad de los mares, la represión de la piratería, la continuidad internacional de los Estados, la inmunidad de jurisdicción, la reglamentación de la guerra, la inviolabilidad de los tratados, así como la independencia y la igualdad jurídica de los Estados[92].

Cualquier orden público, incluido el internacional, se fundamenta en principios y axiomas de organización social que todos los obligados por él reconocen y admiten, aún cuando a veces no lo establezcan explícitamente. De ahí que algunas normas de DI sean también imperativas, ya que mal podría integrarse un orden público exclusivamente con base en normas dispositivas.

Por otra parte, el orden público internacional se integra no sólo por normas convencionales, también consuetudinarias y judiciales, toda vez que dicha posibilidad no está reñida con la naturaleza de la institución.

El jurista Quintín Alfonsín opina que los principios constituyentes del orden público son *admitidos y reconocidos* por *todos*. Pese a que del principio "no aceptación de acuerdo en contrario" deviene de la licitud intrínseca del *ius cogens*, la particularidad esencial de la figura consiste en que:

> ...es mucho más que un conjunto de meras normas obligatorias o de normas que no pueden ser derogadas por acuerdos particulares. Por ello,

---

[92] *Cfr. Ibid.*, p. 60.

> afirmar que todas las normas que no admiten pacto en contrario revisten carácter de *ius cogens* es una conclusión falaz, ya que la inderogabilidad es sólo la exteriorización formal de uno de sus caracteres[93].

Hay que atender en primer lugar a su definición positiva, para después explorar su naturaleza ontológica y finalmente las vías de su determinación. Esos son, en su orden, las materias que exploran los capítulos II, III y IV.

[93] Puceiro Ripol, Roberto: "Desarrollos Actuales del Ius Cogens: El Fantasma Rompe su Hechizo" en *Revista Uruguaya de Derechos Internacionales*, Núm. 3, Montevideo, 1979, p. 61.

CAPITULO II

ANÁLISIS DEL *IUS COGENS* COMO NORMA POSITIVA

La tendencia hacia a la ordenación de la vida internacional encuentra remotos antecedentes, que hacen del tratado un instrumento por medio del cual se busca seguridad y certeza jurídica. La historia lo corrobora ya que en esta materia existe una amplia práctica. Algunos autores afirman que,

> El documento más importante para la historia del Derecho Internacional en el Antiguo Oriente es el gran Tratado de Paz entre el Faraón Ramses II y el Rey de los Hititas Khattuschill III (1272 a.c.)[1].

Si se atiende a la opinión transcrita, la historia de los tratados y de las prácticas que les dan vida tiene 31 siglos, aproximadamente.

En esta materia la práctica de los Estados llegó a ser verdaderamente complicada

---

[1] Stadtmüller, Greog: *Op. cit.*, p. 16 No obstante, hay quien afirma que el tratado más antiguo, cuyo texto ha llegado al presente fue concluido en la primera mitad del siglo XXIII antes de n.e. "entre *Naram-Sin*, Rey de

y no en pocas ocasiones contradictoria. Así, la codificación del Derecho de los Tratados era un punto de interés general en la comunidad internacional, especialmente a mediados del Siglo XX. Esta necesidad se vio parcialmente satisfecha con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, misma que fue promovida por la ONU y redactada por la CDI, tras varios años de trabajo. Complementan esta materia la Convención homóloga a la estudiada pero aplicable a los tratados en que intervengan OI (1986) y la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados (1978).

2.1: ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Dicho instrumento fue adoptado el 22 de mayo de 1969 y abierto a la firma un día después. Entró en vigor el 27 de enero de 1980, dejando de ser *lex ferenda*, en virtud del vencimiento del plazo fijado por su artículo 84, que era de 30 días contados a partir de la fecha en la que fuera depositado en la SG, el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión[2]. México la firmó el 23 de mayo de 1969 y la ratificó el 25 de septiembre de 1974[3]. No es este el lugar para realizar un examen exhaustivo de dicha Convención, sino un resumen de algunos aspectos generales que son importantes para la materia aquí tratada.

Accad, y los Sátrapas de Elam". Tunkin, G.: *Curso de Derecho Internacional*, trad. del ruso por Federico Pita, Libro I, Progreso, Moscú, 1980, p. 28.

[2] Con el depósito del instrumento de adhesión de Togo, acaecido el 28 de diciembre de 1979, se empezó a contar el término referido. Cfr. ST/LEG/SER.E/2, *passim*.

[3] Gómez-Robledo Verduzco, Alonso: Comentario al artículo 133 Constitucional en *Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Textos y Estudios Legislativos, Núm. 59, UNAM, México, 1985, p. 333.

En su primer período de sesiones, celebrado en 1949 la CDI incluyó el tema del "Derecho relativo a los Tratados", entre las materias enumeradas en los párrafos 15 y 16 de su informe correspondiente a dicho año, como seleccionadas para la codificación; también decidió dar prioridad a esa materia[4].

Al año siguiente, la CDI eligió como relator especial para este tema, a James L. Brierly, quién preparó un primer informe; en 1951 (3er. período de sesiones). Presentó un segundo informe conteniendo ya la redacción de algunos artículos y sus comentarios, algunos fueron aprobados provisionalmente. Entre el tercer y cuarto período de sesiones, el relator especial dimitió de su puesto y consecuentemente fue sustituido por Hersch Lauterpach, quien fue electo relator especial el 4 de agosto de 1952. Lauterpach fue designado Juez de la CIJ y dejó de ser relator especial, entonces en 1955 durante el 7º período fue nombrado el tercer relator para la cuestión del Derecho de los Tratados, Gerald Fitzmaurice quien fungió en ese carácter hasta 1961.

El nuevo relator presentó 4 informes, tocantes a diferentes aspectos del tema, hasta 1958[5], durante su encargo se avanzó sustancialmente, no propiamente en el aspecto codificador del tema, sino más bien sentando las bases (orden, método y fondo) para trabajos posteriores. Durante el décimo tercer período de sesiones correspondiente a 1961 un nuevo relator fue nombrado. Humphrey Waldock fue electo durante la sesión 597 de la CDI y se le encomendó preparar proyectos de

---

[4] A/4169, p. 3.

artículos para servir en la redacción final de una Convención; revisar los trabajos anteriores de la CDI al respecto -informes de los tres relatores anteriores, opiniones consultivas a los gobiernos, redacciones preliminares de artículos, actas de sesiones y demás documentos vinculados al tema-, y tener un proyecto completo en dos años[6].

Por fin, en la sesión 842, celebrada el 18 de julio de 1966 (durante el 18º período de sesiones), la Comisión decidió recomendar a la AG, con fundamento en el apartado D), párrafo 7, artículo 23 del Estatuto de la CDI y tras 16 años de estudio y discusión, que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios, con el propósito de estudiar el proyecto de articulado preparado por la CDI y redactar una Convención sobre el tema[7].

La AG convocó a la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados, que se desarrolló en dos sesiones, la primera del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y la segunda del 9 al 22 de mayo de 1969. Asistieron delegados de 104 países, los que discutieron y analizaron el proyecto de la Convención propuesta, siendo aprobado su texto, en conjunto, por 79 votos a favor, 1 en contra y 19 abstenciones. Como es usual, el Acta final de la Conferencia sí fue firmada por los 104 asistentes.

Finalmente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmada

---

[5] *Cfr. Ibid.*, p. 3 a 5.
[6] A/4843, p. 43.

el 23 de mayo de 1969 en el Neue Hofburg de Viena por 32 países, a saber: Afganistán, Argentina, Barbados, Brasil, Camboya, Colombia, Congo Belga, Costa Rica, Chile, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Ghana, Guatemala, Guyana, Honduras, Irán, Jamaica, Kenia, Liberia, Madagascar, Marruecos, México[8], Nepal, Nigeria, Perú, Sudán, Trinidad y Tobago, Uruguay, Yugoeslavia y Zambia[9].

Parece interesante resaltar el hecho de que ninguna potencia firmó la Convención, sólo dos países europeos lo hicieron, por lo que se convierte en un documento del Tercer Mundo, al ser concertada por cinco países asiáticos, nueve africanos y dieciséis latinoamericanos.

2.2: ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

La Convención se ordena en ocho partes, mismas que se dividen en secciones y éstas, finalmente, en artículos; ochenta y cinco para ser exactos y un anexo. Dada la naturaleza de este trabajo, se abordarán sólo aquellos puntos de interés para el tema bajo estudio, contenidos en el texto de ese instrumento multilateral.

El rigor filosófico-conceptual con que fue redactada es evidente desde su preámbulo. Después de reconocer la importancia que el tratado tiene como fuente de creación y avance del DI, se incluye una enumeración de principios que son generalmente reconocidos por los sujetos de DI, y que si bien no es exhaustiva si

---

[7] A/6309/rev.1, p. 10.
[8] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.
[9] Jan Osmañczyk, Edmund: *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 313.

puede considerarse como el marco conceptual, técnico-jurídico en que la comunidad internacional se desenvuelve. Aún al violar tales principios se encuentra dentro de los supuestos por ellos previstos. Estos principios también están contenidos en la Carta de la ONU, a saber:

- Igualdad de derechos — Art 1º fr. 2, 55 y 76 d)
- Libre determinación de los pueblos — Art 1º fr. 2 y 55
- Igualdad soberana — Art 2º fr. 2
- Respeto a los asuntos internos de los Estados — Art 2º fr. 7
- Prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza — Art 2º fr. 4
- Respeto universal de los Derechos Humanos — Art 1º fr. 3
- Respeto a las libertades fundamentales de todos los Estados — Art 1º fr. 3 y 13 b)

En torno a esta relación pueden formularse múltiples comentarios. Cada principio tiene detrás una fracción de la historia de las relaciones internacionales. Entre ellos debe destacarse el principio de la buena fe, cuya acertada inclusión en el preámbulo recuerda la constante necesidad de crear un concierto justo y equitativo entre las Naciones.

2.3: LA BUENA FE EN LA CONVENCIÓN DE VIENA

La buena fe debe determinar y guiar el voluntarismo secular de los Estados en que se basen las doctrinas positivistas del DI y la práctica misma de la

diplomacia[10]. Buena fe que va dirigida al cumplimiento efectivo de obligaciones internacionales, como apunta la fracción 2 del artículo 2º de la CNU, principio confirmado por la CIJ, en el caso Pruebas Nucleares en 1974:

> ... uno de los principios básicos que rigen la creación y el desempeño de las obligaciones legales, sin importar cual sea su fuente, es el principio de buena fe. La confianza es inherente a la cooperación internacional, en particular en una era en que esa cooperación en muchos campos crecientemente se esta convirtiendo en esencial[11].

La buena fe sin duda, complementa la letra rigurosa de la ley, es decir en el caso de los tratados, da la oportunidad de imprimir un contenido axiológico elemental de las normas que, a su vez, le dan a dicho contenido valioso la positividad necesaria para ser exigibles en el ámbito jurídico internacional. Ahora bien, debe tenerse presente que:

> Originalmente la buena y mala fe son conceptos éticos, pero en virtud de la delegación que el legislador establece, las exigencias normativas ligadas con tales conceptos se convierten en jurídicos.[12]

Esas exigencias, se traducen así, en consecuencias de derecho, obligaciones en

---

[10] La buena fe, estuvo a punto de estar ausente de la Carta, a no ser por el representante de Colombia ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, Jesús María Yepes. *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, ps. 33 y 34.

[11] Citado en Cassese, Antonio: *International Law in a divided World*, 4ª reimp. de la 1ª ed., Claredon Press – Oxford, 1986, p. 153.

[12] García Máynez, Eduardo: *Diálogos Jurídicos*, Porrúa, México, 1978, ps. 80 y 81.

última instancia. Las diferencias existentes entre Moral y Derecho, están claramente definidas en la doctrina, no es el caso tratar de hacerlas desaparecer, sino introducir, de manera expresamente jurídica, al campo del Derecho de los Tratados, el principio general de buena fe.

En el articulado se alude a la buena fe, en varias oportunidades, en los artículos 26, 31.1 y 46.2. En el primero de ellos al consignar el principio *pacta sunt servanda*, establece que los Tratados deben ser cumplidos de buena fe. En el segundo, el 31.1, al referirse a la regla general de interpretación de los tratados, y en el último, alude a la buena fe -conjuntamente con la práctica usual del Estado- para justificar la no aplicación, por excepción, de la norma general prevista en el inciso 1 de esa disposición. Cabe explicar el sentido del artículo:

El inciso 2 establece que, si existe violación a una norma nacional interna de un Estado, que regule la capacidad de un funcionario para celebrar Tratados y consecuentemente obligarlo internacionalmente, ese Estado no podrá alegar dicha circunstancia como vicio de su consentimiento. Ahora bien, si dicha violación afecta una norma fundamental (constitucional) de ese Estado, y si además, éste procedió a dar su consentimiento conforme a la buena fe y a la práctica común, tal violación es calificada de manifiesta, y podrá alegarse vicio del consentimiento en el caso concreto.

La buena fe cubre todos los momentos en la vida de un tratado. Así lo reconoció la CDI basada en la siguiente opinión:

> Toda vez que la comunidad internacional está compuesta de Estados soberanos, las palabras clásicas de Cornelio Van Binkershöek permanecen vigentes:
>
> *Pacta privatum tuetur ius civile, pacta principium bona fides. Hanc si tollos, tollis mutua interprincipes commercia... quimet tollis ipsum ius gentium. Quastiones iuris publici libri duo* (1737). Lo que podría traducirse aproximadamente: "El Derecho Civil protege los contratos de los individuos, la buena fe, el comercio mutuo entre príncipes... si destruyes la buena fe, destruyes al Derecho Internacional en sí mismo".[13]

Los tratados tienen fuerza normativa no sólo en el articulado, también en el preámbulo y es aquí, en donde como se ha visto, se incluyen los principios generales que animan el contenido específico de cada disposición.

Ello es perfectamente consistente con el cuarto párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados[14], ya que reconoce a la libertad de obligarse, a la buena fe y a *pacta sunt servanda*, como principios "universalmente reconocidos" a pesar de que hasta la fecha sólo 17 países la hayan ratificado.

---

[13] Verdross, Alfred: *"Jus dispositivum and Ius Cogens in International Law"* en AJIL, Volumen 40, Washington, 1966, p. 63. Del mismo autor *cfr. Derecho Internacional...*, p. 114.

[14] *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties*: http://www.un.org/law/ilc/text/treasucc.htm, 20 de ene. de 2003. En vigor desde el 6 de noviembre de 1996. Por cierto, México no es parte.

2.4: OBJETO Y ALCANCE DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Esta Convención se aplica sólo a los Tratados celebrados entre Estados (artículo 1º) que inicien su vigencia posteriormente a la entrada en vigor de la Convención (artículo 4º). Deja fuera de su ámbito material de validez el amplio campo de la práctica convencional, cuando intervienen otros sujetos de DI distintos a los Estados, pero se aplica a los tratados que crean OI, o a los que se acuerden en su seno (artículo 5º).

Esos límites permiten fijar criterios técnico-jurídicos adecuados para resolver casos concretos que versen sobre retroactividad o personalidad. Explican también el celo con que fueron redactadas las definiciones integradas en su artículo 2º, tales como: Tratado, Estado Contratante, Estado negociador, o Ratificación; que son una verdadera necesidad en el medio jurídico internacional.

Ahora bien, el tratamiento que la Convención hace del *ius cogens* internacional comprende cuatro disposiciones, dos sustantivas y dos más adjetivas. Todos se ubican en la Parte V. El artículo 53 está comprendido en la Sección 2 que se refiere a "Nulidad de los Tratados"; el 64, se integra en la Sección 3 sobre "Terminación de los Tratados y Suspensión en su aplicación".

El artículo 66, se encuentra en la Sección 4 que referente al "Procedimiento", y por último, la Sección 5 sobre "Consecuencias de la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado" incluye al artículo 71.

Existen, claro está, otros numerales que se refieren tangencialmente al *ius cogens*, mismos que habrán de ser especificados y analizados en su momento.

2.5: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 53 (NULIDAD DE LOS TRATADOS)

Con ese artículo culmina una discusión doctrinal de varias décadas, tocante a la posible existencia, definición y positivización de normas imperativas en el orden jurídico internacional.

La exégesis de los artículos que en los proyectos de la CDI ya aludidos se incluyeron al respecto[15] desviaría la línea argumental. Sin embargo, es interesante que al nivel de comentario del proyecto final -que incluyó la redacción del artículo en comento- los gobiernos se mostraron, en conjunto, complacidos con su formulación[16]. Ello contrasta con la actitud final de la mayoría de las naciones participantes en la Conferencia convocada sobre la materia, al momento de firmar la Convención[17].

---

[15] Para este efecto, *cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *El Ius cogens internacional...* especialmente el capítulo II.

[16] Durante la sesión de la CDI desarrollada en 1963, respecto de la inclusión y redacción del artículo en cuestión, en esa época artículo 13, lo representantes de 51 gobiernos comentaron el proyecto, ya por escrito, ya en sus intervenciones orales en la AG, de estos 43 se declararon -en su mayoría sin reservas- partidarios: Argelia, Austria, Bolivia, Brasil, Ceilán, Checoslovaquia, Chipre, Ecuador, Estados Unidos de Norteamérica, Etiopía, Filipinas, Ghana, Grecia, Guatemala, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Irak, Israel, Italia, Mongolia, Marruecos, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Árabe Unida, República Soviética Socialista de Bielorrusia, República Soviética Socialista de Ucrania, Rumania, Siria, Tanzania, Tailandia, Túnez, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia, 2 expresaron ambigüedad al respecto, Austria y Bélgica, 5 se mostraron más bien opositores, Chile, Francia, Japón, Suecia y Turquía, y sólo 1 expresó su completa oposición y desacuerdo, Luxemburgo. *Cfr.* Schwelb, Egon: *"Some aspects of international Ius Cogens as formulated by International Law Comission"* en AJIL, Volumen 61, Washington, 1967, p. 960.

[17] La Convención fue firmada únicamente por poco menos de un cuarto de los Estados existentes en 1969. *Cfr.* Kolb, Robert: *"The Formal Source of Ius Cogens in Public International Law"* en ZOR, Band 53, Heft 1, Viena, 1998, p. 100.

En el reconocimiento de la existencia de un orden público internacional[18] como se ha planteado aquí, radica la importancia práctica indiscutible de esta disposición. Las dificultades que presentaron su discusión y aceptación, estriban en que en él se intenta definir la naturaleza lógico-jurídica de las normas que constituyen dicho orden, lo que no se acostumbra en los sistemas jurídicos internos, toda vez que, en la sociedad nacional el orden público que coincide con el estatal, es evidente, al igual que las fuentes de las normas que los forman y los órganos encargados de aplicar éstas y preservar aquél.

Pocos autores rebaten actualmente que el concepto de *ius cogens* "está firmemente enraizado en las relaciones internacionales modernas, y que sus consecuencias están claramente definidas respecto del Derecho de los Tratados"[19].

Ello es tan cierto que la CDI recientemente ha realizado algunas codificaciones y desarrollos progresivos en torno al *ius cogens*. Esto en ocasión de la compilación de normas sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionales ilícitos. En el artículo 26 del proyecto se declara que ninguna previsión de esa compilación hará que la ilicitud precluya cuando devenga de la inobservancia de una obligación que "emane de una norma perentoria de Derecho Internacional

---

[18] *Cfr.* Kdhir, Moncef: *Op. cit.*, p. 210.
[19] Hoogh, A. J. J. DE: *Op. cit.*, p. 211.

general"[20]. Ello refleja la naturaleza fundamental de la norma de *ius cogens* y la incompatibilidad de su inobservancia con el orden público internacional.

A efecto de ser sistemáticos, en el análisis del texto del artículo 53, es aconsejable abordar primero el núcleo conceptual de la figura. La Convención entiende por norma imperativa de DI:

> ...una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario...

La densa redacción de este supuesto normativo, sugiere un arduo trabajo previo destinado a "encapsular" en una formula "políticamente correcta" conceptos que deben ser estudiados en detalle. No debe perderse de vista que a menudo, el texto de los tratados internacionales no es preparado con el propósito de lograr una máxima claridad y precisión. Son una especie de "común denominador" con un doble propósito: a) dejar claras las obligaciones y derechos mínimos que asumen las partes en el momento en que el tratado se concluye y b) comprometer a las partes a reelaborar, clarificar y aún aumentar el alcance de las ambigüedades del texto mediante negociaciones ulteriores[21].

Ahora bien, para avanzar en el análisis efectivo del lenguaje utilizado, se propone proceder como sigue: 1) estudiar por separado cada concepto, y 2) observar

---

[20] A/56/10 *Responsability of Satates for internationally wrongful acts (Draft articles)*, www.un.org/law/ilc/session/53/53sess.htm, 10 de noviembre de 2002.

cómo se complementan al conjugarse. Para ello, deben desglosarse cuatro elementos, a saber:

- La aceptación y el reconocimiento de los Estados en su conjunto;
- La no admisión de acuerdo en contrario;
- La nulidad como sanción de la transgresión del *ius cogens*; y
- La sustitución de la norma imperativa.

2.5.1: ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO

Son éstas, aparentemente, las condiciones imprescindibles que debe reunir una norma internacional convencional para tener el carácter de *ius cogens*, lo cual hace pensar lógicamente que, de no contar con ellas, simplemente no comparte dicha naturaleza, independientemente de su contenido o de su función en el orden jurídico.

La aceptación parece implicar cierta inactividad que denota tolerancia ante un estado de cosas. En sentido lato, se acepta lo que no se repudia[22]. Por otra parte, el reconocimiento sugiere una manifestación de voluntad[23]. Siendo estrictos, una

---

[21] *Cfr.* Balekjian, W.H.: *"The Lenguaje of International Law"* en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 58, Volumen V, UNAM, México, 1981, p. 360.

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

[23] "Por el reconocimiento se admite como legítimo un determinado estado de cosas o una determinada pretensión. El reconocimiento trae consigo que el Estado que lo hace no pueda negar la legitimidad del

norma aceptada pero no reconocida no se constituye en imperativa, al menos no desde el punto de vista de la redacción del artículo.

Se ha pensado que la aceptación podría devenir de un hábito de obediencia habitual frente a las normas. Ello nos llevaría automáticamente a la *inveterata consuetudo* y con ello se habrá recorrido la mitad del camino hacia la fuente primigenia del Derecho en general[24] y del DI en particular. Si el hábito de obediencia implica un sometimiento espontáneo, lo que supone a su vez el reconocimiento de validez de la norma, probablemente dicho criterio bastaría. Con todo, Hart analiza y descalifica ese punto de vista[25] y propone el concepto de "aceptación de una norma" dándole un contenido concreto, a saber:

> se acepta una norma cuando se convierte en la razón de mi acción y estándar de la crítica en caso de desvió[26].

Empero, las condiciones objetivas del entorno político internacional determinan que el reconocimiento inequívoco se plasma por escrito, en un documento y, en términos pragmáticos -como lo quieren ver los partidarios del positivismo- no

---

estado de cosas o de la pretensión en cuestión. Sus efectos jurídicos duran hasta que la respectiva realidad desaparezca" es de destacar que se trata, al menos doctrinalmente, de un negocio jurídico unilateral. Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p. 141.

[24] *Cfr.* Deutsch, Karl W.: *Política y Gobierno*, trad. del inglés de E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 31. Paust incluso declara que el "*ius cogens* es una forma de Derecho Internacional Consuetudinario" Paust, Jordan: *"The reality of jus cogens"* en *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 7, No. 1, Fall, 1991, p. 82.

[25] *Cfr.* Hart, H.L.A.: *Obligación jurídica y obligación moral*, trad. del inglés por Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica No.3, UNAM, México, 1977, p. 15.

[26] Tamayo y Salmorán, Rolando: *Estudio Preliminar...*, p. XXIV refiriéndose al pasaje ubicado en de Hart, H.L.A: *Post Scriptum...*, p. 32.

existe tratado o convención alguna[27] que cuente con ratificación, adhesión, u otra forma de membresía del conjunto de Estados, con lo que resultaría imposible la existencia de normas de DI convencional, dispositivas y menos aún imperativas. Es evidente que no es fin previsto en la Convención.

Hart señala que en todo orden jurídico se da un margen de incertidumbre, que debe ser tolerado y hasta bienvenido. Ello da lugar a que una resolución judicial pueda esclarecer un caso imprevisto, sobre una base racional. Con agudeza señala que la cuestión delicada radica en determinar "el grado o extensión de incertidumbre que un orden jurídico puede tolerar"[28]. En el caso del orden jurídico internacional, esta apreciación es crítica, pero debe reconocerse que durante el siglo XX, el DI ganó en extensión, complejidad, determinación y legitimidad.

Aceptación y reconocimiento son términos dinámicos, en cuanto que los destinatarios del Derecho "dotados de autodeterminación y de juicio -pueden también, como ocurre en relación con el Derecho Positivo- poner en tela de duda su fuerza obligatoria, negarle justificación y violar sus preceptos"[29]. Ello es verdad en los órdenes jurídicos nacionales y con mayor evidencia en el DI.

El doble condicionamiento previsto en el artículo 53 tiene que ver mas con una visión evolutiva de la vida de las naciones, que con una realidad jurídico-fáctica.

---

[27] Menos aún declaraciones de voluntad individuales -es decir, no en el marco de un acuerdo internacional- en las que coincidan las naciones.

[28] Hart, H.L.A.: *Post Scriptum* ..., p. 28.

Es obvio que ésta se encuentra determinada por aquélla. Cabe aquí la siguiente explicación:

No obstante lo que los hechos puedan afirmar, los patrones de comportamiento entre los pueblos y posteriormente entre las naciones, tienden en general a mantener un clima de respeto a la individualidad de cada grupo, acaso por ignorancia de los unos para con los otros o cautela. Así, la historia registra a las guerras y conquistas, a la esclavitud o al genocidio, como hechos excepcionales que se dan bajo condiciones históricas determinadas[30].

La fórmula aludida, propone la reflexión cuidadosa, más allá de los criterios totalizadores y simplistas, respecto del contenido de las normas de *ius cogens*[31], así como del procedimiento que lleve a determinar tal contenido.

No es el número de Estados en sí lo que determina la existencia de normas de *ius cogens*, ya que si ese fuera el caso, sería menester fijar el porcentaje de Naciones que reconocen como tal, cierto principio. Algunos iuspublicistas han

---

[29] García Máynez, Eduardo: "Vigencia, Justicia y Eficacia como Elementos de la Estructura Ontológica del Derecho" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 58, Vol. V, UNAM, México, 1981, p. 9.

[30] Por ejemplo, cuando una organización social ha logrado resolver los requerimientos más apremiantes de la comunidad, ha producido un estrato social especializado en la agresión -no sólo en la defensa- y actúa racional, organizadamente bajo un factor que legitime dicha acción se ve en posibilidad de ejercer coacción material sobre otro grupo humano.

[31] Debemos mencionar que el proyecto de artículo, formulado en 1963, esto es, el art. 13 -el 37 en 1966- estaba acompañado de una lista ilustrativa, no exhaustiva, de principios que, en opinión de los redactores, podrían tener tal carácter, sin embargo los miembros de la CDI decidieron eliminarla por dos razones, a saber: a) para evitar errores de interpretación, en especial respecto de los principios no contenidos en la lista, b) porque una relación como esa supondría un largo estudio de materias ajenas al ámbito de la Convención. Cfr. A/63091/rev.1, p. 81, a las objeciones apuntadas se agregan otras del Sr. Nahilk, representante de Polonia en el 2º período de sesiones de la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados,

defendido la tesis de que los criterios llamados a constituirse en *ius cogens*, pueden tener origen a través de resoluciones unánimes o mayoritarias de un OI[32], pero por lo general son mucho más que eso.

Las normas de *ius cogens* no se crean de la nada, al contrario, tal carácter implica cierta condición con la que se reviste un principio ya existente en el orden jurídico internacional. Por lo tanto, es menester atender a la función de la institución de que se trate en el contexto total del DI[33].

Es lógico pensar que aquellas conductas de los Estados, más generalizadas en su práctica y al mismo tiempo idóneas para fomentar la justicia en su trato, se constituyen en normas -con diferentes grados de importancia- del orden jurídico internacional.

En la medida en que una norma provoque o mantenga el bien común, evitando el beneficio exclusivo de una nación o un grupo reducido de ellas, será útil para preservar o desarrollar el sistema imperante. Existe ciertamente una relación directa entre importancia y beneficio: a mayor generalidad de éste, será mayor aquélla.

Hasta este punto, una norma de *ius cogens* se caracteriza por ser un principio

---

ya que "la inclusión de una lista de este género no estaría en consecuencia con su carácter (el de la Convención) de instrumento de codificación". A/CONF. 39/11/add. 1, p. 105.

[32] El ejemplo más reciente es la Resolución 1441 de la AG.

[33] El empleo del método y herramientas propias de la jurisprudencia analítica, se revela así como una especie de "tercera vía" frente al iusnaturalismo –primera vía- y al positivismo –segunda vía-, en lo que hace exclusivamente al estudio del *ius cogens* internacional.

normativo tal, que su inobservancia por los Estados pone en peligro la coexistencia de las naciones, la sobrevivencia del género humano, en una palabra la seguridad colectiva. O dicho en otro giro, "una norma no tiene carácter perentorio si no se puede decir [de ella] que refleja intereses o valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto"[34].

Las reglas de convivencia pacífica son las más importantes actualmente[35] y la conducta de la gran mayoría de los Estados así lo evidencia, creando con ello una cierta "presión social"[36], y precisamente con ésta es que se puede determinar el grado de consenso[37] de la comunidad de Estados frente a un principio en particular.

2.5.2: NO ADMISIÓN DE ACUERDO EN CONTRARIO

Es este el segundo elemento de la redacción definitoria del *ius cogens* según el artículo 53 y, en verdad, el rasgo característico de la imperatividad. En él, radica su razón de ser y la polémica existente en torno suyo.

---

[34] Hoogh, A. J. J. De: *Op. cit.*, p. 187. En el capítulo III se desarrolla la idea de que el *ius cogens* debe ser identificado por su función dentro del orden jurídico, no por su contenido. De lo contrario, debería hacerse una especie de "encuesta" entre los Estados para establecer el carácter imperativo de las normas de DI.

[35] Las reglas sustentadas por esa presión social "son reputadas importantes, porque se les cree necesarias para la preservación de la vida social, o de algún aspecto de ella al que se le atribuye gran valor. Es típico que las reglas tan obviamente esenciales son las que restringen el libre uso de la fuerza y sean concebidas en términos de obligación" Hart, H.L.A: *El Concepto...*, p. 108.

[36] "...la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren". *Ibid.*, p. 109. Para Geiger, esta presión social se manifiesta a través de mecanismos sociales de control, todos ellos con diferentes grados de coercitividad. Éstos pueden ser "Medidas tendientes a lograr el cumplimiento del precepto o la reparación del daño causado por el acto violatorio o simples represalias, expiación, castigo, boicot social...". García Máynez, Eduardo: *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México,1974, p. 276.

[37] Verdross y Simma acertadamente han identificado al consenso como la fuente principal de donde emana el DI positivo, apartándose de la corriente que identifica a las fuentes del DI como aquellas consignadas en el art. 38 de la CIJ. *Cfr.* Kolb, Robert: *The Formal Source...*, p. 93.

Al analizar este punto, debe atenderse a las definiciones del marco teórico ofrecido en el capítulo precedente para concluir que las normas de *ius cogens* al apelar a la imperatividad ordenan el cumplimiento de una conducta y no otra; al ser perentorias especifican dicha conducta ordenada; y por último, al ser taxativas únicamente prevén una forma lícita de expresión de la voluntad, esto es su cumplimiento[38].

En estricto sentido gramatical y técnico-jurídico los términos referidos no son sinónimos, toda vez que se ocupan de aspectos distintos de un mismo fenómeno normativo, a saber: de la estructura de la norma, de la especificidad de la conducta, y del contenido de la voluntad, respectivamente. Es ésta, la triple dimensión que la fórmula del artículo 53 depara al *ius cogens*.

Si ello es así, las normas imperativas serían un reflejo del:

> ...conjunto sistemático de principios apriorísticos válidos universalmente, que expresan una serie de conexiones esenciales entre las grandes formas de manifestación de la conducta jurídicamente regulada.[39]

Entre otros, el Derecho es un medio de regulación de la conducta de los sujetos en sociedad. El total de conductas reguladas por éste, abarca:

---

[38] Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Académica Española, 19a. ed., Madrid, 1970, p. 732, 1007 y 1247, respectivamente. El cumplimiento puntual es necesario –taxativo-, atendiendo al fin del *ius cogens*, en un sistema jurídico.

[39] García Máynez, Eduardo: "Principios Supremos de la Ontología Formal del Derecho y de la Lógica Jurídica" en *Ensayos...*, p. 123.

a) tanto los procederes -acciones u omisiones- jurídicamente lícitos, es decir, los realizados en ejercicio de un Derecho, como;

b) los procederes jurídicamente ilícitos; esto es, aquellos que violan un deber.

La conducta jurídica se regula otorgando derechos e imponiendo obligaciones. Sólo existen tres posibilidades de que se manifieste esa regulación, a saber:

i) Como el ejercicio de derechos subjetivos;

ii) Como el cumplimiento de deberes jurídicos –obligaciones-;

iii) Como el incumplimiento de tales deberes.

Los dos primeros son procederes lícitos, mientras que el último es ilícito. Si un comportamiento está jurídicamente regulado, sólo puede hallarse prohibido o permitido y no ambas a la vez, ya que ello rompe con el principio lógico de no contradicción[40].

Ahora bien, considerando únicamente el conjunto de conductas lícitas – i y ii de la relación anterior- éstas pueden ser:

- Jurídicamente obligatorias, o
- Jurídicamente libres.

Los procederes jurídicamente obligatorios se encuentran comprendidos entre las conductas lícitas, porque lo jurídicamente obligatorio, debe necesariamente estar

[40] Mans Puigarnau, Jaime M.: *Lógica para Juristas*, 1ª. reimp., Bosch, Barcelona, 1978, p. 28. El principio de no contradicción constituye la versión lógica del principio de identidad, originalmente ontológico, ya que no se puede ser y no ser a un mismo tiempo.

permitido -sea una acción u omisión-, por lo tanto:

> ...el sujeto a quien se impone la obligación de observar un determinado comportamiento, necesariamente tiene derecho de hacer lo que se le manda. El derecho del obligado puede, pues, definirse como la facultad, implícita o explícitamente concedida al sujeto de un deber, de observar la conducta jurídicamente prescrita[41].

El concepto de derecho del obligado connota un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio.

> Como el titular de los [derechos] de esta especie no está facultado para elegir entre el ejercicio y el no ejercicio, la conducta jurídicamente prescrita puede ejecutarse, más no omitirse. Mientras la ejecución está jurídicamente permitida, la omisión es necesariamente ilícita[42].

En cambio, una conducta es jurídicamente libre o potestativa, cuando estando jurídicamente permitida, no se encuentra jurídicamente ordenada y por lo tanto, su omisión es lícita.

Claramente, los anteriores no son argumentos jurídicos, aunque se refieran a cuestiones de esa naturaleza, son verdades de razón. No son 'normas de comportamiento' sino axiomas que:

---

[41] García Máynez, Eduardo: *Principios Supremos...*, p. 126.
[42] *Ibid.* Nótese que en lo general, es esta la esencia de *ius cogens*.

> No sólo tienen validez para los procederes que puedan realizarse en cierta época o en un determinado ámbito de aplicación, sino para cualquier conducta que sea objeto de regulación bilateral[43].

Lo anterior es útil para identificar la naturaleza ontológica de las normas imperativas. Cabe hacer aquí dos observaciones:

a) El derecho del obligado, es una clase de derecho subjetivo, en tanto que,

b) Las normas imperativas son ciertas manifestaciones del derecho objetivo.

¿En qué coinciden estas afirmaciones? Precisamente en la noción buscada, a saber:

Las normas imperativas son la expresión objetiva [el derecho objetivo] de los derechos subjetivos de ejercicio obligatorio, lo cuales –por demostración lógica- son lícitos. Pueden ser relativos o absolutos y, tomando en consideración que se traducen en la facultad de observar la conducta jurídica prescrita en razón de una obligación general de respeto –*erga omnes*-, cuya inobservancia es ilícita; no se admite acuerdo en contrario[44]. La taxonomía anterior se expresa gráficamente en el esquema 1, con objeto de facilitar su comprensión.

En el ámbito del DI, las normas imperativas descritas teóricamente en los párrafos que anteceden, tienen una estrecha relación como los "deberes mínimos de convivencia" a que se refiere el punto 4.1.1 del Capítulo IV.

---

[43] *Ibid.*, p. 127, Por lo tanto, los principios expuestos y algunos otros son reglas técnicas.

ESQUEMA 1: La Conducta y su Regulación Jurídica

<table>
<tr><th>CONDUCTAS REGULADAS POR EL DERECHO</th><th>FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA REGULACIÓN</th><th colspan="2"></th><th>RESPECTO DEL DESTINATARIO (JURÍDICAMENTE)</th><th colspan="2">EXPRESIÓN EN EL DERECHO OBJETIVO</th></tr>
<tr><td rowspan="6">PROCEDERES* JURÍDICAMENTE LÍCITOS</td><td rowspan="2">EJERCICIO DE DERECHOS SUBJETIVOS</td><td rowspan="6">JURÍDICAMENTE PERMITIDO</td><td>FACULTAD</td><td>LIBRE</td><td colspan="2">Derecho Subjetivo Dispositivo</td></tr>
<tr><td rowspan="3">DEBER</td><td rowspan="2">OBLIGATORIO</td><td colspan="2">Derecho Subjetivo Obligatorio</td></tr>
<tr><td>Derecho Subjetivo Imperativo</td><td rowspan="3">NORMA IMPERATIVA</td></tr>
<tr><td rowspan="3">CUMPLIMIENTO DE DEBERES JURÍDICOS</td><td rowspan="2">OBLIGATORIO</td><td>Obligación Erga Omnes</td></tr>
<tr><td colspan="2">Obligación ordinaria</td></tr>
<tr><td>LIBRE</td><td colspan="2">Obligación Natural</td></tr>
<tr><td>PROCEDERES JURÍDICAMENTE ILÍCITOS</td><td>INCUMPLIMIENTO DE DEBERES JURÍDICOS</td><td colspan="2">JURÍDICAMENTE PROHIBIDO</td><td colspan="3"></td></tr>
</table>

* Es decir, actos u omisiones.

2.5.3: NULIDAD COMO SANCIÓN

Continuando con la glosa propuesta, debe tratarse el punto referente a la sanción que el propio artículo 53 prevé, al establecer que:

> Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general.

El análisis de la forma en que se declara la nulidad conforme a la propia Convención se hará, en el punto 2.8 al estudiar el aspecto procesal.

---

[44] No es que ciertas normas sean de *ius cogens* porque no permiten acuerdo en contrario, mas bien, no se permite el acuerdo en contrario respecto de ciertas normas porque éstas son *ius cogens*. *Cfr.* Jiménez De Arechaga, Eduardo: *Op. cit.*, p. 81.

Por ahora, sólo es necesario contar con un concepto general de sanción y aplicarlo al caso que se analiza. En un sentido general, toda conducta jurídicamente regulada está sancionada, sea a través de una pena o de un beneficio[45]. Sin embargo, de una manera más restringida, por sanción se entiende comúnmente la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado[46].

Toda sanción está sujeta al incumplimiento de la norma que sanciona. En gran medida, la eficacia del orden jurídico depende de la clase de sanción que éste prevea. Si se acepta que el Derecho sanciona *lato sensu* toda conducta jurídica, es fácil desprender que la sanción garantiza su observancia, en el mismo grado en que es eficaz.

Frecuentemente se confunde sanción y coacción, ya que esta última es la forma más evidente de sanción especialmente en el Derecho Público. El castigo implica un acto coactivo para su aplicación, es decir, para la actualización de la sanción. El castigo adquiere diversas formas como: privación de la libertad, rescisión, retorsión, nulidad o expulsión de un OI, para citar sólo algunas.

La coacción existe, en sus diversas formas, en el ámbito internacional. Aún la coacción lícita en DI no debe entenderse necesariamente como consecuencia de la aplicación de una sanción, ya que ésta debe reunir ciertas características

---

[45] Preciado Hernández, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Textos Universitarios, UNAM, México, 1982, p. 80.

traducidas en garantía que otorga el orden jurídico al sujeto sancionado, a saber: a) garantía de certeza, b) garantía de proporcionalidad, y c) garantía de imparcialidad en la aplicación; lo que se logra, en la mayoría de los Derechos nacionales, a través de la institucionalización y centralización de la aplicación de la sanción. En este contexto Bobbio apunta:

> Si llamamos tutela al complicado proceso de la sanción organizada, podremos distinguir un proceso de autotutela que tiene lugar cuando el titular del derecho a la imposición de la sanción es el mismo del derecho violado, y un proceso de heterotutela, que tiene lugar cuando los titulares de esos derechos son personas diferentes[47].

En DI, la autotutela tiene larga historia y se la señala como uno de los principales obstáculos para considerar a este orden jurídico como un sistema desarrollado. De lo expuesto, se desprende que los actos efectuados con base en la autotutela, carecen de institucionalidad por ser unilaterales, lo que difícilmente podría otorgarles la categoría de sanción.[48]

Entonces ¿existen o no las sanciones en DI?. La mayoría de los iuspublicistas afirman que sí. En verdad la heterotutela es posible aún considerando el actual

---

[46] *Cfr.* García Máynez, Eduardo: *Introducción...*, p. 286, por supuesto, esta no es única consecuencia, existen otras como: el deber del órgano competente de aplicar el Derecho apropiado, la legítima defensa, etc.

[47] Bobbio, Norberto: *Teoría della Norma Giuridica*, p. 20, en García Máynez, Eduardo: *Filosofía...*, p. 89.

[48] No se duda que la legítima defensa, la retorsión, aun las represalias, sean expresiones del ejercicio de un Derecho legítimo, pero no sanciones técnicamente hablando.

estado de descentralización del DI[49], la cual tiende a desaparecer ante el fenómeno de la integración en sus diversas manifestaciones.

La aplicación de la sanción internacional puede institucionalizarse sin necesidad de estar absolutamente centralizada[50]. Ello acontece con la CIJ, el Tribunal Permanente de Arbitraje o las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Dichos órganos, cada vez con mayor frecuencia demuestran que es posible políticamente, organizar la heterotutela en el medio internacional. El caso paradigmático en la actualidad, es la Corte Penal Internacional, cuya existencia y jurisdicción aún es resistida por Estados Unidos.

Ahora bien, no toda sanción aun siendo castigo, entraña al momento de su actualización un acto coactivo. Existen casos como el de la rescisión o el de la

---

[49] Este es, ciertamente un punto debatido. "El Derecho Internacional se caracteriza por la descentralización en sentido estático, es decir, por el hecho de que las normas locales son de mayor volumen que las centralizadas, esto es, las reglas de Derecho Internacional particular son más numerosas que las de Derecho Internacional General... [y por] la descentralización en sentido dinámico, es decir: a) la creación del Derecho está descentralizada, ya que la costumbre y los tratados son la fuente del DI, b) la aplicación de la ley está descentralizada, es decir, no hay tribunales y los supuestos o hechos condicionantes, especialmente el delito, son establecidos y configurados por las partes mismas, c) la ejecución de la sanción está descentralizada ya que rige el principio de la autoayuda [o justicia por propia mano] "esto se dijo en 1941 por Kelsen, Hans: *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, trad. del inglés por Federico Acosta, Nacional, México, 1980, p. 151. A tal grado se considera importante esta característica que, "...una fuente de dudas [respecto de la obligatoriedad del DI] es simplemente que el sistema no tiene sanciones centralmente organizadas". Hart, H.L.A.: *El Concepto...*, p. 268. No obstante lo anterior "Kant no considera como deseable el establecimiento de un poder superior que elabore y haga cumplir un conjunto de leyes que comprometa a los soberanos [es decir un poder central] la creación de tal poder constituiría un remedio peor que la enfermedad que intenta curar [*Political Writings*, p. 113] Rousseau teme que podría 'hacer más daño en un instante que lo que podría conservar durante años' [*Oeuvres completes*]" Nardin, Terry: *Op. cit.*, p. 74. los agregados son nuestros.

[50] Aún se afirma que "las leyes hebreas e islámicas no conocen de ningún poder central" *Ibid.*, p. 121. Nos atenemos a la opinión del autor, por desconocer dichos sistemas, con el afán de registrar esta particularidad en el Derecho interno.

nulidad, cuya naturaleza es declarativa[51]. Un caso particular del DI es la expulsión de un Estado parte en un OI, que debe entenderse también como una sanción declarativa. En la CNU la figura se encuentra prevista en el artículo 18.2. Por sus consecuencias políticas gravísimas, nunca se ha aplicado, ya que implica una especie de moderno ostracismo.

Las normas que son sancionadas con nulidad se clasifican como *leges perfectae*[52], ya que al impedir que el infractor logre el fin que se propuso al violarlas, aseguran la observancia cabal de aquellas, al menos desde el punto de vista técnico. Este efecto es especialmente importante cuando se tutelan obligaciones generales de respeto -*erga omnes*- cuyo quebrantamiento además de ser ilícito, debilita el orden público.

En el ámbito estricto del DI convencional:

> ...tal parece como si las "normas" más imperativas se distinguiesen de las normas obligatorias por el hecho de que su comportamiento se exigiría con un grado mayor de imperatividad. Así, mientras que la violación de una regla obligatoria genera la responsabilidad del Estado a quien es imputable, la violación de una "norma imperativa" conduciría a la nulidad absoluta del acto realizado[53].

---

[51] *Cfr.* Preciado Hernández, Rafael: *Op. cit.*, p. 123. Se afirma que Austin fue el primero en considerar a la nulidad como sanción, pero no desarrolló la idea. *Cfr.* Hart, H.L.A.: *Op. cit.*, p. 302.

[52] Inspirándose en las doctrinas romanas, el jurista ruso N.M. karkounov divide los preceptos de Derecho en cuatro grupos, desde el punto de vista de sus sanciones: 1) *Leges perfectae*, 2) *Leges plus quam perfectae*, 3) *Leges minus quam perfectae* y 4) *Leges inperfectae.* García Máynez, Eduardo: *Introducción...*, p. 85.

[53] Mendez Silva, Ricardo y Gómez Robledo Verduzco, Alonso: *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Legislativos No. 37, UNAM, México, 1981, p. 73. "Según el DI común o

Deben recordarse aquí los principales aspectos técnicos de la nulidad. Este tema ha sido estudiado especial y extensamente por la doctrina civilista desde los tiempos romanos. Coinciden los autores en considerar que la "privación de efectos" es el rasgo distintivo de la institución. Así, un acto jurídico realizado materialmente, pierde efectividad por virtud de la nulidad[54].

Se distinguen dos clases, a saber: la anulabilidad o nulidad relativa, y la nulidad de pleno derecho o absoluta. Se analizará esta última, por ser la especie considerada como "verdadera"[55] y sancionar, tanto a las prohibiciones jurídicas, como a las normas imperativas.

> La nulidad de pleno derecho es obra directa del legislador, quien nulifica lo que se haya realizado. Por tanto, hablando propiamente, no es necesaria una acción de nulidad[56].

Y esto es así, ya que la nulidad se declara no se decreta. Ello implica que no requiere la disposición de un poder de apremio irresistible[57]. La privación de

---

particular, es responsable con respecto al sujeto perjudicado... Su negación [la del principio de responsabilidad] implicaría la destrucción del DI puesto que el no admitir la responsabilidad consiguiente a un entuerto suprimiría el deber del Estado de comportarse según el DI" Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p. 535. Si esto se afirma de la responsabilidad, con mayor razón de la nulidad. Regularmente la responsabilidad conduce a una reparación del daño, ya material, ya moral, lo que confirma que la sanción-indemnización existe también en DI, aunque no necesariamente como prestación económica equivalente al daño.

[54] *Cfr.* Planiol, Marcel: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. francés por José M. Cajica Jr., 12ª. ed., José M. Cajica, Puebla, 1946, p. 174 y 175. Aun cuando la opinión de este tratadista no es del todo definitiva, consideramos que es clásica y orienta, en general, la doctrina producida en este punto.

[55] *Ibid.*, 180.

[56] *Ibid.*, p. 181. Llevando estas palabras a nuestro ámbito de estudio, aún cuando no se conoce un órgano legislativo como en los Derechos Internos, la nulidad nace con la norma, llámese ley, cláusula, etc.

[57] *Cfr.* Virally, Michel: *Op. cit.*, p. 182.

efectos es la consecuencia derivada *eo ipso* de la violación de la norma. En su caso, el juez sólo comprueba tal efecto. La intensidad y circunstancia de tal privación, distinguen a las especies de nulidad.

Por tanto, es necesario hacer una sucinta mención de las características de la nulidad de pleno derecho, la cual es:

- Inmediata: Toda vez que se produce tan pronto se celebra el acto jurídico afectado. En consecuencia las partes tienen plena libertad de actuación como si no hubieran realizado tal acto.
- Absoluta: Puesto que el acto carece de efectos respecto de todos los interesados, por fundarse en una consideración de interés general[58].
- Inconfirmable: Ya que la posibilidad de invocar -y eventualmente solicitar al juez- la declaración de nulidad, corresponde a cualquier interesado, y la voluntad contraria de alguno, coarta esa expectativa a los demás.
- Imprescriptible: Es decir, el simple transcurso del tiempo, no provoca que el acto afectado produzca, finalmente, los efectos previstos[59].

---

[58] Específicamente en el DI convencional, se considera que esta nulidad existe *erga omnes* porque cualquier sujeto de DI interesado puede hacerla valer. Más aún se afirma que "debe ser declarada *motu proprio* por un tribunal competente o por Órgano Internacional encargado de la aplicación del tratado, aún si no ha sido invocada por las partes de la aplicación del tratado, aún si no ha sido invocada por las partes del caso". Jiménez de Arechaga, Eduardo: *Op. cit.*, *passim*. Hay que apuntar que la convención, por razones de carácter práctico, adoptó un procedimiento de declaración de nulidad, que no se apega a estos conceptos doctrinales, ver más abajo.

[59] *Cfr.* Planiol, Marcel: *Op. cit.*, p. 182. Por su parte los actos anulables ostentan características del todo opuestas, por lo que la privación de efectos no es tan radical. No debemos confundir nulidad con inexistencia, esta última supone la realización aparente de un acto jurídico jamás celebrado, y por lo tanto la ley no puede nulificar lo que no existió, en cambio aquélla, es una "operación" que consiste en extinguir un acto que se realizó provisto de todos sus elementos. *Cfr. Ibid.*, p. 183. De los anterior se desprende que ambas figuras son incompatibles respecto de un mismo acto. Podemos agregar que, siendo la nulidad

Teniendo presente lo antes expuesto, se concluye lógicamente que:

> La nulidad... es la reprobación categórica del acto que desafía abiertamente el orden público, interno o internacional, uno y otro constituido por normas en absoluto imperativas[60].

La Convención establece varias causales de nulidad[61]. La que interesa ahora se relaciona con la licitud del objeto del tratado, lo que supone efectuar, en caso de conflicto, una valoración del mismo. De ahí que la existencia de órganos que practiquen la heterotutela, sea una necesidad imprescindible para la convivencia internacional armónica.

Dicha valoración está en conflicto con las doctrinas voluntaristas que predominaron durante el Siglo XIX en el DI, las cuales aún tienen defensores, en el sentido de considerar y aplicar de una manera absoluta y ventajosa, el principio de "autonomía de la voluntad"[62] que corresponde al llamado *Treaty-making*

---

sanción (y por lo tanto consecuencia de Derecho), la inexistencia designa la consecuencia del acto jurídico del cual, podría depender alguna consecuencia si aquél existiese.

[60] Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens internacional...*, p. 144.

[61] Ver capítulo V. artículos del 46 al 53 y 64. Es de destacar el tratamiento sistemático y técnico, que la CDI hizo del error, el dolor, la coacción sobre el representante del Estado o de éste mismo, etc. Para la mejor comprensión de este punto, es imprescindible el estudio del cuadro sinóptico preparado por De La Guardia y Delpech, el cual está reproducido y explicado, *Ibid.*, p. 150 a 160. Se criticó a los relatores de la Convención al tratar de transplantar las figuras civilistas al DI, sin embargo, la adecuación de dichas figuras fue acertada, y aún se generaron nuevas instituciones, como la "corrupción del representante de un Estado", artículo 50.

[62] Esta figura, como es sabido, procede del Derecho Privado Interno, especialmente del civil que se ocupa de los contratos y "ha significado que los contratantes no están ligados por ninguna disposición imperativa de la ley". Niboyet, J.P.: *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. del francés por André Rodríguez Ramón, Nacional, México, 1954, p. 662. Esa concepción se ha atenuado en los sistemas jurídicos internos, a consecuencia del desarrollo de instituciones de Derecho Público y de Derecho Social. En DI tardó en entenderse apropiadamente, puesto que no se reconoció expresamente la existencia de normas

power, en la terminología anglosajona.

Esa concepción fue en su momento, norma consuetudinaria erigida en *ius cogens* por las naciones europeas y algunas otras como Estados Unidos o Japón[63], ya que constituyó un cimiento importante del orden internacional prevaleciente hasta 1945. A partir de ese momento, por múltiples razones geopolíticas, militares y aún jurídicas, la comunidad internacional organizada y nutrida de nuevos Estados y OI derogó consuetudinariamente aquélla concepción e hizo surgir, el concepto de orden público internacional y con él, de manera tácita, el de normas imperativas- con lo que se le reconoce el verdadero valor lógico, técnico y sociológico al principio de autonomía de la voluntad, en el ámbito internacional.

El proceso de transformación bosquejado, continua. El final de la Guerra Fría y con ella, del equilibrio bipolar del poder; puso al DI en el centro del debate internacional. Ha quedado demostrado históricamente que el uso de la fuerza es viable dentro de una colectividad, sólo cuando está limitado por normas que lo atan a la responsabilidad colectiva. El uso ilegitimo de la fuerza es cada vez más riesgoso.

Ahora bien, es claro que el equilibrio entre derecho y fuerza, no resuelve todos los problemas de seguridad colectiva, surgidos de la complejidad determinada por

---

imperativas que la limitaran, lo que hacía suponer que los Estados podían concluir tratados, sin limitación alguna de objeto.

[63] Recuérdese, por ejemplo, los tres repartos de Polonia, 1772 y 1792 y 1795, este último concretado bajo el Congreso de Viena -septiembre de 1814 a junio de 1815- en donde Rusia, Austria, Prusia, Inglaterra -es

factores económicos, étnicos, geopolíticos y aún religiosos. Hoy que la comunidad de Estados transita por una era de terrorismo global, es más necesario que nunca determinar las normas que permitirán la coexistencia de la humanidad, por lo tanto "sólo el consenso y el respeto al derecho pueden darle a la fuerza, la legitimidad que necesita"[64].

¿Dónde reside la legitimidad? Probablemente el la limitación a la autonomía de la voluntad. A menudo, los desarrollos teóricos se adelantan a los hechos. En 1905 se pensaba:

> Como los contratos entre particulares, los tratados deben tener un objeto o una causa lícita. Son nulos como contratos en Derecho Internacional, los tratados que tuvieren por objeto el establecimiento o la protección de la esclavitud, que violaren el principio de la libertad del mar, o negasen seguridad a los extranjeros[65].

Ello evidencia el ánimo de reconocer límites a dicha voluntad, con base en intereses colectivos superiores. Hubieron de transcurrir 75 años para que lo lógico fuera positivo.

---

decir la cuádruple alianza de Chaumont- y Francia convinieron en crear una "Polonia reducida por el protectorado del Zar 'Polonia del Congreso". *Cfr.* Stadtmüller, Georg: *Op. cit.*, p. 228 a 235.

[64] Villepin, Dominique De: *"Law, Force and Justice"*. Discurso del Canciller de la República de Francia pronunciado el 27 de marzo de 2003 ante el *International Institute for Strategic Studies*, www.delegfrance-cd-geneve.org, 11 de may. de 2003.

[65] Fognet, Renè: *Manuel Elementaire de Droit International Public*, 5ª ed., Arthur Rousseau, Paris, 1905, p. 194. Bluntschil, nos ofrece más o menos la misma opinión en los artículos 360, 181 y 411 de su: *Le Droit international Codifié*, 6ª ed., Pedone, Paris, 1886.

El corolario de este argumento es que la nulidad prevista en el artículo 53, al ser absoluta, tiene necesariamente dos atributos, a saber:

I.- Destruye los efectos provisionales que, en su caso, haya producido el tratado afectado por dicha sanción, desde el momento en que se realizó, es decir, es *nulo ab initio*, porque al momento de su celebración preexistía una norma de *ius cogens* que viola, así:

> En principio, todos los efectos jurídicos de un tratado nulo deben ser eliminados y las cosas deben volver a su estado primitivo, como si el tratado nunca hubiera existido [*restitutio ad principium*][66]

Pese a que lo trascrito lleve a pensar en la retroactividad, debe apuntarse varias circunstancias:

- El artículo 14 establece la irretroactividad de la Convención en su conjunto.
- El artículo 28 establece la irretroactividad de los tratados en particular.

En cambio, la nulidad sólo retrotrae al estado primitivo los actos celebrados, con base en el tratado afectado. Hubiera sido conveniente especificar expresamente que los artículos 53 y 64 no son de aplicación retroactiva[67] y así dejar salvada la incertidumbre y la consecuente interpretación.

---

[66] Jiménez De Arechaga, Eduardo: *Op. cit.*, p. 75. Doctrinalmente se distingue entre la nulidad que prevé el artículo 53 que es *ex tunc*, y la del artículo 64 -*ius cogens supervienens*- que es *ex nunc*. *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional...*, p. 119 y 120.

[67] Como lo propuso México, en una enmienda aditiva al texto original del artículo en estudio, la cual fue finalmente retirada. *Cfr.* A/CONF. 39/11/ add. 2, p. 187.

Ahora bien, basta el sentido común para reconocer que: a) la declaración de nulidad de un tratado por ilicitud en el objeto, es un evento extremo y radical en DI; b) los Estados tienen larga experiencia en la concertación de tratados -recuérdese el carácter eminentemente codificador de la Convención-[68]; c) el sistema que está creando alrededor de las nuevas concesiones, tiene apenas unos años de constituirse con base en una *lex lata*, así los tratados preexistentes que lo contrarían terminarán por extinguirse; d) es lógico pensar que, aún salvando las dificultades para definir satisfactoriamente lo que ha de entenderse por "derecho adquirido" o "expectativa", ninguna de las dos se puede alegar para la realización de fin alguno, cuando se derivan de un acto jurídico cuyo objeto es ilícito -*ex iniuria ius non oritur*-.

II.- El segundo atributo explica por qué los redactores de la Convención, optaron por la indivisilidad del clausulado. Esto es, si una cláusula del tratado está en conflicto con una norma de *ius cogens* preexistente, aún alguna frase del preámbulo, la totalidad de éste será nulo, atendiendo a lo estipulado en el artículo 44[69], es decir, no se podrá escindir la disposición ilícita del resto del tratado.

La CDI adoptó este criterio, después de sortear arduos debates internos, ya que hubo quien consideraba exagerada tal posición, atendiendo a la naturaleza

[68] Si bien es cierto que el artículo 53, y sobre todo el 64 son producto del desarrollo progresivo del DI producido por la CDI, los lineamientos teóricos ya existían en la doctrina.

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

fundamental de las normas de *ius cogens*, y por motivos de orden psicológico, para sancionar con nulidad total el desafío al orden público internacional al celebrar, con plena premeditación y conciencia un tratado contrario en todo o en parte, a una norma de *ius cogens*[70].

En todo sistema jurídico, la nulidad representa la excepción en la celebración de actos jurídicos. Su regulación es minuciosa, constituye una sanción-castigo a la mala fe o la negligencia de las partes; pero no es la única consecuencia.

En su borrador de la compilación sobre las reglas que norman la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, la CDI incluye el artículo 41 que señala las dos consecuencias sustantivas derivadas de una infracción seria a una obligación perentoria, es decir de *ius cogens*, a saber:

- los Estados cooperarán para hacer que terminen, por medios legales, cualquier infracción seria a una obligación emanada de una norma perentoria; y
- ningún Estado reconocerá como jurídica una situación creada por una infracción seria a una obligación emanada de una norma perentoria, ni prestará ayuda o asistencia para mantener dicha situación[71].

Cuando sea *lex ferenda* esta futura convención, tendrá varias consecuencias trascendentales, entre otras: a) sacará al *ius cogens* del Derecho Convencional,

---

[70] *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *Op. cit.*, p. 128. Insistimos en el carácter de orden público internacional que tienen las normas de *ius cogens*, como se desprende la trascripción, aunque existan opciones en contrario "Los conceptos de orden público o *public policy*, que son conocidos por el Derecho Civil y por los sistemas de *Common Law*, no coinciden enteramente con el concepto de *ius cogens*". Schewelb, Egon: *Op. cit.*, p. 948.

para insertarlo en el DI general; b) la violación a una norma perentoria además de provocar nulidad de tratados *inter partes* involucra a la comunidad de Estados en su conjunto, al imponerles obligaciones concretas para aislar a los infractores de normas de *ius cogens*.

2.5.4: SUSTITUCIÓN DE LA NORMA DE *IUS COGENS*

Para concluir el análisis del artículo 53, debe considerarse el último de los elementos que entraña el texto, es decir, la sustitución de la norma, mismo que está enunciado como sigue: (la norma imperativa de DI general) sólo puede ser modificada por una norma ulterior de DI que tenga el mismo carácter.

Este es el adecuado complemento al principio de inderogabilidad de la norma imperativa la cual ya fue estudiada y que significa un rasgo formal más de la figura. Constituye también, una previsión de la evolución de la sociedad internacional y su Derecho. En todo conglomerado organizado, el cambio de las relaciones sociales se produce normalmente con cierta lentitud, lo que permite instituir un orden más o menos permanente, es entonces que éste determina a aquéllas; así se mantiene hasta que dichas relaciones sociales se transforman de tal manera que logran afectar a ese "núcleo" de presupuestos, valores e instituciones que son compartidos por la comunidad que los crea[72].

---

[71] *Cfr.* A/56/10.

[72] La base en que se sustenta el ordenamiento jurídico es, sencillamente, la colectividad en la cual ha nacido, y la evolución del medio social condicionará la evolución del propio orden normativo. Diez De Velasco, Francisco: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 3a. ed., Tecnos, Madrid, 1976, p. 69.

Un sistema jurídico que no prevea la naturaleza dinámica de las multicitadas relaciones, estará condenado a la inflexibilidad y consecuentemente, a la ineficacia. Punto frecuente de discusión ha sido el valorar la capacidad del Derecho para promover y lograr cambios en la estructura y contenido de las relaciones que forman la sociedad. Hay quienes le niegan toda posibilidad de promoción social, argumentando que ésta se logra al margen del Derecho, y que sólo después se institucionaliza jurídicamente[73].

El problema se plantea, no en términos de determinación de la sociedad hacia el Derecho o viceversa. Este último es un producto cultural –una superestructura económica, según otros-, que refleja en mucho el espíritu colectivo de los pueblos. El Derecho determina los criterios de legalidad tempo-espacial y los parámetros de justicia respectivos. Sin entrar en el inacabable problema de lo que es justo, se observa que nuevas circunstancias -o el reconocimiento de antiguas- producen nuevos parámetros de justicia y que éstas regularmente se expresan en normas jurídicas.

La CDI no olvidó dicho fenómeno, y previó la modificación continua del Derecho, a través de la decisión mayoritaria de la comunidad internacional. Debe atenderse especialmente al contenido de la norma[74], ya que pueden darse normas de DI que no tengan carácter imperativo, en cuyo caso no serán *ius cogens* y no podrán

---

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

derogar a las que sí lo son. Los Estados "reconocen y aceptan" normas sólo para efectos declarativos de efectividad, no constitutivos, ya que éstos son resultado de la actuación misma de los Estados en su conjunto.

Lo anterior, no significa que ese doble condicionamiento formal pueda soslayarse; simplemente éste no juzga el contenido. Ahora bien:

> El reconocimiento y aceptación de tales normas [las de *ius cogens*] por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, podría resultar de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas votadas por fuertes mayorías[75].

Con ello se afirma implícitamente no sólo lo dicho respecto de los efectos de tal reconocimiento, sino también abre una posibilidad real y objetiva, para la identificación de normas imperativas dirigidas a la comunidad internacional, colateral o complementaria, a la que pueden manifestarse por vía judicial.

2.6: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 64 (TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS)

Con este precepto se concluye el estudio del *ius cogens* sustantivo, en la Convención de 1969. A la hipótesis en él contenida se le conoce técnicamente como *ius cogens* superveniens[76]:

---

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

[75] De Lean, Oliver: *"Las positions francaises a la Conférance de Vienna sur Le Droit des Traites"* en AFDI, París, 1969, p. 17 en Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional...*, p. 111.

[76] En oposición a *ius cogens* antecedente, artículo 53.

> Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esta norma se convertirá en nulo y terminará.

La redacción, y en mayor medida la ubicación del artículo en comento fue ampliamente discutida por la CDI, ya que por una parte, entraña una cierta causal de terminación, y por la otra, los efectos previstos para el caso de su violación no son exactamente los mismos que los del *ius cogens* precedente.

Respecto del surgimiento de una norma de este tipo, poco puede decirse que no se haya expresado líneas arriba. Empero, debe agregarse que esta figura se aplicará seguramente a materias de nueva regulación por el DI o dándole por este medio, una nueva orientación a la legislación existente. Así:

> Nuevas reglas de este carácter pueden ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por medio de tratados generales multilaterales o declaraciones de la Asamblea General, extendiendo la noción a nuevos terrenos tales como el ensayo o la utilización de armas de destrucción masiva, la protección del medio ambiente o el establecimiento de principios más equitativos para regular el comercio internacional[77].

La teoría que se ocupa del estudio de la nulidad de los actos jurídicos, no preveía

---

[77] Jiménez De Arechaga, Eduardo: *Op. cit.*, p. 82.

la posibilidad de que un acto que nació y permaneció válido, por ser lícito, de pronto pierda esa calidad por una causa superviniente. De ahí la importancia de la labor de la CDI, al desarrollar esta figura y al declarar, una vez más, la supremacía del orden público internacional sobre los actos de los particulares, aún a futuro, lo cual resulta lógico y necesario como la propia CDI lo reconoció[78].

Debe distinguirse que es un supuesto diferente al del último párrafo del artículo 53 comentado en el punto 2.5.4 anterior. Aquí se previene la aparición de una nueva norma imperativa que complemente el marco jurídico al que debe ceñirse todo acto internacional; es por ello que el sustento legal del tratado que devenga contrario a ella, se trastorna a tal grado que la modificación o extinción de éste es imprescindible o taxativa.

Se mezclan en esta noción, tal vez de manera poco ortodoxa, dos figuras distintas y aún contradictorias cuando la Convención prevé que un tratado en esas condiciones "se convertirá en nulo y terminará".

> Pese a las críticas, aquella fórmula se mantuvo deliberadamente y ello para señalar la gravedad e importancia de la hipótesis, extendiendo los mismo efectos del artículo 53, en la medida de las posibilidades[79].

El objetivo es que los efectos ilícitos del tratado no se produzcan más y

---

[78] La norma enunciada en el artículo (en 1963, artículo 45 y en 1966 artículo 61) es corolario lógico de la norma del artículo 50 (hoy 53, el cual)... se basa en la hipótesis de que en el DI hay unas cuantas normas fundamentales de orden público internacional de las que ningún estado puede eximirse, ni siquiera por acuerdo con otro Estado. *Cfr.* A/6309/rev.1, p. 93.

desaparezcan los que aún persistan. Esta suspensión de efectos es: imprescriptible, inconfirmable, casi inmediata y desafortunadamente no solicitable por cualquier interesado. Sin embargo, debe entenderse como consecuencia de la declaración de una nulidad absoluta. Al comentar el proyecto del artículo, la propia CDI reconoció que "...la norma no anula el tratado, sino que prohibe que continúe existiendo y cumpliéndose"[80].

Por otra parte, se argumenta que no deben constreñirse tales efectos, únicamente a la nulidad ya que en el caso del *ius cogens* emergente "... la situación jurídica resultante se parece más a la terminación que a la nulidad, ya que no existe *restitutio ad principium*"[81].

De hecho, la Convención de 1969 contempla procedimientos similares de declaración de nulidad para ambos artículos 53 y 64. No obstante, se hace una justa atenuación de las consecuencias de dicha nulidad; si bien en ambos casos son absolutas. Para el artículo 64 se consideró que las partes no tienen la intención de violar deliberadamente una norma imperativa que no existía al momento de celebrar un tratado en especial, por tanto se presume la buena fe de las partes, adoptándose el principio de divisibilidad de las cláusulas[82], el cual

---

[79] Puceiro Ripol, Roberto: *Op. cit.*, p. 73.
[80] *Cfr. Ibid.*, p. 72.
[81] *Cfr.* Jiménez De Arechaga, Eduardo: *Op. cit.*, p. 85. En opinión de este autor debe hablarse de ambas figuras, puesto que en la nulidad básica subsisten los Derechos adquiridos en razón del tratado, en tanto que en esta clase, aún éstos desaparecen, evidenciando con ello, su naturaleza total en cuanto a la terminación del tratado. De igual parecer es Elias, T.O.: *"Problems Concerning the Validity of Treaties"* en RC, Tomo 134, Leyden, 1972, p. 408.
[82] Al contrario del art. 53 para el cual la nulidad además de absoluta es total, según la fracción 6 del artículo 44.

quedó plasmado en el inciso 3 del propio artículo, como sigue:

> 3. Si la causa [de nulidad o terminación del tratado] se refiere sólo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando:
>
> a) Dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
>
> b) Se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no han constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado, una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y
>
> c) La continuación del cumplimiento del resto del tratado, no sea injusta.

Por supuesto, los incisos reproducidos se refieren en su orden a: la posibilidad material de aplicación, la salvaguarda del motivo o fin determinante del consentimiento y la preservación del carácter sinalagmático que todo tratado entraña.

En términos prácticos, el *ius cogens superveniens* deberá expresarse en normas de naturaleza derogatoria y por lo tanto "generan un nuevo orden jurídico, toda vez que el conjunto de normas vigentes ha cambiado"[83]. Kelsen considera la derogación como una función especifica de la norma, por lo que a diferencia de otras normas, la derogación no se refiere a una cierta conducta, sino a la validez de otra norma –la de *ius cogens* originario- por ello para él no constituye un deber

[83] Huerta Ochoa, Carla: *Op. cit.*, p. 19.

ser sino "un no-deber ser"[84]

Terminación y nulidad absoluta se complementan en esta figura, híbrida por naturaleza, pero útil para normativizar una realidad que necesita ser reconocida: la nulidad *ex nunc* –para el futuro-. Esto y sobre todo, el reconocimiento de la teoría del derecho intertemporal, son los frutos más notables de la institución.

Brownlie afirma que en muchas ocasiones, las partes en una disputa internacional motiva su comportamiento en actos unilaterales o en tratados concluidos mucho tiempo atrás. Fitzmaurice sentó la regla aplicable en esos casos al señalar que es ya un principio de DI que en tales casos la cuestión controvertida debe ser apreciada -o el tratado interpretado-, "a la luz de las normas de Derecho Internacional como si existieran en ese momento, y no como si existieran hoy"[85]. De manera más sintética, se afirma que:

> La validez de todo acto jurídico debe apreciarse según el derecho en vigor en el momento de su celebración; el acto mantiene su validez y produce efectos mientras llena las condiciones de validez establecidas por el Derecho Internacional en su evolución[86]

Ello resulta lógico y necesario, sobre todo respecto de un Derecho en continua evolución como el internacional. En varios casos, la CIJ ha aceptado la doctrina

---

[84] Kelsen, Hans et al: *Derogation en Die Rechtstheorische Schule, Europa Verlag Wein*, p. 1430 en *Ibid.*, p. 11.
[85] Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Clarendon Press – Oxford, Great Britan, 1995, p. 129.

comentada, por ejemplo el asunto relativo a los Derechos de Ciudadanos de Estados Unidos en Marruecos (1952) y la Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental (1975).

De esta última, surgió una expresión que explica muy bien toda la doctrina: *tempus regit factum*, formulada por el juez español Federico De Castro[87] y que no hace sino definir un principio general de derecho aplicable a todas las formas jurídicas. No obstante, la doctrina ha sido criticada sobre el argumento de que la noción de derecho intertemporal, aplicada extensivamente, dejaría a muchos tratados en estado de inestabilidad.

La CDI parece opinar lo contrario, ya que reconoce la figura en el artículo 13 del borrador de su compilación sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionales ilícitos, en los términos siguientes: "un acto de un Estado no constituye una infracción a una obligación internacional a menos que, el Estado esté vinculado por la obligación en cuestión en el momento en que ocurre la infracción"[88]. En estos términos, la aplicación del *ius cogens superveniens* no implicaría dificultad alguna insalvable, tomando en cuanta que la cuestión se reduce a determinar el régimen de obligaciones de un Estado, en un momento determinado.

---

[86] Diaconu, Ion: *Contribution à une étude sur les normes impératives* en Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens...*, p. 129.
[87] *Cfr. Ibid.*, p. 138 y 139.
[88] *Cfr.* A/56/10.

Con el objeto de clarificar los aspectos particulares de las figuras estudiadas, se remite al lector al siguiente apoyo gráfico.

ESQUEMA 2: Principios a los que Responden las Distintas Especies de Normas Imperativas Convencionales

IUS COGENS	*IUS COGENS SUPERVENIENS*
Nulidad absoluta	Nulidad absoluta / Terminación
Restitutio ad principium	No
Indivisibilidad del clausulado	Divisibilidad del clausulado
Se presume mala fe	Se presume buena fe
Artículo 53	**Artículo 64**

2.7: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 66 (PROCEDIMIENTO)

Con esta disposición, se inicia el estudio de los aspectos adjetivos del *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969, aunque en justicia debe decirse que tal análisis se inicia en el artículo precedente. Efectivamente, en el artículo 65[89] se prevé el "Procedimiento de un Tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación del tratado"[90], procedimiento ordenado en las siguientes fases:

---

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

[90] Es este el título del artículo.

a) El Estado interesado deberá notificar[91], por escrito, su intención a las demás partes. Y motivará tal decisión especificando la medida que tomará respecto del tratado.

b) Si después de un plazo no menor de tres meses, ningún Estado parte se opone, el interesado podrá formular un instrumento haciendo constar tal circunstancia, el cual deberá estar firmado, según el artículo 67.2, por el Jefe de Estado o de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores o un representante designado *ad hoc*[92]. Dicho plazo puede ser reducido en casos de especial urgencia; sin embargo, la Convención no especifica tales casos, ni quién fija el término. Resulta congruente que sea el propio interesado el que deba hacerlo en el escrito de notificación. Cabe preguntarse si las otras partes pueden válidamente, rehusar el plazo menor de tres meses, lo que parece evidente, y en tal caso cuál sería la solución.

c) Si dentro del plazo señalado algún Estado parte, formula la objeción respecto de la notificación, la parte en conflicto deberá recurrir a los

---

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

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

medios de arreglo pacífico de controversias, señalados en el artículo 33 de la CNU, a saber: negociación, investigación, mediación, conciliación, recurso a organismos internacionales, acuerdos regionales, arbitraje, arreglo judicial, o cualquier otro medio pacífico[93].

Dichos procedimientos son recomendables, y a menudo útiles, tratándose de los casos de retiro, terminación o suspensión de un tratado; pero cuando la controversia se centra en la alegación de su nulidad, en realidad se está hablando de ilicitud y por lo tanto de un problema jurídico, así es que excepto el arreglo judicial o el arbitraje, los medios ya mencionados resultarían de difícil aplicación técnica, evitarían tal vez un enfrentamiento pero no resolverían el fondo, toda vez que lógicamente la ilicitud no puede estar sujeta a transacción[94]. En cualquier caso, si se logra un acuerdo, la controversia termina.

d) Ahora bien, si dentro de los doce meses siguientes a la formulación de la objeción (artículo 65.3), no se ha llegado a un acuerdo; se actualizan los supuestos del artículo 66; el cual prevé dos procedimientos: a) cuando la controversia verse sobre la aplicación o interpretación, de algún artículo sustantivo regulador del *ius cogens*, o bien, b) cuando verse sobre la

[93] El artículo continúa con dos incisos más, los cuales no se refieren al procedimiento. De este modo, el inciso 4 salvaguarda la vigencia de los acuerdos ya existentes entre las partes, respecto del arreglo pacífico de las controversias, y el 5 estipula que, el Derecho de dar respuesta a otro Estado parte en el tratado (respecto de su cumplimiento o violación) no se pierde para un Estado sino se procedió conforme al inicio 7º, al cual ya nos referimos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 45 el cual mencionaremos más adelante.

> aplicación o interpretación de cualquier otro artículo de la parte V a saber: nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

Se tratará primeramente la última hipótesis. Si ocurre, se procederá conforme al anexo de la Convención el cual prevé la formación de una comisión de cinco amigables componedores de los cuales cada parte nombrará a dos de una lista que incluya a juristas destacados y el quinto será designado por la propia Comisión o en su defecto por el Secretario General de la ONU, de la misma lista o de la CDI. Este último, también está obligado a invitar a las partes a la formación de la comisión, a integrar y mantener la susodicha lista y a informar a los interesados el veredicto, cuando se produzca.

La comisión fijará el procedimiento a seguir, emitirá su decisión por mayoría de votos dentro de los doce meses siguientes a su formación, la cual sólo tendrá carácter de recomendación y carecerá de poder vinculante. Ello, se dice, facilita la solución amistosa de la controversia.

Por otra parte, cuando la controversia se base en la aplicación o interpretación de los artículos 53 o 64:

> Cualquiera de las partes... podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo, someter la controversia al arbitraje.

---

[94] El artículo fue redactado genéricamente para los cuatro casos enunciados en su título. La actual redacción

En el inciso transcrito del artículo 66, se plasma uno de los logros más significativos de la Conferencia y de la Convención misma. La posibilidad de que mediante simple petición escrita de una de las partes la CIJ conozca del caso.

Para la doctrina y para la comunidad de Estados, implica un reconocimiento más del principio de jurisdicción obligatoria plena de dicho órgano judicial, atenuando el alcance que durante tantos años tuviera la llamada cláusula potestativa de jurisdicción obligatoria consignada en el artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, no es absoluto, puesto que las partes pueden recurrir al arbitraje[95].

La jurisdicción obligatoria también está prevista en el artículo 1o del Protocolo Opcional de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, cuando estipula lo siguiente:

> Las disputas que se originen por la interpretación o aplicación de la Convención caerán dentro de la jurisdicción obligatoria de a Corte Internacional de Justicia y consecuentemente serán expuestas a la Corte mediante una solicitud formulada por cualquier parte en la disputa que sea parte del presente protocolo.

Idéntica disposición se encuentra en el artículo 1o del Protocolo Opcional de la

---

fue toral para que la Convención, en su conjunto, fuera firmada.

[95] Como se sabe el arbitraje es una de las instituciones más antiguas del DI, que tuvo mucho auge desde los tratados Jay (1794) hasta 1914, sin embargo, las estadísticas revelan un marcado descenso en su aplicación provocada acaso por la institucionalización del DI la creación de OI con cierto poder de decisión administrativa. *Cf.* Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p. 397 nota 14. En el caso concreto, parece

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Más aún, ambas disposiciones sirvieron para fundar la competencia de la CIJ en el caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán fallado el 24 de mayo de 1980[96].

De regreso al tema, la inclusión del artículo 66 A) en la Convención de 1969 representa una decisión importante y demuestra que el avance del DI está indisolublemente ligado al perfeccionamiento de la heterotutela y su organización.

Por otra parte en ningún sistema normativo es tarea fácil limitar e interpretar su contenido, ni los actos ilegítimos son sólo reprimibles a través de mecanismos procesales. En la sociedad internacional existe actualmente, otro tipo de sanciones alternativas, como pueden ser la condena de la opinión pública interna y externa de los Estados –incluso vía ONG's-, la presión ejercida por OI[97] o incluso la tristemente inútil e hipotética expulsión de Estados de OI.

Los debates en el seno de las Conferencias, en torno a este artículo fueron largos y complicados. Se formaron grupos de países con opiniones encontradas y no fue sino después de varios intentos, que se consiguió llegar a una fórmula aceptable respecto de las reglas de jurisdicción, que fueron votadas exitosamente[98].

---

difícil que las partes en conflicto concluyan un tratado para formar una Comisión de Arbitraje, o acudan al Tribunal Permanente de Arbitraje, tratándose de un asunto tan delicado.

[96] *Cfr.* 1980 I.C.J..3: *Case Conserning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, General List 64*, Párrafos 33 a 36, p. 18 a 20.

[97] *Cfr.* Puceiro Ripoll, Roberto: *Op. cit.*, p. 75.

[98] Un resumen detallado de este punto se puede consultar en Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional...*, p. 171 a 175, y Elias, T.O.: *Op. cit.*, p. 402.

Las imperfecciones técnicas que se destacan más adelante, reflejan concesiones a los grupos de interés formados durante las conferencias, lo resulta inevitable. Así, se optó por el principio de certeza y estabilidad de los tratados; por salvar en la medida de las posibilidades la desigualdad e incongruencia que existiría entre los artículos 53 y 64 por una parte, y la ausencia de una norma que obligue a la jurisdicción directa de la CIJ[99] y por diseñar un procedimiento que dejara tranquilas las conciencias de los delegados, aún cuando su aplicación fuere larga que lo hiciere prácticamente imposible.

Dicho punto hizo temer por la suerte de la Convención[100]. Hubo quien propuso la jurisdicción obligatoria de la CIJ para todo caso que verse sobre nulidad (Suiza y Japón); la solución preferentemente arbitral, es decir, el sometimiento a una jurisdicción independiente[101] (países occidentales detractores del *ius cogens*) o; continuar con la fórmula establecida en el artículo 33 de la Carta (bloque socialista en ese entonces) rechazando toda posibilidad de decisión judicial obligatoria.

Vale la pena recuperar dos argumentos respecto de la repulsión de los Estados para aceptar dicho principio. El primero, ya apuntado por la CDI a través de algunos de sus relatores y revivido en el debate, consiste en considerar que un mecanismo sucinto de declaración de nulidad absoluta, sería la "salida" recurrente para aquellos sujetos que quisieran incumplir legalmente sus obligaciones, lo cual

---

[99] *Cfr.* Schuelb, Egon: *Op. cit.*, 973.
[100] *Cfr.* Puceiro Ripoll, Roberto: *Op. cit.*, p. 73. y *cfr.* Gomez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional...*, p. 172.

atentaría gravemente contra la estabilidad de los Tratados. Ello delata desconfianza en la Corte, por parte de los redactores de la Convención[102].

La desconfianza fue un punto importante, respecto del segundo argumento. En 1969 estaba reciente aún el fallo del 18 de julio de 1966 en la segunda fase de los casos de África Sudoccidental[103]. De sobra es conocida la obstinación de Sudáfrica para retirarse del Territorio de Namibia (Africa Sur-Occidental), pese a las resoluciones tomadas por la AG en el caso. Argumentando un anacrónico e injusto mandato otorgado por la Sociedad de Naciones, la Sudáfrica del apartheid permaneció ilegalmente administrando las riquezas naturales de Namibia y cometiendo graves atropellos a los Derechos Humanos de su población.

Liberia y Etiopía, antiguos miembros de la Sociedad de Naciones, pidieron a la CIJ emitir sentencia, entre otros sobre los siguientes puntos controvertidos:

a) la persistencia del mandato;

b) el deber de Sudáfrica de cumplir con sus obligaciones de mandatario;

c) la competencia de la AG para ejercer supervisión

La Unión Sudafricana opuso excepciones preliminares a la jurisdicción de la Corte, que fueron rechazadas por ésta en su Sentencia del 21 de diciembre de 1962. Ello permitió pasar al examen de fondo del asunto. Se resolvió que Liberia y Etiopía no

---

[101] *Cfr.* Schwelb, Egon: *Op. cit.*, p. 973, especialmente Gran Bretaña.
[102] *Cfr.* Puceiro Ripoll, Roberto: *Op. cit.*, p. 74.

demostraron un interés especial para exigir jurídicamente el respeto de las obligaciones que asumió la Unión Sudafricana en tanto que potencia mandataria.

El sorprendente y criticado fallo se decidió por el voto de calidad de su Presidente. Al negar el referido interés especial de los demandantes, la CIJ se abstuvo de juzgar sobre el fondo de las cuestiones debatidas, pese a haberlo examinado en las fases escrita y oral del procedimiento[104]. Lo anterior provocó que hasta los más entusiastas, tomaran precauciones en torno a la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

Volviendo al artículo en estudio, cabe examinar la figura de la nulidad. Sus causas y consecuencias, están perfectamente previstas desde el punto de vista técnico en la Convención. Recuérdese el artículo 45 que consagra claramente la confirmabilidad y aún la prescriptibilidad tratándose de los artículos 46 al 50 y del 60 al 62.

Pero el procedimiento que lleva a la declaración de nulidad absoluta -por causa de violación de una norma de *ius cogens*, entre otras razones- tal y como está diseñado, sólo permite que los Estados partes en la controversia puedan acudir a la CIJ en busca de solución. En otras palabras, ningún otro miembro de la comunidad internacional está facultado para hacerlo.

Se sabe que es así, por las presiones suscitadas entre las delegaciones asistentes a la Conferencia. De otro modo, la Convención hubiera quedado sin

---

[103] *Cfr.* Schwelb, Egon: *Op. cit.*, p. 947.

firmar. Sin embargo, ello entraña una falla técnica ya que se rompió con la naturaleza propia de la nulidad absoluta, en el sentido de que cualquier interesado pueda hacerla valer ante instancia jurídica competente. Ese es un rasgo esencial reconocido tanto en la doctrina, como en los Derechos Internos[105].

La posición del órgano jurisdiccional internacional es contradictoria en el punto. Por una parte, rechaza la existencia de una *actio popularis*[106] que es la consecuencia natural de la nulidad absoluta. Pero por otra, ha afirmado que en la sociedad internacional tienen efectividad las obligaciones *erga omnes*, las cuales son sustento del orden público internacional, pero necesitan ser complementadas con otras instituciones, como la nulidad absoluta que sanciona su inobservancia.

En ese sentido, es lógico que cualquier Estado pueda hacer valer ante la CIJ la violación del orden público internacional, toda vez que cada sujeto de DI es parte pasiva de la relación jurídica constituida con base en obligaciones *erga omnes*, ya que su complemento son derechos subjetivos absolutos.

También en este punto, la CDI hace esfuerzos por hacer avanzar la figura del *ius cogens* desde sus trabajos sobre responsabilidad de los Estados derivada de actos ilícitos, toda vez que el texto del artículo 48 del borrador, establece en su parte conducente:

---

[104] *Cfr.* Diez De Velasco, Manuel: *Op. cit.*, 152.
[105] *Cfr.* Elias, T.O.: *Op. cit.*, p. 389 al comentar el famoso caso de la *Barcelona Traction Light and Power Co.* (1970).
[106] En lo que toca a los casos de África Sudoccidental, por ejemplo.

Artículo 48

Invocación de responsabilidad por un Estado distinto al Estado afectado

1. Cualquier Estado distinto al Estado afectado tiene derecho de invocar responsabilidad a otro Estado, en concordancia con el párrafo 2 si ....

   (b) la obligación incumplida es debida a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Cualquier Estado que tenga Derecho de invocar responsabilidad según el párrafo 1, podrá demandar del Estado responsable:

   (a) el cese del acto internacional ilícito, y seguridades y garantías de que no lo repetirá de acuerdo con el artículo 30; y

   (b) cumplimiento de la obligación de reparación de acuerdo con el artículo precedente, en interés del Estado afectado o de los beneficiarios de la obligación incumplida[107];

Es claro que la CDI se refiere a las obligaciones derivadas de normas de *ius cogens* en el inciso 1.b) del artículo transcrito, al grado de ocupar una expresión definitoria de la figura objeto de este apartado. No cabe comentario alguno a la correcta posición técnica que asume la CDI respecto de la *actio popularis*.

En conclusión, la identidad que se puede establecer entre obligaciones *erga omnes* y normas del *ius cogens* es estrecha[108]. Constituye la institucionalización de la inderogabilidad "privada" (uni o bilateral) de los derechos absolutos de las cuales nacen aquéllas. Los puntos de contacto entre ambos conceptos, son

---

[107] A/56/10.

múltiples, a saber:

a) Como las obligaciones *erga omnes*, las normas de *ius cogens* están diseñadas para proteger el interés común de los Estados y los valores básicos;

b) Los ejemplos clásicos de normas de *ius cogens* que emergieron durante la codificación del Derecho de los Tratados, coinciden ampliamente con los ejemplos de obligaciones *erga omnes*, reconocidos en el caso *Barcelona Traction Lihgt* que se estudiará en el Capítulo IV, y

c) Expresiones características vinculadas al concepto de *ius cogens*, como la comunidad internacional "en su conjunto"; son utilizadas también en los fallos de la CIJ sobre obligaciones *erga omnes*. Más aún, la Corte ha adoptado una especie de enfoque "orientado al valor" apoyado por ejemplos prácticos, opuesto a los enfoques "orientados a la prueba", dominantes en la doctrina, y que se refleja en la redacción del artículo 53 de la Convención de Viena[109].

2.8: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 71

Declarada la nulidad en razón de las diferentes hipótesis que prevén los artículos 53 y 64, la Convención establece un régimen especial al cual deberán sujetarse las partes, en sus relaciones ulteriores.

Tratándose del artículo 53 -*ius cogens* antecedente-, las partes deberán:

---

[108] Para un excelente estudio sobre el particular *vid.* Hoogh, A.J.J.: *Op. cit.*, ps. 183 a 214.
[109] *Cfr.* Ragazzi, Maurizio: *Op. cit.*, p. 72.

a) Eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de DI; y

b) Ajustar sus relaciones recíprocas a la norma imperativa de DI.

Si al hablar de la violación de una norma como ésta, se hace referencia tácita a la nulidad absoluta; es obvio que los actos ilícitos deban desaparecer. Sin embargo, se sabe que ello no es posible *eo ipso*, sobre todo en DI por lo que se prefirió la fórmula "en lo posible" salvando así los casos en que ello sea materialmente imposible, a pesar de que la nulidad es una sanción declarativa.

Observar en lo futuro la norma que quedó establecida en razón de la nulidad declarada, representa un imperativo si se quieren evitar problemas y aún represalias de terceros Estados, sean éstas justificadas o no.

En caso de que el tratado termine y sea nulo en razón de una norma imperativa superveniente -artículo 64-, el precepto determina que dicha circunstancia:

a) Eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes, creado por la ejecución del tratado antes de su terminación. Sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones; podrán en adelante preservarse únicamente en la medida en que ello no esté en oposición con la nueva

norma imperativa de Derecho Internacional general.

El inciso a) es tajante y en cierta medida inexacto. La divisibilidad de las cláusulas del tratado es una característica inherente al *ius cogens superveniens*, así que es posible que subsista a la declaración de nulidad absoluta de una o varias de sus cláusulas. Esta sutileza puede advertirse al interpretar en conjunto el inciso comentado y el posterior, en donde se habla de "derechos, obligaciones y situaciones" que permanecen vigentes. La primera parte del inciso, b) deja sentado de manera indudable que la nulidad así producida es *ex nunc* –para el futuro- como quedó apuntado en el apartado 2.6. A efecto de clarificar el procedimiento, se sugiere revisar el esquema 3 a observarse en la página siguiente. Esto es una muestra de que el DI cuenta con criterios de interpretación de la normatividad internacional, gracias a que, en su momento, la CDI ejerció una de sus funciones substanciales, *desarrollar progresivamente* el DI.

2.9: IMPROCEDENCIA DE LAS RESERVAS AL *IUS COGENS*

Debe dejarse constancia de las reservas, declaraciones y objeciones planteadas por los Estados partes en la Convención de 1969, especialmente de las que se relacionan con los artículos sustantivos o adjetivos del *ius cogens*. Dos fueron los tópicos principales que las motivaron; a saber:

a) La no aplicación del principio *rebus sic stantibus* como está expuesto en el artículo 62[110], y

[110] Afganistán, Argentina, Marruecos y Siria en este sentido, Chile y Estados Unidos, formularon objeciones a tales reservas. Cfr. ST/LEG/SER.E/2, p. 652 a 657.

b) La no aceptación, total o parcial del procedimiento previsto en el artículo 66[111].

Existieron otras reservas de carácter particular y menos significadas. La declaración de Ecuador puntualiza que los conflictos que pudieran surgir respecto a la irretroactividad de la Convención (artículo 4º), deben ser resueltos mediante el principio de la solución pacífica de las controversias, mismo que está bien establecido en el artículo 2.3 de la CNU.

Este es obligatorio y tiene fuerza universal[112]. Dicha declaración asume la corriente doctrinal prevaleciente y demuestra la intención, nacida de la necesidad, por parte de los Estados tercemundistas, de fijar normas imperativas.

Por su parte, en sus reservas, Siria señaló:

> El Gobierno de la República Arabe de Siria no acepta en ningún caso la no aplicabilidad del principio de cambio fundamental de circunstancias respecto de los tratados que establezcan fronteras, consignado en el artículo 62, párrafo 2 (A), en vista de que como tal, lo estima como una violación flagrante de una norma obligatoria que forma parte del Derecho Internacional General y que reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación[113].

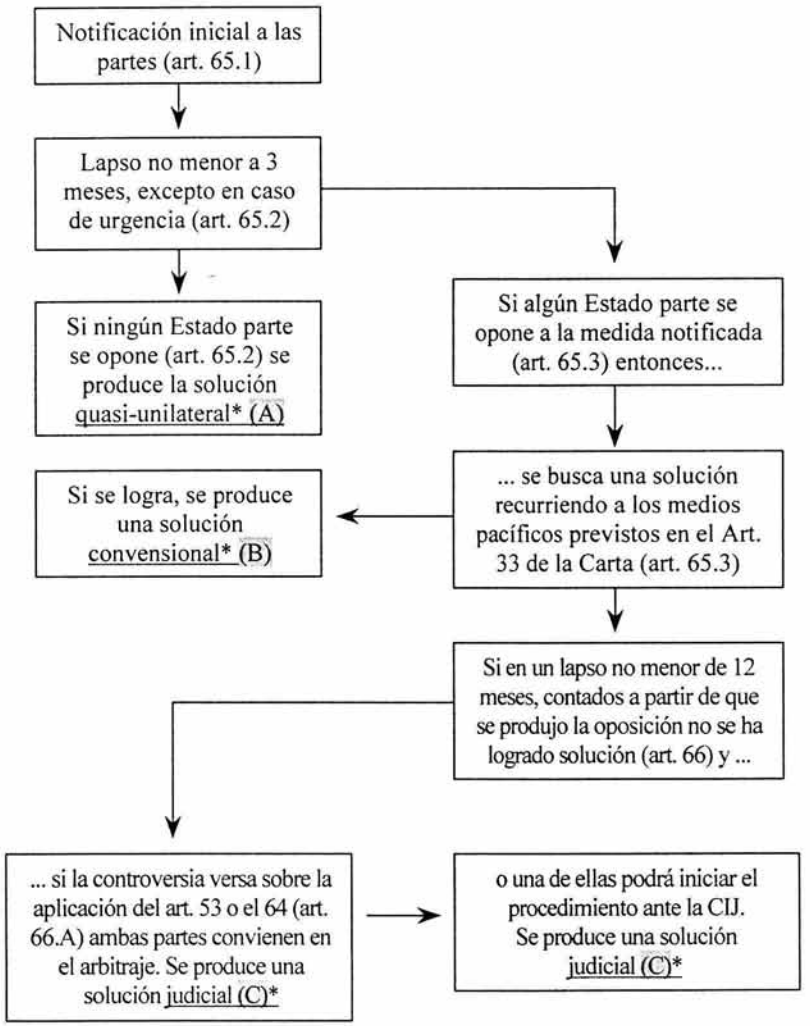
---

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

[112] *Cfr. Ibid.*, p. 652.

[113] ST/LEG/SER.E/2, p. 653, Siria se adhirió a la Convención el 2 de octubre de 1970. Hay autores que ven en la cláusula *rebus sic stantibus*, debidamente regulada, una norma *iuris cogentis*.

ESQUEMA 3: Procedimiento por Violación de una Norma de *Ius Cogens*



* Siguiendo la nomenclatura de Nicoludis, existen tres posibilidades de llegar a la solución de conflictos suscitados por la declaración de nulidad de un tratado por violación de una norma de *ius cogens* –entre otras causas- *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens...*; p. 167.

Para entender el alcance exacto de la oscura reserva en análisis, debe recordarse el contenido del apartado 2 (A) del artículo 62:

> 2.- Un cambio fundamental de circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
>
> A) Si el tratado establece una frontera.

Ahora bien, interpretando con este antecedente el pronunciamiento transcrito, se deriva que Siria está a favor de que un cambio sustancial de circunstancias es suficiente fundamento para denunciar un tratado fronterizo, y más aún, para modificarlo.

Oponer el principio de autodeterminación de los pueblos al de *rebus sic stantibus* respecto de los tratados fronterizos, parece más una maniobra política que una reserva fundada en razones técnicas.

El artículo 62, 2(A) implica una garantía de seguridad jurídica que por sí, debe respetarse como obligatoria aunque probablemente no imperativa. El problema planteado por Siria en realidad entraña un conflicto jerárquico entre normas aplicables a un caso concreto, el cual debe ser resuelto por CIJ, ya que se trata de la interpretación y/o aplicación de una norma de *ius cogens*.

Japón, siendo congruente con la posición sostenida durante las dos Conferencias previas a la aprobación del texto analizado, formuló una objeción en la cual declaró que su Gobierno veta toda reserva formulada respecto de la parte V de la

Convención[114] de especial interés es el último párrafo del punto 1, que consigna:

> Por consiguiente, las relaciones convencionales entre Japón y la República Árabe de Siria no incluirán aquellas estipulaciones de la parte V de la Convención a las cuales les sea aplicable el procedimiento del anexo; y las relaciones convencionales entre Japón y Túnez no incluirán a los artículos 53 y 64 de la Convención[115].

Se sabe que el anexo será aplicable sólo en el caso de que surja alguna controversia sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones comprendidas en dicha sección, excepto las sustantivas del *ius cogens*; es decir los artículos 53 y 64.

Suecia adoptó una determinación similar en la objeción que formuló, dando como resultado las mismas consecuencias. Empero, la delegación sueca atemperó dicho acto unilateral al destacar la relación existente entre las normas sustantivas y las adjetivas que le son correlativas; lo cual expresó de la forma siguiente:

> El Gobierno sueco considera que estas estipulaciones relacionadas con el arreglo de disputas son una parte importante de la Convención y no pueden ser separadas de las reglas sustantivas con las cuales están conectadas[116].

---

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

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

[116] *Ibid.*, p. 655. Suecia firmó la Convención el 23 de abril de 1970 y la ratificó el 4 de febrero de 1975.

Estados Unidos, uniéndose a Japón y Suecia, reafirmó sus argumentos invocando el artículo 42 de la propia Convención, a saber:

> Los Estados Unidos de América objetan las reservas (de) Túnez al párrafo (A) del artículo 66 de la Convención... respecto de la disputa así como de la interpretación o aplicación del artículo 53 o del 64. El derecho de una parte a invocar las estipulaciones del artículo 53 o 64 está inextricablemente ligada a la estipulación del artículo 42 respecto de la impugnación de la validez de un tratado; y al párrafo (A) del artículo 66 respecto del derecho de cualquier parte de someterse a la Corte Internacional de Justicia, para [que] decida cualquier disputa concerniente a la aplicación o a la interpretación de los artículos 53 o 64[117].

La objeción parece justificada ya que Túnez formuló su reserva en los siguientes términos:

> La disputa referida al artículo 66 (A) requiere el consentimiento de todas las partes, y ello con objeto de ser sometida a la Corte Internacional de Justicia para una decisión[118].

---

[117] *Ibid.*, p. 656. Los Estados Unidos firmaron la Convención el 24 de abril de 1970 y hasta 1982 no la habían ratificado. El artículo 42 dice:

Artículo 42. Validez y continuación en vigor de los tratados.

1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.
2. La determinación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

Ibid., p. 653. El artículo 66 a) ya fue comentado.

De ese modo, Túnez rechaza terminantemente el acceso unilateral al proceso ante la CIJ; pedir el consentimiento de todas las partes en la controversia para someterse a la Corte, significa mantener vigente la figura conocida como cláusula potestativa de jurisdicción obligatoria tal como la prevé el artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ; lo cual no reporta ningún adelanto tendiente a cimentar la jurisdicción obligatoria.

Si el artículo 42, como es obvio, contiene una garantía de seguridad jurídica, la reserva tunecina cae por su propio peso, sobre todo tratándose del grave asunto que supone la declaración de nulidad de un tratado por ilicitud manifiesta.

Por otra parte, aunque justificadas en cierto sentido, las objeciones japonesa, sueca y estadounidense plantean la determinación del valor jurídico de tales actos si, de una manera u otra, declaran inaplicables en sus relaciones bilaterales con Siria y Túnez, los artículos 53 y 64.

Una orientación puede encontrarse en los artículos 19 y 20 de la propia Convención, que si bien no estaban vigentes al momento en que fueron tomadas las reservas y sus correspondientes objeciones -que como tales son también reservas- recoge la práctica seguida por los Estados a ese respecto. Los artículos disponen:

> Artículo 19 Formulación de reservas,
>
> Un Estado podrá formular reservas en el momento de firmar, ratificar,

aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

a) Que la resera esté prohibida por el tratado;

b) Que el tratado disponga que únicamente puedan hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o,

c) Que en los casos no previstos en los apartados A) y B), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Artículo 20 aceptación de las reservas y objeción a las reservas.

1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

2. Cuando el número reducido de Estados negociadores y del objeto y fin del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

   a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;

   b) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no

impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considera que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento de obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

Francia de plano, declinó adoptar la Convención en su conjunto, como muestra de oposición por la introducción del *ius cogens*. El representante francés expresó que no era posible admitir la existencia presente o futura de una "ley suprema" ni asumir sus graves efectos, que imponen la nulidad *ab initio* de los tratados internacionales, sin antes definir el contenido de dicha regla de Derecho Positivo, las condiciones de su desarrollo y el control de su aplicación[119].

Por ello, debe determinarse si las reservas y las objeciones transcritas son válidas; y toda vez que la Convención no dice nada sustantivo al respecto; es necesario razonar en torno a si tales reservas y objeciones caen o no dentro de las fracciones a) o c) del artículo 19.

Respecto de la prohibición de la reserva correspondiente a los artículos 53 o 64 o los referentes al procedimiento -65 y 66-, debe apuntarse que una reserva u objeción es un acto unilateral, y que por otra parte el artículo 53 caracteriza a la norma de *ius cogens* por no aceptar "acuerdo en contrario", entonces no se pueden dejar de aplicar unilateralmente algunos de los artículos que delinean la figura. Ahora bien, ¿el *ius cogens* forma parte del objeto y fin de la Convención, a tal grado de hacer incompatible una reserva u objeción? En verdad la respuesta es compleja y por ende, sujeta a diversos alcances.

A favor de una respuesta afirmativa, debe considerarse que a través de ese consenso multilateral se regula la fuente más importante de DI contemporáneo, y para lograrlo cabalmente, era impostergable la inclusión de una regla que rigiera la imperatividad de las normas de DI convencional[120].

En todo caso la solución corresponde a la CIJ. Si es así, tanto las reservas como las objeciones a este respecto son inválidas y consecuentemente, no producirán efecto jurídico alguno:

> Hasta hace poco, el derecho respecto de la figura de la reserva era capaz de dar cabida a ciertas dificultades en los detalles y en el procedimiento, pero fue considerado un claro principio. El texto de una Convención fue

[119] *Cfr.* A/CONF. 39/II p. 326 § 6. La posición francesa, parece devenir de una falta de reflexión sobre nociones básicas como obligatoriedad, coerción, imperatividad, perentoriedad, etc. definidos como marco teórico de esta investigación.

> visto como un todo integrado y balanceado y, una vez analizado, devenía definitivo. Ningún país está obligado a convertirse en parte de él, pero ningún país podía aceptar una parte y rechazar el resto[121].

En efecto, el asunto fue estudiado exhaustivamente por la CIJ y por la CDI a raíz de la "Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio"[122]. Ahora bien, en la opinión consultiva que le requirió la AG a la CIJ, por siete votos a cinco[123] el órgano jurisdiccional decidió contestar con una regla general:

> Primero, que un Estado que hubiera formulado o mantenido una reserva objetada por una o más partes de la Convención, pero no por otras, podría ser considerada como parte de la Convención si la reserva fuera compatible con el objeto o el propósito de la Convención; de otra manera no, y
>
> Segundo:
>
> a) que si una parte en la Convención objetara una reserva considerada como incompatible con el objeto y propósito de la Convención, daría Derecho a considerar al Estado autor de la reserva como no parte en la Convención, pero que,
>
> b) sí, por otro lado, una parte aceptará la reserva como compatible con el objeto y propósito de la Convención, daría Derecho a considerar al Estado que formuló la reserva como parte en la

---

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

[121] Fitzmaurice, Gerald G.: *"Reservations to Multilateral Conventions"* en ICLQ, Volumen 2, 1953, p.1.

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

[123] En esa época eran 12 jueces.

Convención[124].

Si esa conclusión fue interesante, no lo es menos la del juez Alejandro Álvarez, de Chile, al formular su opinión disidente; toda vez a que consideró que el carácter de la Convención sobre Genocidio era fundamentalmente incompatible con la formulación de cualquier reserva[125]. Sin embargo, la CDI llegó a una conclusión diferente al serle expuesto el mismo problema técnico. Conociendo ya el sentido en que se pronunció la CIJ, declaró:

> La Comisión cree que el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y propósito de una Convención multilateral, aplicado por la Corte Internacional de Justicia a la Convención sobre Genocidio, no es apropiado para ser aplicado a las convenciones multilaterales en general[126].

¿Por qué tomaron tal determinación los miembros de la CDI?. Entre otras razones, por las que a continuación se transcriben.

> [El criterio de compatibilidad] envuelve una clasificación de las estipulaciones de una Convención en dos categorías, aquéllas que forman parte de su objeto y propósito y aquéllas que no. Parece razonable asumir que, ordinariamente al menos, las partes consideran las estipulaciones de una Convención como un todo integral, y que una reserva a cualquiera de ellas podría ser considerada como un estorbo para [el logro de] su objeto y

---

[124] *ICJ Reports*, 1951, p. 29 a 30 en Fitzmaurice, Gerald G.: *Op. cit.*, p. 3.
[125] *Ibid.*, p. 5.

propósito...

> Tan pronto como la aplicación del criterio de compatibilidad se convierta en un asunto de subjetiva discrecionalidad, algunas de las partes estarían dispuestas a aceptar una reserva y otras no [así], el status del Estado que formuló la reserva a la Convención quedaría incierto...
>
> Y cuando una Convención confiera jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia sobre disputas concernientes a la interpretación o aplicación de sus estipulaciones, y tal jurisdicción sea invocada por una parte, podrían suscitarse dificultades para determinar cuáles son las partes de la Convención con derecho de intervenir bajo el artículo 63 del Estatuto de la Corte[127].

En otras palabras, cuando la CIJ interprete un tratado en el que sean partes otros Estados además de los que lo sean en la disputa, el Secretario de la Corte les notificará del proceso seguido ante ese órgano jurisdiccional.

Los Estados partes en el tratado, discrecionalmente podrán o no intervenir en el litigio pero si lo hacen, automáticamente el fallo emitido les será también obligatorio[128]. En resumen, la CDI se pronunció en favor de la doctrina tradicional que requiere el necesario consentimiento general de las reservas.

---

[126] A/1858, p. 7.
[127] *Ibid.*
[128] *Cfr.* Art. 63 del Estatuto de la CIJ.

La Convención analizada finalmente aceptó el criterio de la compatibilidad (artículo 19.c.) propuesto por la CIJ para el caso de la Convención sobre Genocidio. Sin embargo, dicha regulación es aplicable a los tratados concluidos entre Estados después de la entrada en vigor de aquélla.

Si fuese aplicable a sí misma, ya se ha observado que son inválidas las reservas y objeciones sobre los artículos respectivos del *ius cogens*. Por el contrario, si no lo fuera, con mayor razón sería incompatible con su objeto independientemente de cualquier reserva; según la costumbre aplicable hasta antes de su entrada en vigor.

Por ello, según el criterio sentado en el artículo 20.4.B, Japón, Suecia y Estados Unidos no deberían considerarse partes de la Convención respecto de Túnez y Siria, lo que provocaría la inaplicabilidad de las normas sustantivas y procesales de *ius cogens*. Ello es absurdo ya que ningún sujeto de Derecho puede sustraerse al orden público prevaleciente. Por lo anterior, las reservas y objeciones comentadas son inválidas y deben tenerse por no puestas, situación que permanecerá indeterminada hasta en tanto surja alguna controversia motivada por la interpretación de la Convención de 1969, entre los países involucrados.

Un criterio general similar, es sustentado actualmente por la CDI en el proyecto de Lineamientos sobre Reservas a los Tratados. En su apartado 2.1.8, dicho documento prevé el caso de las "reservas manifiestamente incompatibles" con el objeto del tratado y otorga el poder al depositario para evaluar el sentido y

alcance de la reserva y notificarlo así a su autor.

Si el Estado que propone la reserva insiste en interponerla, el depositario la acepta para registro y notifica a los Estados signatarios del tratado, destacando los problemas técnico-legales que plantea la reserva[129]. El proyecto no ofrece, hasta el momento, pautas para resolver el conflicto de intereses así trabado, pero al menos avanza al establecer un procedimiento de notificación que responde más a un criterio de seguridad jurídica que de justicia.

[129] *Cfr.* A/CN.4/L.614, *Reservation to Treaties (Titles and text of the guidelines by Drafting Committee).* www.un.org/law/ilc/session/53/53sess.htm, 10 de noviembre de 2002. Documento emitido el 31 de mayo de 2002.

CAPITULO III

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ORDEN JURÍDICO

3.1: LA IMPERATIVIDAD COMO CATEGORÍA ONTOLÓGICA

La introducción del concepto de imperatividad en el DI ha planteado dificultades teóricas y prácticas. Si bien algunas han sido resueltas, ello sólo se ha hecho parcialmente, por lo que las respuestas deben buscarse todavía en la doctrina.

La imperatividad del Derecho ha sido discutida, según algunos autores, desde Roma[1]. Las investigaciones más técnicas datan del siglo XIX en los trabajos de Augusto Thon, Rudolf Von Ihering y K. Binding[2]. En opinión de Carnelutti y de del Vecchio, la norma jurídica es imperativa por naturaleza, no obstante ello, ésta depende primordialmente de la eficacia que, a través de la sanción actualizable, alcance el orden jurídico.

---

[1] Modestino sentenció: *Legis virtus heec est imperare, vetare, permittere, puniré.* De Legibus 1.3 (Esta es la virtud de la ley, ordenar, prohibir, permitir, sancionar) en Bugallo Alvarez, Alejandro: *Pressupostos Epistemológicos para o Estudio Científico do Direito*, Resenha Universitaria, Sao Paulo, 1976, p. 43.

[2] Véase las obras: *Norma jurídica e direito subjetivo* (1878), o *fim do Direito* (1877), y *A norma e sua violacao* (1877), respectivamente. *Cfr. Ibid.*

Para del Vecchio, la imperatividad caracteriza a la norma por cuanto articula los comportamientos -atribuyendo facultades e imponiendo obligaciones- en una sociedad con intereses frecuentemente contradictorios. Para el jurista italiano, la esencia de la imperatividad es la coacción.

Sólo con Alf Ross y con Karl Olivecrona la aparente relación de dependencia de la imperatividad para con el Estado, fue esclarecida y disuelta. Ellos centraron sus estudios en la naturaleza misma del fenómeno jurídico, y no exclusivamente en el acto creador de la ley. Para ellos, las normas que forman parte de un orden jurídico son imperativos heterónomos no necesariamente asociados a un órgano o a una persona. Esto es, la fuente de una norma no determina su carácter imperativo. Ello es claro ya que la imperatividad depende de la función que la norma desempeñe en el orden jurídico al que pertenece, concepto que se desarrolla más adelante.

Su teoría general es criticada por Bobbio, porque no considera la diversidad de relaciones sociales que deben ser reguladas por el Derecho. Es decir, esquematizan la función jurídica en una 'fórmula' que rara vez se da en la realidad. Junto con la mayoría de los juristas, Bobbio acepta que la norma de Derecho puede adoptar distintas formas, desde la estrictamente general, hasta la individual,

como en el caso de la sentencia[3]. La coherencia de todas ellas radica en que son parte de un todo armónico y jerárquico, el orden normativo.

Por su parte, Kelsen rechaza la idea de que la norma jurídica sea un imperativo, lo que la colocaría en la esfera del ser. En una línea neokantiana de argumentación, afirma que toda norma es un juicio hipotético; esto es, una expresión del deber ser que, no obstante ello, es ajena a cualquier contenido sociológico particular. Se critica al maestro austríaco, porque cae en una contradicción, toda vez que según él, la norma es una institución intelectual, un juicio hipotético, para vincular realidades naturales[4], es decir, la conducta de los sujetos de Derecho.

En opinión de Bobbio, Kelsen formula su teoría de los juicios hipotéticos para soslayar el concepto de imperatividad, que implica -según el italiano- una vinculación inmediata entre una voluntad legal y la orientación de las conductas[5].

La imperatividad del DI ha provocado desarrollos doctrinales de orientación diferente, ya que son múltiples las diferencias entre esta disciplina y otras ramas del Derecho. Algunos han visto un beneficio de su simple introducción en el DI, toda vez que ello reconoce ya una gradación en las obligaciones internacionales,

---

[3] Bobbio, Norberto: *Teoría...*, p.132 y 136 y en el mismo sentido Legaz y Lecambra, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 45.

[4] Legaz y Lacambra, Luis: *Op. cit.*, p. 166.

[5] Cfr. Bobbio, Norberto: *Teoría...*, p. 48. Algunos autores nacionales se han referido también a este concepto entre otros *vid.* García Máynez, Eduardo: *Introducción...*, p, 91 y Margadant S., Guillermo: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 14a. ed., Esfinge, México, 1986, p. 103 y 317.

lo que conlleva una dicotomía entre "obligaciones ordinarias" y obligaciones fundamentales"[6].

Existen 'denominadores comunes' a cualquier orden jurídico[7]. Esta investigación se orienta a demostrar que la imperatividad es uno de ellos. Dicho concepto es, fundamentalmente, un instrumento de análisis del Derecho Positivo, o visto desde otra perspectiva, constituye una abstracción teórica que sirve, entre otros fines, para clasificar una norma dada, estudiar su naturaleza particular, justificar su jerarquía y, aún, como elemento de interpretación de la voluntad del legislador.

En el caso particular del DI, el criterio fundante de la distinción entre normas potestativas e imperativas según la Convención de 1969, es la relación existente entre la voluntad del destinatario de la norma –aceptada por la comunidad de Estados en su conjunto- y los efectos que esta última produce.

Como se sabe, en los órdenes jurídicos internos lo común es que los acuerdos entre particulares no deroguen sus normas, ya que la mayoría pertenecen al llamado Derecho Público, cuya formulación y aplicación son de especial interés para el Estado. Por ello, la imperatividad como concepto puro pasa desapercibida y se estudia raramente por los constitucionalistas. Resulta mas práctico estudiar y

---

[6] *Cfr.* Hoogh, A. J. J. De: *Op.cit.*, p. 184.

[7] Debe recordarse la fórmula con que Raz lo describe, "Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción" raz. Joseph: *El Concepto de Sistema Jurídico. Una Introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 93, UNAM, México, 1986, p. 254. O desde otro punto de vista no menos claro "orden jurídico no es, como afirman casi todos los autores, un simple conjunto de prescripciones, sino

regular sus excepciones, es decir, aquellos casos en que el cumplimiento de la norma, o alguna modalidad, pueden ser decididos potestativamente por el destinatario de ésta, y con mayor razón, aquéllas normas que pese a su carácter jurídico, carecen de poder vinculante.

Tales órdenes no cuentan con una definición expresa de lo que debe entenderse por norma imperativa, ni tampoco con un criterio definido para distinguirla. Esto es así, en primer término, porque no se ha manifestado la necesidad de plasmar tal concepto en una norma positiva, y en segundo lugar, porque su definición no es sencilla, ya que cualquier inexactitud podría dar motivo a interpretaciones deliberadamente contradictorias con el fin que se persigue: la plena observancia de la norma.

Con mejor juicio, antes de lanzarse a la delicada delimitación de una noción tan general, las legislaciones nacionales han regulado por varias vías los aspectos prácticos a que da lugar la imperatividad, a saber:

a. se ha limitado el alcance de la voluntad de los particulares respecto del cumplimiento de las normas, en función de los intereses de terceros que se expresen como derechos subjetivos[8];

---

un orden concreto que deriva del sometimiento normal de la conducta a ese conjunto" García Máynez, Eduardo: *Vigencia, Justicia...*, p. 10.

[8] En este sentido, el artículo 6° del Código Civil Francés, Dalloz, París, 1914, p. 5 y el artículo 6° del Código Civil Federal, ya citado, que coincide con el anterior.

b. por su parte, la dispositividad que excepcionalmente se le otorga a una institución jurídica, se expresa directamente en los preceptos que la contienen, a través de fórmulas como 'salvo pacto en contrario', 'si no se hubiere estipulado otra cosa', 'si así resultara de la voluntad de las partes' y otras análogas[9];

c. un campo mas de regulación es la sanción; como se sabe la consecuencia de la inobservancia de un mandato imperativo es la nulidad[10].

Así, el ámbito en que la voluntad de las partes puede modelar el derecho que les será aplicado, es reducido, apenas una fracción del Derecho Privado[11]. En resumen, internamente se han regulado aspectos prácticos relacionados con los conceptos de imperatividad o dispositividad de las normas, estando implícitas tales concepciones.

Por todo lo anterior, ha sido la doctrina iusinternacionalista la que -considerando la realidad de la sociedad internacional- se ha ocupado de desarrollar la figura del *ius cogens*.

Debe insistirse en que la imperatividad es una noción abstracta, no una categoría positiva, como lo han querido entender algunos de sus detractores. Por otra parte,

---

[9] Los artículos 2488, 2082 y 1988 del Código aludido en último término, son ejemplos de la utilización de tales fórmulas.

[10] Recuérdese la redacción del artículo 8º del multicitado Código, y también que la nulidad como sanción, caracteriza a las normas *plus quam perfectas*.

las opiniones doctrinales, en su mayor parte, han tenido como referencia únicamente las particulares circunstancias en que se crea y aplica el DI.

En consecuencia, pasar de la doctrina a la práctica instantáneamente, con objeto de señalar categóricamente cuál norma es de *ius cogens*, cuál no y porqué, es sumamente riesgoso. Esa pretensión ha marcado el escaso éxito obtenido en los intentos por fijar criterios genéricos de determinación o, con mayor razón, listas de reglas positivas[12].

Antes de establecer si esto es posible o deseable, es lógicamente anterior determinar la naturaleza jurídica de la 'imperatividad' y, sobre todo, su lugar dentro del Derecho, entendido éste como la expresión de un orden social y no sólo como un conjunto de normas tendientes a mantener un cierto control de las conductas de los sujetos de Derecho[13]. Hacerlo, permitirá indagar si es posible definir las normas de *ius cogens* de DI no por su contenido, sino por su función, perspectiva que minimiza los juicios basados en criterios subjetivos.

3.1.1: EL DERECHO DEL OBLIGADO

En el apartado 2.5.2 quedó establecido que las normas de *ius cogens* -en cualquier sistema- son la expresión objetiva de los llamados derechos subjetivos

---

[11] Primordialmente instituciones del llamado Derecho de las Obligaciones. Con todo, la autonomía de la voluntad esta regulada limitativamente. Por ejemplo, el artículo 2950, del Código aludido, señala las materias vedadas a la transacción.

[12] Para una de esas listas cfr. Kdhir, Moncef: *Op. cit.*, p. 222 y 223.

[13] No hay que perder de vista que "los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales 'autárquicas', son un aspecto o una dimensión de algún sistema político" Raz, Joseph: *Op. cit.*, p. 253.

de ejercicio obligatorio. Ello implica un doble carácter, toda vez que tales derechos son necesariamente lícitos y su inobservancia, ilícita por definición. Así, la facultad de ajustarse a la conducta prescrita por una norma está jurídicamente regulada de manera obligatoria.

Hasta cierto punto, es comprensible que repugne a la lógica definir a una obligación jurídica en abstracto, partiendo del concepto de 'facultad', ya que tener derecho de conducirse conforme lo marca una ley, resulta más que obvio. Quizás, existe una corriente doctrinal que niega la existencia de derechos de ejercicio obligatorio o derechos del obligado.

La discrepancia no es sólo terminológica, tiene que ver directamente con la estructura ontológica que se le atribuye al Derecho. Los negadores de este concepto afirman que, frente a la obligación y al derecho subjetivo, existe la 'facultad', es decir, la potestad conferida a un sujeto para modificar válidamente una situación jurídica determinada. Ello parecería coincidir con el concepto de *ius dispositivum*, no obstante, se aleja en la medida en que -como se afirma- la 'facultad' se identifica con la 'capacidad' en el Derecho Privado y con la 'competencia' en el Derecho Público.

En este sentido "facultad" y derecho subjetivo no son sinónimos: aquella puede o no ser de ejercicio obligatorio y no se agota al hacer uso de ella; éste, en cambio, debe permanecer libre de toda restricción y sí se extingue con su ejercicio.

Este último aserto conduce a la noción de 'permisión completa' o fuerte, la que corresponde a los derechos subjetivos. La potestad de realizar u omitir una conducta está expresamente contenida en la norma, por ello se dice que tiene una 'fuente jurídica' que la sustenta. Por su parte, la 'permisión' otorgada por una obligación -es decir, el derecho del obligado- es sólo aparente, puesto que sus alcances están constreñidos a la realización de la conducta prescrita y no otra; su función es por ello, plenamente restrictiva, de lo que se sigue que es erróneo hablar de 'derechos de ejercicio obligatorio'[14].

No obstante, de tomarse en cuenta que toda obligación se complementa con una facultad; por lo que el binomio deber-derecho subjetivo es indisoluble. Hay que tener presente que en el Derecho objetivo -códigos, costumbres, contratos, sentencias, tratados, etc.- es frecuente que uno sólo de estos elementos sea manifiesto quedando el otro implícito.

Por conveniencia práctica, las figuras jurídicas se delinean con base en la obligación o la facultad que las caracteriza, no obstante, el componente tácito es indispensable para entender la función que tal figura posee dentro del orden jurídico al que pertenezca, lo que es materia de la hermenéutica jurídica.

Los razonamientos y las conclusiones que sustentan el concepto de derecho del obligado o derecho subjetivo absoluto; al ser aplicados al *ius cogens*, no hacen

---

[14] *Cfr.* Tamayo y Salmoran, Rolando: *El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 86, UNAM, México, 1984, p. 61, 63 y 67.

más que evidenciar la otra faceta de una 'obligación *erga omnes*'; especialmente en lo que respecta al conjunto de normas que prescriben conductas fundamentales de convivencia social.

Con base en lo anterior, la fórmula que describe la estructura lógico-formal de una norma de *ius cogens*, es la siguiente:

ESQUEMA 4: Estructura de la Norma de *Ius Cogens*

NORMA IMPERATIVA	
Derecho subjetivo imperativo	Obligación *erga omnes*
FACULTAD	DEBER

La historia demuestra que los pueblos, de forma sistemática han determinado las conductas básicas para la convivencia o la supervivencia, a nivel constitucional[15]. Para efectos de esta investigación, ello se identifica con el 'orden público' de ese pueblo.

Recapitulando, se exploró la correspondencia que existe entre el *ius cogens* y el derecho del obligado, lo que equivale a reconocer en aquél una categoría ontológica formal del Derecho, entre otras, como la bilateralidad o la heteronomía.

Se reconoció que existen normas obligatorias sin ser imperativas; en el sentido de que permiten a su destinatario cierta libertad en la elección de los medios a utilizar

para que efectivamente se produzcan las consecuencias jurídicas deseadas. Por otra parte, se aceptó la opinión que declara que lo potestativo y lo obligatorio son las únicas formas en que la conducta jurídicamente permitido puede manifestarse lícitamente.

¿Existe en ello una contradicción? Si se precisa en qué sentido se emplean los conceptos podrá allanarse la confusión. En un primer sentido; 'obligatorio' denota que la conducta del sujeto de Derecho es jurídicamente 'necesaria' para alcanzar el propósito que encierra la norma, o bien, para actualizar la sanción por su incumplimiento.

En un sentido ontológico, significa que cierta conducta está ordenada[16]. Resulta evidente que existe una gradación dentro de 'lo ordenado' a saber: cuanto más exacta es la descripción de una conducta, es menor el margen que se otorga la autonomía de la voluntad; es evidente así una relación directamente proporcional entre precisión del ordenamiento e imperatividad.

Lo dispositivo es obligatorio pero la conducta descrita por la norma es sólo parcialmente necesaria en la medida que permita al obligado escoger medios diversos para cumplir un deber[17]. Por otra parte, si se ordena -se especifica- que

---

[15] Al respecto "El Derecho Internacional Público de hoy en día está en un difícil estado de desarrollo. Existen órdenes [jurídicos] regionales que más y más se parecen a estructuras constitucionales en nuestros países" Frowein, Jochen: *Op. cit.*, p. 78.

[16] Recuérdese que las conductas lícitas pueden ser: libres u ordenadas. *Cfr.* García Máynez, Eduardo: *Filosofía...*, p. 239 y *Principios supremos...*, p. 125.

[17] La CIJ ha reconocido este criterio en el punto 72 de su sentencia del 20 de febrero de 1969, en los Casos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, cuando afirma:

una conducta y no otra es 'necesaria' jurídicamente para producir cierta consecuencia de Derecho lícita, y además que cualquier otra es ilícita y por lo tanto, sancionada con nulidad; la norma que contenga dicha estructura deberá reputarse como imperativa.

Así, en este contexto 'imperatividad' significa exclusividad en la conducta ordenada y, por ende, un 'grado' dentro del concepto práctico -no ontológico- de 'obligatoriedad', que destaca más el rasgo perentorio de aquélla.

Si esto es así, cabría hablar de obligaciones imperativas y de 'obligaciones dispositivas' y no sería contradictorio. Esto último, no debe confundirse con 'lo potestativo'. En la 'obligación dispositiva' hay libertad en la elección de medios lícitos, para cumplirla. En lo potestativo la libertad se extiende hasta el cumplimiento o no de la obligación misma. Ejemplo de ello son las llamadas 'obligaciones naturales'. Estas pueden ser entendidas como verdaderas 'facultades' en el sentido que les atribuye Tamayo y Salmorán, lo que demuestra además de la existencia de derecho sin coacción, el hecho de que un elemento del binomio obligación-derecho subjetivo, no sólo es tácito comúnmente sino que, en casos límite como éste, inexistente.

Ahora bien, las relaciones de carácter jurídico que se dan con base en conductas 'ordenadas' son esenciales para el Derecho. Más que permitir, disponer o prohibir,

---

"... en la práctica, las normas de Derecho Internacional pueden, mediante acuerdo, ser derogadas en casos particulares o entre partes en particular, pero ello normalmente no es objeto de disposición expresa..." *International Legal Materials, American Society of International Law*, Vol. 8, No. 2, 1969, p. 374.

el Derecho ordena[18]. Ello, no significa que el elemento imperativo sea forzosamente evidente, al contrario, lo común es que permanezca implícito. ¿Porqué sucede esto?.

3.1.2: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPERATIVIDAD

La imperatividad es una categoría ontológica formal del Derecho, lo que denota que tiene naturaleza apriorística[19], es decir, destaca entre otros rasgos, su insoslayable carácter de 'condición' previa para el análisis de cualquier realidad jurídica existente o por crearse.

Esto implica que los principios y categorías ontológicos del Derecho determinen la 'forma' que habrán de adoptar las normas positivas[20]. El contenido de éstas, por otra parte, habrá de determinarse empíricamente -a posteriori-, ya que debe haber vinculación entre la norma y la realidad que pretende regular, en el mismo sentido que entre el signo y la realidad que denota. Por lo tanto, la imperatividad es, al igual que cualquier otra determinación ontológica, una verdad de razón; su positivización a través de una norma jurídica, resulta formalmente inútil.

---

[18] La descentralización característica del DI, hace difícil la ordenación de conductas, pero no la elimina.

[19] Este término indica juicios a principios cuya validez no depende en absoluto de las impresiones de los sentidos. Lo que es a priori debe tener validez universal y necesaria. Kbaushaak. Otto: *"A priori"* en *Diccionario de Filosofía*, trad. del inglés por Ana Domenec et alii, Grijalvo, Barcelona, 1980, p. 11. *A priori* no es un conocimiento, es una función que condiciona todo conocimiento, aun en ámbitos como el de la voluntad y el sentimiento. Abbangano, Nicola: *"A priori"* en *Diccionario de Filosofía*, trad. del italiano por Alfredo N. Galletti, 4a. reimp. de la 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 94.

[20] Permanecer en el plano ontológico, lleva a concebir al Derecho como un conjunto de 'formas', carente de relación con la realidad.

Diferentes autores, desde escuelas jurídicas distintas, llegan a similares conclusiones. Para algunos, tales categorías son "conceptos jurídicos genuinos". Estos pueden o no estar legislados, preceden lógicamente a todo conocimiento científico del Derecho Positivo y son, por decirlo así, las herramientas que es necesario emplear para entender el Derecho Positivo[21].

Circunstancias de índole extra jurídica han determinado que un sector de la doctrina y de la comunidad de Estados haya buscado en la positivización convencional del concepto de *ius cogens*, una reafirmación de la naturaleza jurídica del DI. Tal proceso cumple así, funciones más psicológicas y políticas que técnicas.

Atributos particulares de los sujetos clásicos del DI, como la soberanía y circunstancias como la descentralización dinámica de éste Derecho, han determinado que las obligaciones internacionales se expresen preferentemente mediante el componente facultativo del binomio obligación-derecho subjetivo[22]. Es por ello que cuando se trata de normas de *ius cogens* se habla de reconocimiento

---

[21] *Cfr.* Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. del alemán por Wenceslao Roces, 1a. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 11. Representante de la llamada Filosofía de los Valores, Radbruch afirma que tales conceptos jurídicos apriorísticos no responden a cuestiones prácticas sino que, por su carácter puramente formal, son aplicables a todo Derecho posible. *Cfr. ibid.*, p. 12. Otros afirman, que tales principios puros son 'irradiaciones' del concepto de Derecho y se pueden sustantivar como condiciones necesarias de la dialéctica jurídica. Los elementos condicionales o formales de una noción pueden muy bien ser objeto especial de estudio, mientras que los factores materiales, condicionados o determinados por aquellas, solo se pueden investigar en vista de las condiciones formales que los determinan. *Cfr.* Stammler, Rudolf: *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. del alemán por Wenceslao Roces, Nacional, México, 1980, p. 6.

[22] En este sentido "en la práctica, el Derecho privado subraya de preferencia los derechos y el Derecho Público los deberes". Vinogradoff, Paul: *Introducción al Derecho*, trad. del ingles por Vicente Herrero, Colección Breviarios No. 57, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 53.

y no de ordenación. En esa misma línea de argumentación, se afirma que no únicamente hay que considerar al Derecho desde el punto de vista de su aplicación coactiva en los tribunales "... el derecho depende en último término del reconocimiento... tal reconocimiento es un hecho claramente jurídico"[23].

Ahora bien, se distinguen dos fines en el reconocimiento, expresados de la siguiente manera:

a) A arreglar la propia conducta conforme a la norma; y
b) A que la conducta de los demás también se ajuste a dicha norma.

El reconocimiento es de dos clases: directo el que se refiere a una norma determinada; e indirecto, el asociado a un conjunto de normas. Este último es el más importante. No obstante, aquel es básico porque todo reconocimiento indirecto se funda en el directo, por lo menos de una norma dada. Además, éste debe llevarse a cabo por una autoridad, de lo contrario, el reconocimiento indirecto que puede darse, iría perdiendo valor poco a poco[24].

Cuando se carece de un cuerpo creador de normas legitimado para especificar con exactitud las conductas lícitas y las sanciones por las que se pretende desalentar la realización de las ilícitas, la ordenación debe lograrse por otras vías.

---

[23] *Cfr. Ibid.*, p. 31.

[24] *Cfr.* Timasheff, N.: *An introduction to the Sociologie of Law*, ps.86 a 91, en Recasens Siches, Luis: *Tratado General de Sociología*, Porrúa, México, 1956, p. 583. Es obvio que el artículo 53, se refiere al reconocimiento directo de normas, la autoridad podría ser la comunidad de Estados, la ONU a través de resoluciones o la CIJ. Sobre este punto volveremos más adelante.

La costumbre y los tratados han demostrado su efectividad en la creación de reglas bi o multilaterales, por ello son las fuentes principales del DI. No obstante, aquellas adolecen de inexactitud y éstos carecen de generalidad. La falta de especificidad de las normas ya existentes, más que la creación de algunas nuevas, es sin duda el obstáculo al que recurrentemente se enfrentarán los juristas y los Estados. Esta característica de las reglas de DI puede concebirse -al momento de surgir una disputa- como 'lagunas jurídicas'. Para integrarlas, el medio idóneo es el jurisdiccional[25].

Pensar que esto es imposible sin la existencia de un cuerpo legislativo, es incorrecto. Así como en los Derechos internos en su momento, la costumbre estaba formada en su mayor parte por la práctica de los tribunales. Ello explica porqué no es posible que exista un legislador sin un juez, aún cuando puede muy bien haber un juez sin un legislador[26]. De hecho muchos autores sostienen que el Derecho se constituye en su expresión básica de un agregado de decisiones judiciales del pasado, las cuales sirven de base para predecir las decisiones judiciales del futuro[27].

---

[25] El argumento utilizado frecuentemente para evitar la jurisdicción internacional obligatoria, que asevera que no existen normas suficientes para justificar la integración, no tiene fundamento, al contrario, en esos casos "se puede demostrar con facilidad que es siempre lógicamente posible pronunciar una decisión..." Kelsen, Hans: *Derecho y Paz...*, p. 196.

[26] *Cfr. Ibid.*, p. 278 y 279. La institución requerida para la realización de relaciones internacionales con base en un Derecho común no era legislativa sino judicial. *Cfr.* Nardin, Terry: *Op. cit.*, p. 71. De la misma opinión era Bentham *cfr. Ibid.*, p. 78. Ahora bien, hay autores que afirman "el *ius cogens* es, por su propia naturaleza, un concepto legislativo" Kolb, Robert: *The Formal Source...*, p. 84.

[27] Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind*, 1935, p. 46 en Bodenheimer, Edgar: *Setenta y Cinco Años de Evolución...*, p. 19.

Se llega de esta forma a la conclusión de que la determinación de las normas de *ius cogens* tendrá que comenzar como integración de lagunas, por lo tanto, su alcance inmediato será restringido a las partes. Más adelante, con base en los precedentes sentados, podrán constituirse normas generales[28].

Por otra parte, al otorgar la forma de una norma positiva a una categoría ontológica -como la que se estudia- nace inevitablemente la posibilidad fáctica de su inobservancia; de ahí la dificultad de escindir en la Convención de 1969 la doble naturaleza del artículo 53; de una parte la ontológica -originaria-, y por la otra, la positiva -derivada-. Por ello mismo, ha resultado difícil demostrar empíricamente que no es la observancia de una determinada norma la que denota en ella el componente imperativo; de hecho, la efectividad de una norma es irrelevante para este fin, dada la naturaleza apriorística de la imperatividad. Sin embargo, la inobservancia como acto de Estado tiene una significación política insoslayable, Por ello:

> Nunca será demasiado insistir en la naturaleza prejudicial del poder político. Lo que no lo opone al Derecho, pero tampoco le da una validez jurídica intrínseca. De poco vale argumentar en orden a la eficacia, el triunfo bélico o cualquier otra razón que teniendo realidad sociológica e histórica pretenda adquirir una convalidación jurídica automática. La

[28] Aun cuando, en opinión de algunos, el orden jurídico internacional no reconoce, estrictamente hablando, el principio de *stare decisis*. *Cfr.* Nardin, Terry: *Op. cit.*, p. 144.

> experiencia nos demuestra que el poder político puede estar incluso en contra del derecho[29].

Apelar a la coacción en estos casos es, además de arriesgado, técnicamente superfluo. En el Derecho moderno, particularmente para el DI, el poder del Estado es un elemento de tal importancia que existen autores para quienes el Derecho es mera 'coordinación ético-imperativa'; es decir, la zona en que convergen la ética -entendida como la reproducción de patrones de conducta basada en la convicción del grupo- y el poder -identificado como la imposición de patrones de conducta mediante la dominación-. Así, la interacción entre la convicción del grupo y la dominación, es su nota distintiva[30].

Esa concepción intenta definir la naturaleza del Derecho desde un punto de vista histórico - sociológico, no formal. Aún cuando tiene detractores, posee el mérito de la originalidad en cuanto a su planteamiento, el cual es sorprendentemente adecuado para estudiar las relaciones internacionales.

La fórmula utilizada en el artículo 53 de la Convención de 1969 'aceptada y reconocida', podría referirse al elemento ético identificado por Timasheff, para

---

[29] Germam Belmont, Arturo: "En Torno al Concepto Moderno de Soberanía Política" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 64, UNAM, México:1982, p. 211. En este sentido, existe una gran desconfianza hacia el proceso político como productor de normas, no obstante que el DI es el Derecho mas político de todos, incluyendo del Derecho constitucional. Pero una vez creado, el Derecho ejerce acción recíproca hacia la política, y en no pocas ocasiones limita y condiciona el comportamiento político. La efectividad del Derecho Internacional depende en mucha medida del poder político. *Cfr.* Sepulveda, Cesar: *El Nuevo Orden Jurídico Internacional*: sus fundamentos y su viabilidad en Alcances y perspectivas del Nuevo Orden Internacional, UNAM, México, 1980, p. 87.

quien las convicciones de dicho origen pueden llegar a representar una verdadera fuerza social, por dos vías; una de origen 'emotivo' y la otra, porque existe consenso. Además, cualquier infracción a éstas, probablemente desencadenaría una reacción contra el infractor[31]. En un afán de los redactores por apelar a la convicción del grupo de Estados, respecto de la naturaleza imperativa de ciertas reglas positivas, se incluyó el doble condicionamiento –aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto-.

Esa supuesta 'convicción comunitaria' no se da en abstracto. Son los representantes de los gobiernos, los jueces o los árbitros; los que la hacen manifiesta –es decir, la objetivan- a través de actos de Estados o jurisdiccionales. En su defecto, como ha venido sucediendo, los internacionalistas lo hacen con su participación en cuerpos técnicos como la CDI o directamente mediante su producción escrita.

Así lo reconoce el inciso d) del apartado 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, al reconocer a la doctrina la calidad de fuente del DI.

Existe un concepto que explica en cierta medida este fenómeno: premisa endoxal como antónimo de paradoxal. Si bien se aplica en el terreno de los silogismos dialécticos, 'premisa endoxal' significa básicamente idea admitida. Tales premisas -léase conceptos, principios, categorías etc.- son aquellas:

---

[30] *Cfr.* Bodenheimer, Edgar. *Teoría del* ..., ps. 361 y 362 citando a Timasheff. Cabe señalar que no compartimos el concepto de 'imperatividad' que expone el autor.

> aprobadas por todos los hombres o por aquellos que representan la opinión esclarecida, y, entre estos últimos, por casi todos, o por los más conocidos[32].

Puede concluirse entonces que los redactores de la Convención de 1969 y muchos de los autores que han escrito sobre *ius cogens*, basan sus opiniones en premisas endoxales. En realidad, el Derecho en general no se escapa a tales premisas. Una de ellas es la aplicada a la regulación de los Derechos Humanos: el respeto a su necesaria observancia. Muchas de las instituciones del DI resultarían absurdas si no fueran respaldadas por premisas endoxales. La validez del principio *pacta sunt servanda* es un ejemplo palmario de premisa endoxal jurídica.

3.1.3: LA EFICACIA DE LA NORMA IMPERATIVA

Ahora bien, ¿qué pasa con una regla, si pese a su carácter imperativo, no se le reconoce como norma de *ius cogens*?. Es evidente que la imperatividad y la eficacia se sitúan en planos distintos del fenómeno jurídico; aquella es inmutable ontológicamente hablando; ésta, contingente.

La eficacia de las normas jurídicas -es decir, el dato empírico de su cumplimiento- depende en gran parte de la existencia de una convicción ética general y de que el sujeto sepa que dicha convicción existe. Deutsch designa a este fenómeno como

---

[31] *Cfr.* Timasheff, N.: Op. cit., ps. 90 y 91 en Recasens Siches, Luis: *Op. cit.*, p. 528. Ello podría explicar sociologicamente la esencia y alcances de la *opinio iuris* en cuanto convicción general de juridicidad.

'hábitos de obediencia'[33]. Otros agregan que tales hábitos actúan como una especie de censura frente a la tentación de una conducta contraria[34]. Ello opera tanto para los individuos como para los Estados. Es este el origen, por ejemplo, de los intentos de Estados Unidos porque sus acciones militares cuasiunilaterales recientes –intervención en Somalia, intervención en Bosnia, Guerra del Golfo, incursión en Afganistán, intervención en Irak- sean asumidas como actos colectivos mediante su imputación al CS y la AG, o en el último de los casos a la OTAN.

No obstante, imperatividad y eficacia si tienen una relación. En Derecho interno, negarle imperatividad a un precepto puede significar su inefectividad. Ya se sabe que lo contrario no es posible. Para ubicar esa relación claramente deberán distinguirse en el esquema 5, las notas características de los conceptos jurídicos puros y sus correlativas opuestas de los conceptos jurídicos empíricos[35].

Para el DI son evidentes las consecuencias de la falta de reconocimiento de las normas imperativas, que le dan sustento. Se le ha considerado como un conjunto de reglas de cortesía carentes de sanción o como un Derecho primitivo[36].

---

[32] Chirardi, Olsen: "Los caminos del razonamiento jurídico" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen IX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 71, UNAM, México, 1982, p. 337.

[33] *Cfr.* Deutsch, Karl W.: *Op. cit.*, p. 31. En el mismo sentido *vid.* Correas Vázquez, Óscar: *Op. cit.*, p. 164 y Hart, H.L.A.: "Mandatos y Razones Jurídicas dotadas de Autoridad" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 6, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1997; ps. 83 a 105.

[34] *Cfr.* Timasheff, N: *Op. cit.*, p. 93 en Recasens Siches, Luis: *Op. cit.*, p. 584.

[35] Gardella, Juan Carlos: "Epistemología Jurídica" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 426.

[36] Una crítica recurrente es que el DI no merece el status de Derecho porque se parece demasiado a las demandas de la fuerza pública: con demasiada frecuencia sus principios no se pueden distinguir de las

ESQUEMA 5: Características Ontológicas de los Conceptos Jurídicos

	Puro	Empírico
Características	A priori	A posteriori
	Necesario	Contingente
	Universal	Particular
	Formal	Material
	Inmutable	Mutable

Esto ocurre porque se le ha estudiado bajo los estándares comunes a los Derechos internos, que se sustentan en la supremacía de la soberanía[37] de los Estados. Dicho principio no es otra cosa que la premisa endoxal en la que se basa una teoría coercitivista del Derecho.

Ya Virally con su habitual elocuencia señala que el DI "es mucho más un Derecho diferente que un Derecho primitivo"[38]. Debe agregarse que en el plano nacional como en el internacional, el mejor sistema jurídico "sería aquel en el cual exista un máximo de obediencia voluntaria y un mínimo de coacción"[39] o para decirlo en términos de Deutsch, aquel donde prevalezcan los 'hábitos de obediencia' sobre el uso de la fuerza.

---

razones de Estado. *Cfr.* Nardin, Terry: *Op cit.*, p. 64. Ello se debe más que a la naturaleza intrínseca del DI, a su deficiente formulación y a su abuso por parte de los Estados.

[37] Para un estudio de la soberanía en DI vid. Arellano García, Carlos: Primer Curso de Derecho Internacional Público, 5ª ed., Parrúa, México, 2002, ps. 141 a 179.

[38] Virally, Michael: *Op. cit.*, p. 105.

[39] Bodenheimer, Edgar: *Setenta y Cinco Años de Evolución...*, p. 28.

De hecho, toda categoría ontológica -no sólo en el campo del Derecho- se reconoce, se descubre y se aplica al análisis de la realidad. De ello se desprende que el enfoque 'imperativo' que aquí se propone, favorece al DI en múltiples sentidos, ya que revela ciertos rasgos característicos del Derecho en general, pero que por conveniencia fueron ignorados en el DI. Tal punto de vista evidencia ciertamente el carácter institucional, sancionador y normativo del Derecho[40].

En el caso del DI, no sólo no se le otorga suficiente atención al aspecto jurisdiccional; por el contrario, es precisamente la tesis defendida aquí la que pretende fundamentar la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales.

3.2: EL ORDEN JURÍDICO SEGÚN H.L.A. HART

Las teorías coercitivas generalmente excluyen al DI por razones de sobra conocidas. Debe buscarse *alguna otra* que, sin olvidar ese elemento descubra 'la clave de la ciencia jurídica', como diría Austin; para discernir si el DI cabe en ella.

H.L.A. Hart, el jurista inglés fallecido en 1992, es reconocido por la teoría que afirma que el Derecho –como sistema de normas- es una combinación de reglas primarias y secundarias. Si bien duda de la juridicidad del DI, esta investigación se ha propuesto demostrar que el DI responde al modelo planteado por el autor, puesto que los elementos medulares del fenómeno jurídico se dan efectivamente en el ámbito internacional.

---

[40] *Cfr.* Tamayo Y Salmoran, Rolando: *El Derecho...*, p. 59 y 60.

El jurista de Oxford entiende por regla primaria, aquélla que impone deberes, por lo tanto, su objeto es la conducta de los sujetos de Derecho que habrán de actualizarla[41]. Las secundarias, por su parte, confieren potestades públicas o privadas. Se ocupan de las reglas primarias, no de las conductas[42]. Estas últimas permiten introducir nuevas reglas del tipo primario, así como extinguir o modificar las ya existentes o determinar, de diferentes maneras, los efectos de aquéllas y, aún, controlar su actuación[43]. Opina que no existe obstáculo alguno para pensar en que la costumbre por si sola pueda dar origen a un orden jurídico, en donde un poder legislativo central no sea necesario y en donde el monopolio del uso de la fuerza no exista[44] -condiciones ambas, que caracterizan al DI- y que dan por resultado una sociedad estructurada a base de reglas primarias[45].

Hasta aquí, se deduce que en la sociedad internacional pueden darse normas obligatorias pero quizá no imperativas. Ahora bien, la formación social descrita es inestable, ofrece escasa seguridad jurídica lo tiende a la incertidumbre respecto al alcance de las normas y su creación. Una sociedad así normada, debe reunir ciertas condiciones para ser viable, especialmente si es extensa, a saber;

a) que las reglas ya existentes restrinjan el libre uso de la fuerza;

---

[41] Afirma Hart "se recordará que la teoría del Derecho como orden coercitivo, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria". Hart, H.L.A.: *El Concepto...*, p. 101.

[42] *Cfr. Ibid.*, p. 101 y 116, en este sentido, las reglas que regulan la contratación son secundarias, por ejemplo.

[43] *Cfr. Ibid.*, p. 101. Sólo en cierto sentido las reglas secundarias corresponden a los Derechos subjetivos ya aludidos.

[44] *Cfr. Ibid.*, p. 114.

[45] *Cfr. Ibid.*, p. 107. Agrega más adelante, reafirmando lo dicho, que "Es posible, por supuesto. Imaginar una sociedad sin legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo" *Ibid.*, p. 113.

b) que exista un medio de presión social, suficiente para convencer a los renuentes de que las reglas deben ser cumplidas; y

c) que el grupo de miembros inconformes con las reglas auto impuestas, sea minoría[46].

En tales circunstancias, la solución de cualquier duda sobre la legalidad o extensión de un precepto jurídico se torna imposible, puesto que no existe procedimiento alguno a seguir. La existencia de un procedimiento y el reconocimiento de personas o documentos con autoridad para llevarlo a cabo, implica la existencia de reglas secundarias.

Con los elementos descritos, Hart llega así a la conclusión de que la "médula y el centro" de un orden jurídico están dados en la estructura que resulta de la combinación de reglas primarias y secundarias[47]. El esquema 6, ilustra la estructura descrita por Hart.

Ello implica un análisis más profundo y consecuentemente, la construcción de un modelo más complejo para explicar el fenómeno jurídico, ya no de manera estática –Austin- o lógica –Kelsen-, sino dinámica –Hart-.

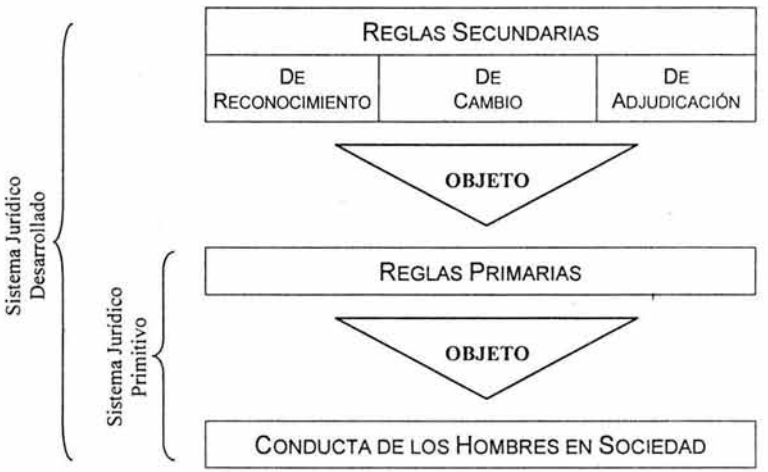
---

[46] *Cfr. Ibid.*, p. 114. En relación con el primer punto, el artículo 2.4 de la CNU tiene, precisamente ese fin. En el mismo sentido, el artículo 52 de la Convención analizada.

[47] *Cfr.* Galindez, Lorenzo V.: "El Concepto de Derecho y las Relaciones entre el Derecho y la Moral en H.L.A. Hart" en *Revista Prudentia Iuris,* No. 54, www.eldia.com/home/prudentia/pru54.htm, 12 de julio de 2002.

Ese modelo también explica las regularidades e inconsistencias de las dos características del Derecho como sistema de normas sociales: ser institucional y sistemático[48].

ESQUEMA 6: La Estructura Normativa según Hart



Los órdenes que sólo cuentan con reglas primarias -en el hipotético caso de que hayan existido puros o de que continúen vigentes- adolecen de tres defectos que son remediados por otros tantos grupos de reglas de segundo grado[49]. Es necesario señalar que la existencia y desarrollo de reglas secundarias es un síntoma de madurez, en un orden jurídico[50].

---

[48] *Cfr.* Tamayo Y Salmoran, Rolando: *Estudio Preliminar...*, p. XXIV.

[49] La idea de que el DI está formado por "capas" se desarrolla en Riphagen, W: *Op. cit.*, p. 81 a 99 si bien no asume el modelo de Hart, sino uno propio donde existen tres "capas de normas".

[50] En la línea del análisis jurídico enfocado en la literalidad de la norma, se afirma que "En un sistema legal maduro es posible identificar tres fenómenos: acuerdo respecto del texto y su jerarquía, códigos complejos

3.2.1: REGLAS DE RECONOCIMIENTO

La falta de certeza en la creación, reconocimiento, aplicación y sanción de las normas, es el primer defecto. Hart lo califica de sumamente grave y para remediarlo, los sistemas desarrollan 'reglas de reconocimiento', las cuales tienen por objeto especificar alguna característica que pueda ser poseída por las reglas primarias, para indicar concluyentemente que es una norma cuya inobservancia implica el uso de los medios de presión social preestablecidos.

Se afirma que una de las primeras necesidades de todo orden jurídico es contar con alguna forma de reconocer sus propias normas, elegir entre interpretaciones divergentes en situaciones particulares, y decidir en cuanto a la legitimidad de la vinculación frente a ellas[51]. Son esos criterios los que permiten una meridiana distinción entre Moral y Derecho, frontera que algunos autores, los menos, aún no reconocen tratándose del DI.

La complejidad de las reglas de reconocimiento depende de la complejidad de la sociedad que las crea. En una formación social primitiva, tal regla "Puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay

---

de interpretación y las normas identificables mediante el proceso de interpretación de los textos" Beck, Anthony: *"Law is Text"* en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 66, UNAM, México, 1982, p. 201.

[51] *Cfr.* Nardin, Terry: *Op. cit.*, p. 128.

una lista o texto de reglas, dotado de autoridad"[52]. Ejemplos abundan, como las 12 Tablas o el Código de Hammurabi.

Históricamente, la escritura de las normas de la comunidad representa un paso importante sin duda, pero no crucial. Lo que resulta fundamental es el reconocimiento de la autoridad del texto legal, o del cuerpo que determina las normas –los decenviros en el antiguo Derecho Romano, por ejemplo-. Donde exista ese reconocimiento habrá una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación[53].

En un sistema complejo, la referencia a un texto con autoridad es insuficiente. La regla secundaria se hace más abstracta al apelar a alguna característica general poseída o atribuible a las reglas primarias. Este hecho puede hacer que las reglas de reconocimiento en un orden jurídico moderno, parezcan muy diferentes de la simple aceptación de un texto revestido de autoridad. Aún en su forma más simple, tal tipo de reglas trae consigo un buen número de elementos distintivos del Derecho, introduciendo en forma sencilla la idea de sistema de normas.

Hart destaca el 'germen' de la idea de validez jurídica en la identificación de una regla primaria, a través del criterio contenido en una secundaria, operación que implica -como resultado obvio- la aceptación y el reconocimiento de la comunidad en el sentido de que tal regla primaria posee el atributo señalado por la

---

[52] Hart, H.L.A.: *El Concepto...*, p. 117. La sociedad internacional es tan compleja que tal vez por ello, la idea de formular un catálogo de normas de *ius cogens* fue desechada de la redacción de la Convención de 1969.
[53] *Cfr. Ibid.*, p. 118.

secundaria. Este proceso se opera en un nivel distinto al jurídico, es una operación de la voluntad, una operación mental de asignación que da cimiento a un hábito de obediencia.

Por todo lo sostenido, resulta claro que los artículos 53 y 64 de la Convención citada, son en realidad y desde esta perspectiva analítica, reglas secundarias de reconocimiento cuya misión es introducir certeza y seguridad a las relaciones jurídicas internacionales. Con todo, debe tenerse en mente la aclaración que Hart formula en su obra póstuma *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, en el sentido de que una interpretación errónea de sus ideas conduce a pensar que una regla de reconocimiento particular es "hecha" (sic), con la pretensión de que puede determinar por completo el resultado jurídico de todos los casos particulares a los que le sea aplicable. Aclarando lo anterior, Hart sostiene:

> la función de la regla de reconocimiento es determinar únicamente las condiciones generales que las resoluciones jurídicas correctas tienen que satisfacer en los órdenes jurídicos modernos[54].

Desde un punto de vista estrictamente técnico, la norma de reconocimiento sirve a un propósito epistémico, es decir, habilitar a los individuos para determinar cuáles normas están constituidas legalmente y cuáles son inválidas[55]. Esta idea llevada al

---

[54] Hart, H.L.A.: *Post Scrptum...*, p. 36.
[55] Mayers, R.: *Pholosophy 155*, www.csus.edu/indiv/m/mayersgr/phl155sampletest2.htm, 11 de julio de 2002.

extremo hace afirmar a algunos juristas que "un sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento mas todas las normas identificadas por esa regla"[56].

Lo anterior es evidencia de una evolución técnica importante del DI, mas aún si se toma en cuenta el elevado nivel de abstracción con que se redactaron las mencionadas disposiciones, llegando al extremo de fundar la identificación en un concepto ontológico formal esto es, la imperatividad [57].

3.2.2: REGLAS DE CAMBIO

La siguiente imperfección de un sistema integrado exclusivamente con reglas primarias es su carácter estático. Es decir, la inexistencia de métodos para transformar el Derecho, provoca la paulatina desactualización del Derecho que una vez fue vigente.

La manera de evitar la calidad estática, es la introducción de 'reglas de cambio', secundarias en la teoría que se estudia. Éstas, facultan a un individuo o a un cuerpo colegiado para introducir nuevas reglas primarias:

> Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser ilimitadas o limitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de

---

[56] Villasajona, Josep M.: *¿Cuándo cambian los Ordenes Jurídicos?*, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 1, julio de 1998, www.uv.es, 4 de noviembre de 2002.

[57] No ha pasado desapercibido para los académicos el hecho de que existe un paralelismo estrecho entre la regla de reconocimiento hartiana "como concepto" y la "norma hipotética" kelseniana. En ese sentido, se afirma "El criterio para determinar la existencia de la regla de reconocimiento, pilar de un sistema jurídico

> legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación[58].

La relación entre las normas de reconocimiento y las de cambio es estrecha. Generalmente éstas apoyan a aquéllas toda vez que el criterio de identificación sustentado por las primeras, es de necesaria referencia para las de cambio. Cabe apuntar que en el párrafo transcrito se habla de legislación por considerarla fuente suprema de los Derechos internos, no obstante, el autor reconoce que las reglas de cambio pueden apelar a cualquier fuente reconocida.

Es fácil concluir que el artículo 53 *in fine,* satisface los elementos descritos, ya que su redacción complementa la fórmula de identificación contenida en la primera parte[59]. Por su parte, la redacción utilizada para el *ius cogens* superveniens hace referencia al mismo criterio de identificación (norma imperativa). En estos casos la fuente de Derecho a la que se hace referencia es, lógicamente, el tratado.

Los nexos existentes entre las reglas de reconocimiento y las de cambio son tan estrechas que, en el caso del artículo 53, ambas están contenidas en la misma disposición.

---

unificado, es su efectividad empíricamente verificable, en contraste con la validez supuesta de la norma fundamental hipotética kelseniana" Orreogo, Cristobal S.: *Op. cit.*, p. 29 y 31.

[58] Hart, H.L.A.: *El Concepto...*, p. 119.

[59] [Norma imperativa] que sólo puede ser modificada, por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

3.2.3: REGLAS DE ADJUDICACIÓN

La tercera deficiencia de un orden integrado exclusivamente por normas primarias es la difusa presión social que las respalda. Antes de ejercer la presión social de que se disponga, es necesario determinar si en un caso particular se ha transgredido una regla primaria. Además, es necesario especificar qué instituciones habrán de decidir si fue o no así y consecuentemente señalar el procedimiento que habrán de utilizar. Por último, otorgar autoridad suficiente a dichas instituciones, al procedimiento y a la decisión obtenida, a efecto de actualizar la sanción que, en su caso, corresponda; la cual estará respaldada por los mecanismos de presión social que -concentrada de esta forma- la hacen efectiva.

A esta clase de normas secundarias Hart las designa 'reglas de adjudicación', y tienen por objeto sustentar un aparato legítimo de revisión del Derecho. Lo contrario autoriza implícitamente la autotutela. Hart define:

> Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez, tribunal, jurisdicción y sentencia[60].

En sentido lato, toda norma materialmente adjetiva pertenece al grupo de reglas de adjudicación. Por ello, puede señalarse a los artículos 65, 66 y 71 de la

---

[60] *Ibid.*, p. 120.

Convención de 1969, como normas de adjudicación para el caso específico del *ius cogens* internacional.

Parece ocioso mencionar que las reglas de adjudicación tienen íntima relación con las de reconocimiento y con las de cambio, ya que una relación recíproca redunda en la coherencia del sistema normativo y la reducción, al mínimo posible, de lagunas o contradicciones.

De entre las reglas de adjudicación, las que confieren jurisdicción son fundamentales puesto que es posible omitir el procedimiento, o al menos hacerlo flexible -como ocurre en el arbitraje-; pero no la competencia. Ciertamente no es aquí el lugar idóneo, pero debe reflexionarse sobre la naturaleza de la cláusula potestativa de jurisdicción obligatoria a la luz de la teoría normativa analítica.

Hart afirma que si los tribunales están facultados para tomar determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que las propias determinaciones sean consideradas revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de decisiones de los tribunales, y éstas se convierten en una 'fuente' de Derecho[61].

[61] *Ibid.*, p. 120 y 121.

Se estima que la norma que confiere jurisdicción es -en contra de Hart- de adjudicación. La sentencia o la opinión consultiva a que se llegue, como resultado ideal de la jurisdicción, es la regla de reconocimiento, la que es fuente de Derecho, la que da certeza en la determinación. La norma que confiere jurisdicción únicamente adjudica la potestad pública de juzgar.

La misión de las disposiciones procesales que hacen operativos a los artículos 53 y 64, es otorgar coherencia al sistema de reglas primarias ya existentes, sin que ellas mismas lo sean.

De su mera lectura se desprende que su objeto son las normas primarias, en este caso los tratados internacionales concluidos entre Estados, y no las conductas que ellos prescriben. A efecto de contar con una ilustración del argumento desarrollado en este apartado, se remite al apoyo gráfico que resume el análisis efectuado.

ESQUEMA 7: La Teoría Normativa de Hart y el *Ius Cogens* Internacional

Defectos de los que adolecen los sistemas jurídicos primitivos	Reglas secundarias que remedian tales defectos	Artículos de la Convención que contienen reglas secundarias.
1) Falta de certeza en el contenido y alcance de las normas	REGLAS DE RECONOCIMIENTO	53 primera parte 64
2) Carácter estático del sistema	REGLAS DE CAMBIO	53 in fine
3) Difusa presión social para hacer cumplir las normas	REGLAS DE ADJUDICACIÓN	65, 66, 71

3.2.4: HART Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En la obra que sirve de orientación a este análisis, escrita originalmente en 1961, Hart dedica un capítulo especial al DI. En él, afirma categóricamente que éste carece de reglas secundarias[62] y que difícilmente se puede hablar de un DI terminado[63]. Veinte años más tarde, algunos tratadistas siguen opinando que en la comunidad internacional, ningún Estado o grupo de Estados ha logrado detentar el poder necesario para imponer su voluntad a toda la comunidad mundial. Como consecuencia, las normas organizacionales –"secundarias"- están en un estadio "muy embrionario" [64].

El ambiente creado por la Guerra Fría, cuyo punto culminante coincidió con la aparición de su obra capital, ciertamente ofrecía argumentos a Hart. En los últimos cincuenta años, la comunidad internacional se ha transformado, abriendo espacios para el desarrollo progresivo del DI en materias prometedoras como la jurisdicción internacional compulsoria.

Hart expresó una visión interesante del DI. No es este el lugar para exponerla en detalle, pero debe comentarse lo que resulte sobresaliente para el estudio del *ius cogens* internacional.

---

[62] Señala "La falta de una legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones centralmente organizadas, han inspirado desconfianzas, por lo menos entre los teóricos del Derecho". *Ibid.*, p. 264.

[63] Ahora bien "En la forma, el Derecho Internacional se asemeja a tal régimen de reglas primarias, si bien, el contenido de sus reglas, que suelen ser complejas, es muy distinto al de las reglas de la sociedad primitiva, y muchos de sus conceptos, métodos y técnicas son iguales a los del moderno Derecho nacional". *Ibid.*

No debe pasarse por alto que Hart estima obligatorias las normas de DI, aún cuando resultan vagas y contradictorias, más a menudo de lo deseable. Por ello, "Cuando se hace caso omiso de las reglas [de DI] no es sobre la base de que no son obligatorias; por el contrario, se realizan esfuerzos para ocultar los hechos".[65]

Ello implica que existe presión social para hacer psicológicamente obligatorias tales reglas primitivas. Estas tienen como fuente principal, en el DI moderno, al tratado[66]. Pero ¿qué hace de las simples palabras habladas o escritas, promesas, acuerdos o tratados?, el autor piensa que la respuesta está en la existencia de:

> Reglas que establezcan que un Estado está obligado a aquello que, mediante las palabras apropiadas, se compromete a hacer. Tales reglas, que la noción misma de obligación autoimpuesta presupone, obviamente no pueden derivar su status obligatorio de una autoimpuesta obligación de obedecerlas[67].

Esta es una referencia directa –tal vez insospechada por Hart- a la naturaleza apriorística del concepto de imperatividad, presupuesta como dice, en toda obligación autoimpuesta, en este caso, convencionalmente. Lo anterior está fuera de toda duda, cuando afirma:

---

[64] *Cfr.* Cassese, Antonio: *Op. cit.*, p. 13 y 14. Ahí mismo, Cassese critica la tipología de Hart y su aplicación al DI.

[65] Hart, H.L.A.: *El Concepto...*, p. 271. El agregado es nuestro.

[66] Afirma el autor "Es verdad que el Derecho Internacional moderno, es en muy gran medida derecho convencional". *Ibid.*, p. 278.

[67] *Ibid.*, p. 277.

> En toda sociedad, compuesta de individuos o de Estados, lo que es necesario y suficiente para que las palabras de una promesa, acuerdo o tratado, hagan surgir obligaciones, es que las reglas que así lo establecen y que especifican un procedimiento para estos actos que auto obligan, sean generalmente acatadas, sin que se requiera que lo sean de modo universal. Cuando lo son, el individuo o el Estado que a sabiendas usa estos procedimientos queda obligado por ellos, lo quiera o no[68].

Ahora bien, Hart discierne perfectamente los problemas propios de los Derechos internos y los del DI. De esta manera, resume afirmando que la pregunta dentro del Derecho nacional es ¿cuál es la extensión de la suprema autoridad legislativa reconocida en este sistema?, en tanto que en el DI es: ¿cuál es el área máxima de autonomía que las reglas acuerdan a los Estados?[69].

Después de 1969, la respuesta a ésta última pregunta ha variado. Se ha venido repitiendo -y así lo confirman muchos autores- que el concepto general de *ius cogens* representa, entre otras cosas, un freno al ejercicio arbitrario del principio de autonomía de la voluntad de los Estados.

Por último, aún cuando Hart no considera que la amenaza y la coacción sean los elementos esenciales del Derecho, reconoce que éstos están presentes en todo orden jurídico. Opina:

---

[68] *Ibid.*, p. 278.
[69] *Cfr. Ibid.*, p. 276.

> Salvo en sociedades con una cohesión muy estrecha, la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez sino hubiera una organización para cohesionar a aquellos que trataran de obtener ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta 'sanciones', por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo[70].

El DI en efecto, carece de la organización descrita. Ello es causa y efecto de la polarización de todos los aspectos de la vida internacional. La realidad es que a menudo las potencias dejan de cumplir sus obligaciones, en perjuicio de los países que no pueden respaldar sus legítimos derechos, sino con la fuerza de la razón y mediante la unión política, a fin de generar opinión pública –presión social- o factores de poder más tangibles, como la administración soberana de sus recursos naturales.

En un sistema en que la autotuela es frecuente, más allá de la regulación jurídica, la cooperación voluntaria es sumamente valiosa e influyente, mucho más que en aquellos estructurados alrededor de un poder sancionador. En ese sentido debe considerarse la siguiente opinión:

---

[70] *Ibid.*, p. 244 y 245.

> Es la existencia del criterio para la identificación de las leyes de un sistema, y de procedimientos para la aplicación e interpretación autorizada de estas leyes, la que mejor se considera para el carácter autorizado y sistemático del derecho, en lugar de la existencia de organismos que las apliquen y que estén altamente institucionalizados o centralizados[71].

Un análisis exhaustivo del DI con base en las ideas de Hart, sin duda revelará la existencia de un buen número de reglas secundarias -no sólo de origen convencional[72]-, que hacen de esta rama del Derecho un verdadero orden jurídico.

En el siguiente capítulo se aplica ese paradigma, en la medida en que se justifique por sus resultados para esclarecer el núcleo imperativo del DI convencional general y la vía idónea para su determinación práctica.

[71] Nardin, Terry: *Op. cit.*, p. 138.
[72] De hecho, podría identificarse a la costumbre internacional como "la" regla secundaria por excelencia en DI.

CAPITULO IV

DETERMINACIÓN DEL *IUS COGENS*

4.1: EL NÚCLEO IMPERATIVO DEL DI

La imperatividad, como categoría ontológica, es un supuesto común a todo sistema jurídico. Así quedó determinado en el capitulo precedente. Su formulación positiva está sujeta a modificación o derogación, como cualquier norma, pero ello no afecta al principio mismo, dada su naturaleza apriorística y su generalidad absoluta.

Por todo lo argumentado hasta este punto, resulta claro que el *ius cogens* no es un conjunto de normas que se defina en razón de su contenido –como el Derecho Familiar o el Derecho Agrario, por ejemplo-; sino una característica compartida por ciertas normas, definida por la función que desempeña en un sistema jurídico dado. En cuanto al DI, se argumentó en apoyo a la idea de que, en la redacción del artículo 53 de la Convención de 1969, coinciden dos funciones que identifican a las reglas secundarias: la de *reconocimiento* y la de *cambio.*

La idea de función jurídica no sólo es abordada por Hart. En el medio mexicano, el análisis más profundo de "lo jurídico" hace deducir a Tamayo y Salmorán que "la constitucionalidad no es una *cosa* (sic) sino una función"[1] que cumple el objetivo de relacionar los elementos que constituyen el orden jurídico. Es decir, otorga sentido y coherencia a los actos jurídicos dentro de un orden determinado.

Esa noción es perfectamente aplicable al DI en general y al *ius cogens* en particular. En efecto, las normas estrictamente constitucionales en cualquier Derecho interno son intrínsecamente imperativas, tomando en cuanta que entrañan obligaciones oponibles a cualquiera, que se cumplen sólo mediante un comportamiento escrupulosamente detallado y que satisfacen al menos una función de reconocimiento de otras normas. Ahí se está frente a un núcleo imperativo.

Siendo distinto -no primitivo-, en DI únicamente en casos excepcionales se declara el carácter imperativo de una norma en particular. En teoría, dicha nota distintiva puede reconocérsele y sucesivamente, negársele –esencia de la figura del *ius cogens superveniens*-; debido a que el DI es un orden dinámico.

Debe analizarse ahora, la posible determinación de las normas positivas internacionales de *ius cogens*. En otras palabras, es momento de señalar el

---

[1] Recaséns Sichez, Luis: "La Filosofía del Derecho en México en el Siglo XX" en *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, UNAM, 1979, p. 80.

criterio que permita identificar las normas que deben ser tenidas por imperativas. A ese objeto se consagran los dos apartados siguientes.

4.1.1: DEBERES MÍNIMOS DE CONVIVENCIA

Históricamente, queda demostrado que el DI no es indiferente a las necesidades y a las tendencias sociales. No debe perderse de vista que el Derecho es sólo un instrumento de la voluntad política, la cual puede adoptar medios, incluso antijurídicos, para alcanzar sus metas. Por otra parte, tales medios pueden estar o no tipificados como violaciones al orden público[2].

Ahora bien, nada son las formas jurídicas si carecen de un contenido valioso. Los fines del Derecho deben sustentarse en una sólida estructura formal, pero no deben subordinársele. El Derecho en general pretende proyectarse en una "dialéctica vital", establecerse con un sentido práctico que regule, transforme y mejore la vida comunitaria[3].

Se plantea así una incógnita fundamental: ¿el núcleo imperativo del DI, se integra también con reglas primarias? La respuesta ha de esclarecer criterios aplicables a la determinación práctica del *ius cogens*. Para ser objetiva, debe partir del dato

---

[2] Recuérdese la sentencia de Modestino: *Omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.* Digesto, *De Legibus* 1.3. 40, es decir: Todo Derecho o lo creó el consentimiento o lo constituyó la necesidad o lo afirmó la costumbre. *Imperatoris Iustiniani Opera,* www.thelatinlibrary.com/justinian/digest2.shtml, 14 de oct. 2003.

[3] *Cfr.* Alvarez Gardiol, Ariel: "El Fundamento Ontológico del Derecho" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 66, UNAM, México, 1982, p. 110.

empírico fundamental en las relaciones internacionales: *la desigualdad de los Estados*.

Esa insoslayable circunstancia, dificulta la formulación de normas comunes destinadas a regular, de manera general, realidades heterogéneas. Por esa razón, el Derecho Convencional es mayoritariamente bilateral y sólo por excepción regional o multilateral. El doble condicionamiento previsto en el artículo 53, tantas veces invocado, hace imposible la existencia de *ius cogens* bilateral y aún regional, puesto que la imperatividad apela a normas básicas y por lo mismo generales.

En su momento, los redactores de la Convención de 1969, juzgaron que el reconocimiento formal de la igualdad soberana de todos los Estados, por parte de aquellos poderosos, así como el Derecho a su defensa que asiste a todo pueblo organizado como Estado; atenuaría el desequilibrio existente. La realidad indica otra tendencia.

En ocasiones, la igualdad jurídica formal deviene en herramienta que se emplea en contra de los intereses de los países pequeños y medianos. En las relaciones internacionales de carácter comercial y financiero, la igualdad en el derecho de obligarse ha demostrado ser origen de gravísimos desequilibrios internos y regionales. Es aquí en donde la igualdad por compensación[4] aparece como fundamento de un nuevo orden internacional, promovido por las potencias

[4] Es decir, un trato desigual pero justo de los miembros de una misma relación jurídica.

intermedias, sin mucho éxito hasta el momento. Queda así demostrado, que la igualdad soberana no puede ser el fundamento del orden público internacional.

La doctrina se inclina mayoritaria, pero no unánimemente, por que las normas de DI deban tener un contenido justo. Tal idea y sus implicaciones, trasciende el estudio del *ius cogens* internacional y aún el del propio DI. Empero, debe recordarse:

> ... Radbruch reconoció que las normas que tienen por contenido violaciones flagrantes de los Derechos Humanos, no sólo son un mero derecho injusto, sino que carecen de toda obligatoriedad frente a injusticias tales, [por lo que] no pesa ya la seguridad jurídica[5].

Es curioso que el DI presente el problema contrario al de los Derechos internos, a saber: contenidos reconocidos como justos carecen de la nota formal requerida para ser consideradas como verdaderas normas jurídicas, y de las condiciones sociológicas propicias para su procuración.

Además de los Derechos Humanos, existen otras instituciones que presentan una importancia tal, que su inoperancia o desaparición causaría un grabe daño a la convivencia del hombre en los sistemas jurídicos nacionales o de los Estados en

---

[5] Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p. 23.

el internacional, es decir, son normas que se ocupan de la *utilitas pública*, en su sentido más lato[6].

A pesar de lo dicho, esta línea de argumentación es incapaz de generar un criterio que haga de cierto contenido valioso, un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio y una obligación *erga omnes*, que es la estructura lógica de una norma imperativa, como quedó demostrado en el punto 2.5.2 anterior.

Bajo el concepto 'deberes mínimos de convivencia' pueden contenerse múltiples obligaciones que, de observarse puntualmente, preservarían sin duda tanto a la humanidad como a los Estados, de fenómenos que amenacen su existencia.

La proliferación de armas de destrucción masiva y su comercio ilícito, es uno de esos fenómenos. La violación de la libertad de expresión perpetrada por un gobierno autoritario en perjuicio de su población, no lo es. Puede ilustrarse el primer ejemplo, con la venta que la República Popular China realizó a Irak de siete toneladas de hidruro de Litio-6. La venta fue documentada por fuentes occidentales a finales de 1990[7] y adquirió notoriedad global por dos razones:

a) Dicha sustancia química únicamente tiene utilidad como combustible de armas termonucleares o como propelente de misiles; y

---

[6] *Cfr.* Kolb, Robert: *Théorie du Ius Cogens International. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, particularmente el título II.

[7] Kelsey, Tim y Andrew Higgins: *"China ships vital nuclear cargo to Iraq"* en *The Independent on Sunday*, 30 de septiembre de 1990, p. 1 y Kelsey, Tim y Andrew Higgins: *"Pressure grows in China over nuclear sale to Iraq"* en *The Independent on Sunday*, 7 de octubre de 1990, p. 1.

b) China rompió el embargo comercial impuesto por la ONU a Irak, tras la invasión que dicha nación perpetró en contra de Kuwait.

Sin duda, tanto los Derechos Humanos como los derechos económicos y sociales de los Estados, dictan modelos de convivencia. También lo hacen figuras como: la renuncia a la amenaza o al uso de la fuerza, la no intervención, la autodeterminación de los pueblos y la intervención humanitaria, sólo para nombrar algunas[8]. Empero, ello no es razón suficiente para considerarlas normas imperativas; en definitiva, no son *ius cogens* a pesar de ser valiosos. Todas las normas señaladas son reglas primarias, impactan directamente a la conducta de los actores de DI, al imponerles deberes. En última instancia, la actualización de tales deberes depende del grado de heterotutela que exhiba el orden jurídico internacional, de lo contrario son inoperantes.

Así, la efectividad de las reglas primarias depende no de su contenido, sino de la imperatividad de las reglas secundarias que se ocupan de ellas. Dicho en otro giro, lo valioso deviene útil, no cuando hay certeza en la conducta ordenada jurídicamente –regla primaria- sino cuando existe certeza en la facultad para crear, imponer o transformar dicha conducta –regla secundaria-. Lo anterior también implica que siendo obligatorias, tales reglas primarias no son imperativas.

---

[8] Muchas de esas instituciones internacionales, gozaron de reconocimiento regional y, una vez arraigadas, devinieron generales dada la mayor factibilidad del consenso y de la flexibilidad en el proceso de su reconocimiento tácito, connatural a la incorporación de nuevos Estados a la comunidad internacional. Después de todo, para un sector importante de la doctrina, el DI clásico es sólo un Derecho europeo redactado por potencias coloniales.

Son esos los únicos contenidos posibles del orden público internacional. Empero, éste debe complementarse con norma de *ius cogens*, es decir por ciertas reglas secundarias.

4.1.2: CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN

Paralelo al orden público, existe un núcleo imperativo constituido exclusivamente por reglas secundarias, toda vez que el carácter imperativo se define en razón de la función que la norma juega en un orden jurídico, no por su contenido, como quedó demostrado en el punto inmediato anterior. Si esto es así, en principio podría pensarse que toda regla secundaria que confiera potestades debería ser incluida dentro del núcleo imperativo de un sistema jurídico dado.

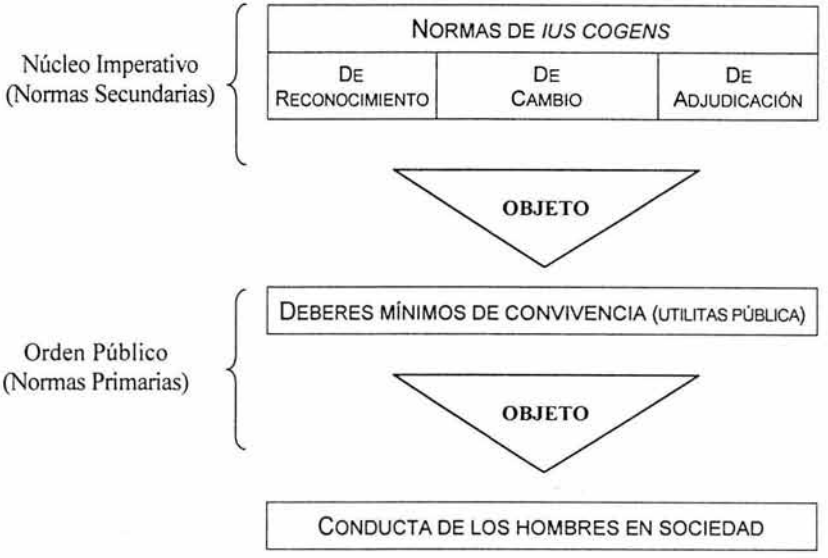
Empero, el núcleo imperativo representa un equilibrio entre función y contenido de las normas. Por lo tanto, debe constreñirse únicamente a aquellas reglas secundarias que tienen por objeto normas que estipulen conductas –normas primarias-, de tal naturaleza generales que se manifiesten como un orden público en razón del tipo de valor jurídico que tutelan.

Ello es cierto tanto en el ámbito internacional, como en los nacionales, lo que demuestra la regularidad de la imperatividad como categoría ontológica. En otras palabras, para el caso que interesa aquí, el criterio de identificación de las normas de *ius cogens* internacional podría formularse en los siguientes términos: *El núcleo imperativo del DI convencional, se integra exclusivamente por normas secundarias*

que tienen por objeto las normas primarias que prescriben conductas individuales o colectivas, que constituyan "deberes mínimos de convivencia".

La concepción normativa anterior, puede esquematizarse de la forma siguiente:

ESQUEMA 8: El Núcleo Imperativo y el Orden Público



El criterio señalado permite identificar con seguridad, normas de *ius cogens*. En este punto, cabe recordar la clarividencia de Friedrich Carl Savigny cuando hace depender la imperatividad de la "estructura del derecho", al declarar:

> Unas [normas jurídicas] mandan de manera necesaria e inevitable, sin dejar lugar a la voluntad individual. A tales normas las llamó "absolutas e

> imperativas". Su carácter necesario puede derivarse de la estructura del derecho, de los intereses políticos o, en última instancia, de la moral. Otras, por el contrario, dejan campo libre a la voluntad individual... a dichas normas... las llamó "derecho supletorio"[9].

La determinación del núcleo imperativo del DI en su conjunto, excede los límites de esta investigación; sin embargo, se esboza el núcleo imperativo de DI convencional general aplicando el criterio formulado:

REGLAS DE RECONOCIMIENTO

- Artículo 103 de la CNU que establece el principio de supremacía de las obligaciones internacionales emanadas de ella, frente a cualesquiera otras sin importar su origen;

- Artículo 43 de la misma Carta que impone a sus miembros la obligación de firmar y ratificar un convenio especial con la ONU para poner a disposición del CS las fuerzas armadas y otorgar las facilidades -incluso el Derecho de Paso-, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz internacional;

- Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que llega incluso a mencionar el concepto de reconocimiento en dos incisos[10];

---

[9] *Cfr. System des heutigen rümischen recht*, trad. del alemán por Jacinto Mesia y Manuel Poleg, citado en Tamayo y Salmorán, Rolando: "Orden..., p. 317.

[10] En efecto.

Artículo 38.1. La Corte... deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes,

- Artículo 26 de la Convención de 1969 que consagra la conocida fórmula *pacta sunt servanda*, de suyo naturalmente imperativa;

- Inciso c) de la fracción III del artículo 31 de la propia Convención, que estatuye como regla de interpretación de los tratados, la consideración de toda norma de DI aplicable a las partes, es decir, la más general posible;

REGLAS DE ADJUDICACIÓN

- Artículo 92 de la CNU que reconoce a la CIJ el carácter de órgano judicial principal de la ONU;

- Artículo 94 de la propia Carta que declara obligatorias para las partes en litigio, las sentencias que emita la Corte, así como las medias de apremio para hacerlas cumplir;

- Artículos 36 y 37 del Estatuto de la CIJ que demarcan la competencia general del máximo órgano jurisdiccional de la ONU;

- Artículos 65, 66 y 67 de la multicitada Convención de 1969, fijan el procedimiento y la competencia de la CIJ, en materia de tratados particularmente; y

---

.....

c) los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

- Artículos 1º, 5º, 8º, 11 y 13 del Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, todos ellos dedicados a definir su competencia[11].

Visto así, toda norma que otorgue competencia a un tribunal internacional sería norma de *ius cogens*, incluso en el caso de que el tribunal fuera *ad hoc* como el TPIY. Se estaría frente a una norma de adjudicación –regla secundaria- a la que se le reconoció imperatividad mientras permaneció vigente y posteriormente perdió esa característica, por el simple paso del tiempo o bien por que se agotó su materia.

REGLAS DE CAMBIO

- Artículos 108 y 109 de la CNU que establecen las formalidades necesarias para reforma del propio instrumento (voto de las 2/3 de los miembros, Conferencia internacional, etc.) y las reglas de entrada en vigor de tales reformas;

- Artículos 69, 70 y 71 de la Convención de 1969, ya comentados prolijamente en el capítulo II; y

- Artículos 53 y 64 de la misma Convención, son tanto reglas de reconocimiento como de cambio.

El criterio sugerido líneas arriba, es útil también para identificar otras muchas normas positivas en diferentes campos del DI. No obstante, la naturaleza de las relaciones internacionales ha confirmado empíricamente que la identificación no puede hacerse *ex nihilo*, sino motivada por una controversia, por un disenso, por un conflicto de intereses.

---

[11] *Cfr.* Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, www.iccnow.org/html, 15 de nov. de 2002.

Debe dejarse en claro que en cualquier orden jurídico, pueden existir normas primarias que no postulen "deberes mínimos de convivencia" y que sean objeto de normas secundarias que no sean imperativas, sino simplemente obligatorias. Todo ello describe la estructura del *ius dispositivum*.

Por otra parte, el núcleo imperativo promueve la unidad y la integridad de un régimen jurídico al impedir su fragmentación en regímenes particulares, aplicables prioritariamente *inter partes,* y ello cuando se ha reconocido la inderogabilidad de las normas secundarias que lo forman, en razón de un interés colectivo comprendido en las reglas primarias de las que se ocupa. Después de todo un sistema legal, en su sentido más amplio, debe "asegurar la cohesión básica de una comunidad y establecer una estructura social efectiva"[12], lo cual es también aplicable en el ámbito internacional.

En el punto siguiente, se explorará el comportamiento de las diversas fuentes de DI, frente al concepto de imperatividad propuesto en esta investigación.

4.1.3: FUENTES

Desde hace treinta años, se han ofrecido diversas definiciones de *ius cogens* internacional. Citamos aquí la expresada por el representante plenipotenciario de México ante las Conferencias de Viena, Eduardo Suárez:

---

[12] Ujulic, Zika B.: *Ancient and modern Consepts of Lawfulness*, www.ulg.ac.be/vinitor/rida99/BUJUKLIC.pdf, 22 de jun. 2003.

> Sin pretender establecer una definición estricta que pueda figurar en un tratado, el representante de México, es de la opinión de que las normas de *ius cogens* son aquellas que derivan de los principios que la conciencia jurídica de la humanidad, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia en el seno de la comunidad internacional, en un estado determinado de su evolución histórica[13]

Esa postura es congruente con la opinión de Hart, en el sentido de que el contenido del Derecho puede ser identificado "por referencia a las fuentes sociales del Derecho (e.g. legislación, decisiones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el Derecho así definido, haya identificado criterios morales[14]".

Ahora bien, al menos en las actuales circunstancias de la vida internacional, las fuentes obvias del *ius cogens* son: la costumbre y los tratados universales[15], siempre que no se distinga entre obligatoriedad e imperatividad. Dicho en otro giro, es evidente que la costumbre y los tratados dan origen a normas obligatorias, pero quizá no a normas imperativas.

Para explorar el comportamiento de la costumbre internacional sometida al modelo que se propone en esta tesis, deben tenerse presentes dos puntos:

---

[13] A/CONF.39/11/add. 1, p. 323 en Gómez Robledo, Antonio: *"Le Ius Cogens International..."* en RC, Tomo 152, Leyden, 1981, p. 185 y 186.

[14] Hart, H.L.A: *Post Scrptum...*, p. 51.

[15] Hay corrientes doctrinales que opinan que "todas las fuentes formales del DI, en hipótesis, pueden dar lugar a normas de *ius cogens*". Casado Raigón, Rafael: *Op. cit.*, p. 25.

a) Por naturaleza, la costumbre es fuente de normas primarias de DI, es decir, aquellas que tiene por objeto la conducta de los sujetos de ese orden jurídico –Estado y OI-. No escapa a este análisis que la costumbre también puede engendrar normas secundarias y el Derecho de los Tratados es evidencia fehaciente de ello. Empero, a la fecha, no se ha derivado de la costumbre normas de adjudicación, esto es, reglas que otorguen jurisdicción a tribunal alguno;

b) Por otra parte, una norma de *ius cogens* entraña un derecho que se expresa como conducta ordenada de forma exclusiva, puntual, especifica en razón de que complementa a un deber oponible a todos[16]. La naturaleza difusa de la costumbre y su creación de tracto sucesivo *-inveterata consuetudo-*, en nada contribuyen a la requerida especificidad característica del derecho subjetivo imperativo, por lo que no ha podido derivarse reglas de reconocimiento o de cambio que tengan por objeto normas de orden público internacional.

Por lo que hace a la imperatividad y los tratados, se remite al lector al Capitulo II donde se propone un análisis semántico-jurídico que dar orden a la multiplicidad de puntos de contacto entre esas dos nociones.

---

[16] *Vid.* Punto 3.1.1.

Respecto de la doctrina, se estima que ya ha hecho bastante con desarrollar el concepto de *ius cogens* internacional y llevarlo hasta dos convenciones[17]. Respecto de las resoluciones de OI, puede decirse que más de dos internacionalistas han visto en ellas el mecanismo idóneo de creación de normas, en un futuro. No obstante, los Estados -principalmente los desarrollados- sienten repugnancia por una 'legislación por resolución'[18].

El valor que pudieran tener los debates en los foros internacionales es, como fuente, limitado; como proceso de reconocimiento, también limitado pero más factible, ya que las resoluciones y recomendaciones de tales sujetos del DI tienen el carácter desde la perspectiva actual, de actos más bien políticos; sin soslayar la influencia recíproca que se observa entre actos políticos y normas jurídicas.

Así las cosas, el medio idóneo de de las normas internacionales de *ius cogens*, es el jurisdiccional. Y es que las decisiones de los tribunales internacionales han empezado a jugar un papel cada vez más importante al determinar la existencia y el significado de normas jurídicas. La propia naturaleza de un tribunal internacional como la CIJ, ofrece independencia, permanencia e imparcialidad toda vez que las

---

[17] Para un recuento sistemático de las posturas doctrinales desarrolladas en torno al *ius cogens vid.* Kolb, Robert: *Théorie du Ius Cogens...*, *passim*. En el anexo, se resume la doctrina mexicana generada en torno al *ius cogens*.

[18] *Cfr.* Sepulveda, Cesar: *Op. cit.*, p. 92. El autor cita a Schwebel, quien opina "Las resoluciones pueden votarse en las Naciones Unidas, jovialmente, uno puede decir irresponsablemente, porque los que toman las decisiones clave, normalmente no abogados, que han fijado en sus cerebros que las Naciones Unidas no tienen autoridad para formular decisiones, o para decretar leyes, votarán casi por cualquier cosa de ventaja política transitoria, sin darse cuenta que tales votos pueden tener un carácter formativo de Derecho. No es Derecho, sino simplemente una enunciación de un objetivo político" *Ibid.*, p. 93.

cortes nacionales lógicamente se ven sujetas a la influencia de consideraciones nacionalistas o políticas[19].

La lista propuesta en el punto 4.1.2 que antecede, servirá sólo de referencia para los jueces y árbitros que deban fallar casos particulares. Para apoyar tal aserto, se formulan los siguientes razonamientos:

a) No se duda que las decisiones -judiciales o arbitrales- crean normas jurídicas. Desde un punto de vista kelseniano, se diría que son normas individualizadas[20], con el mismo rango que aquéllas creadas mediante contrato -y por analogía, por tratado-. Nadie ha rebatido la fuerza jurídica y vinculante de los tratados bilaterales, puesto que *pacta sunt servanda* es una premisa endoxal del fenómeno jurídico en su conjunto.

b) El DI positivo es tan amplio que difícilmente se crearían normas totalmente nuevas a través de los fallos judiciales. Más bien, los actos jurisdiccionales fijan el alcance de ciertas normas consuetudinarias o convencionales. Es oportuno que en un acto tal, se declare, la naturaleza imperativa de la norma en cuestión. Una sentencia no debe ser necesariamente condenatoria, todo sistema legal requiere y produce sentencias declarativas. Tal vez, sea esta última, la naturaleza estrictamente jurídica de las opiniones consultivas, aunque es sabido que no se inscriben dentro de un proceso contencioso.

---

[19] Von Glahn, Gerhard: *Law Among Nationas. An Introduction to Public International Law*, 7ª ed., Allyn and Beacon, Boston, 1996, p. 20.
[20] Kelsen, Hans: *Teoría Pura...*, p. 246.

Ciertamente, la jurisprudencia internacional es escasa y más que establecer reglas, determina interpretaciones, valiosas si, pero limitadas como fuente[21]. En cambio, la jurisprudencia es un muy valioso medio de creación de reglas secundarias de reconocimiento[22].

Aquí debe distinguirse que los jueces no interpretan normas, sino conductas de los sujetos de Derecho -sean individuos, sociedades anónimas o Estados-; a través de ciertos esquemas hermenéuticos que tienden un puente entre el contenido de la norma y la conducta a enjuiciar[23].

c) La soberanía de los Estados se ve menos vulnerada por una resolución judicial contraria a sus intereses, dictada por un tribunal internacional, que por la agresión armada directa que perpetre otro Estado, o por medidas de retorsión encubiertas como intervención humanitaria. Especialmente porque las grandes potencias son casi inmunes a la presión de los pequeños países.

d) La igualdad por compensación se lograría más fácilmente a través de una sentencia o una opinión consultiva, que dentro del largo e incierto proceso consuetudinario o dentro de la negociación convencional; particularmente porque los países 'de clase media' y 'baja' en su gran mayoría, no pueden

---

[21] Sepulveda, Cesar: *Op. cit.*, p. 91.

[22] Hart, H.L.A.: *Post Scrptum...*, p. 29. Ahí formula un análisis toral sobre el arbitrio judicial, defendiendo su teoría de los ataques de Dworkin. *Cfr. Ibid.*, p. 54 a 60.

[23] *Cfr.* Chiappini, Julio O.: "Analítica del Derecho y Problemas de Interpretación: ¿De ley o de conductas?" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 64, UNAM, México,1982, p. 379.

participar en la creación consuetudinaria clásica y normalmente su poder de negociación es reducido material, pero no formalmente.

e) En un cuerpo social profundamente heterogéneo, como lo es la comunidad internacional, la creación de normas generales -de manera rápida además- resulta en extremo complicada; profundizándose cuando se pretende que dichas normas 'nazcan' con el reconocimiento unánime -al menos mayoritario- de imperatividad.

Se afirma con razón que los Estados no están preparados para someterse a un proceso legislativo 'sumario'. Debe empezarse por la determinación -y de ser posible, la aplicación- de normas individualizadas. Por medio de la determinación judicial se evitaría que los Estados interpreten a su favor el artículo 53 de la Convención de 1969; evitando la justificación aparente –así lo prevé Schwarzenberger– bien para incumplir las obligaciones internacionales ya contraídas que les incomoden, bien para intervenir en los asuntos estrictamente internos de algún otro miembro de la comunidad internacional[24].

El problema es ahora, conciliar esta opinión con la fórmula consignada en el artículo 53 de la multicitada Convención, que señala como requisito para acceder

[24] Cabría recordar aquí una frase de Bentham "...jamás el Derecho es injusto, es siempre algún perverso interprete del Derecho quien lo ha corrompido y abusado de él" Bentham, Jeremías: *Fragmento sobre el Gobierno*, trad. del inglés por Julián Larios Ramos, Sarpe, México, 1985, p. 39.

a la categoría de *ius cogens*, que la norma sea '...aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto...'[25].

Las partes en un tratado pueden cumplir las obligaciones ahí impuestas, sin la necesidad de especificar el rango de las mismas. Es el conflicto de intereses, la fuerza motriz que insta a la argumentación jurídica necesaria para probar cada posición. Esto es, la aceptación y el reconocimiento operan de facto, mientras no se manifieste disenso alguno. Esto opera en la generalidad de las relaciones jurídicas internacionales, dato que no debe perderse de vista.

La controversia es siempre excepcional, cuando se trata de la violación de normas de *ius cogens*, lo es aún más. En ese caso concreto, la Convención de 1969 prevé la jurisdicción obligatoria de la CIJ (véase punto 2.7). La idea no es nueva. Durante los trabajos de formulación del *ius cogens*, el relator Sir Hersch Lauterpach, con una profunda visión prospectiva, sugirió que fuera un juez internacional quien determinara si una norma en particular era o no de *ius cogens*. La propuesta fue descartada ya que se consideró que los Estados no estarían de acuerdo en otorgar tal poder a un juez[26].

Así quedó de manifiesto, durante la segunda sesión de la conferencia, cuando el delegado de Francia explicó el voto final de su país para no suscribir la Convención, señalando que los textos de los artículos 53 y 64 dejarían en manos

---

[25] La misma sentencia, que es norma para las partes implica un deber ser de respeto por parte de terceros. *Cfr.* Bugallo Alvares, Alejandro: *Op. cit.*, p. 45.
[26] *Cfr.* Kdhir, Moncef: *Op. cir.*, p. 221.

del juez "un poder de apreciación tan amplio que se convertirían en un verdadero legislador internacional, lo que no constituye su función"[27]. Ello no tiene sentido alguno, ya que en principio, el juez clarifica el rango de la norma para las partes en litigio, no la crea.

4.2: EL *IUS COGENS* Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Hasta el momento, se ha avanzado al grado de señalar que el *ius cogens* es una categoría propia de los órdenes jurídicos, incluyendo el internacional; que algunas normas secundarias en esos órdenes son de *ius cogens* por la función que desempeñan.

También se identificó cada artículo vinculado con el *ius cogens* en la Convención de 1969, con la categoría de norma secundaria que le corresponde según el modelo normativo propuesto por Hart, sin soslayar las objeciones que éste formula respecto a la plena juridicidad del DI, mismas que se estiman superadas.

Se propuso el concepto de 'núcleo imperativo' para connotar al conjunto de normas de *ius cogens* que operan en un sistema jurídico dado, incluido el DI; y se procedió a fincar un criterio para identificarlas. Se ejercitó dicho criterio para determinar puntualmente el contenido del núcleo imperativo del DI convencional general.

Corresponde ahora estudiar el proceso formal de determinación del contenido del

---

[27] Casado Raigón, Rafael: *Op. cit.*, 52.

ius cogens. La imperatividad de ciertas normas se ha manifestado y reconocido en sentencias, opiniones disidentes u opiniones consultivas, aún antes de que el concepto de *ius cogens* fuera formulado en el artículo 53 tantas veces citado.

Esta idea fue explorada por el jefe de la Escuela de Viena, quien no duda de la necesidad de que el orden jurídico internacional cuente con normas de *ius cogens* y señala categóricamente su existencia. No obstante, afirma que su identificación concreta plantea problemas indisolubles hasta la fecha en que emitió esa opinión[28].

Para sustentar tal afirmación, Kelsen parte del supuesto de que la capacidad de los Estados para concluir toda clase de tratados es ilimitada, en principio. Además, de que el contenido de éstos contravenga lo establecido por una norma de DI de naturaleza imperativa, lo cual se constituye en una excepción ampliamente reconocida[29]. En otras palabras no corresponde a la realidad política internacional que los Estados tengan plena autonomía de voluntad.

Ello sugiere a Kelsen la existencia de un orden internacional de general respeto del que los particulares no pueden alejarse válidamente, y por tal razón debe atemperarse la opinión que hace de la autonomía de la voluntad de los entes soberanos, el fundamento toral del orden internacional[30].

---

[28] Kelsen, Hans: *Principies of International Law*, Reinhart and Co., New York, 1952, p. 344.

[29] *Cfr., Ibid.* y en Kelsen, Hans: *El Contrato y el Tratado. Analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*, trad. del inglés de Eduardo García Máynez, Nacional, México, 1979, p. 57 y 62 a 65.

[30] *Cfr. Ibid.*, p. 125. En otra obra, Kelsen apunta "Al hablar del Derecho Internacional, solo se hace referencia al general o común, y no al particular: El Derecho Internacional General o común es el Derecho

Ahora bien, no sólo del DI general puede emanar la imperatividad de una norma, también del DI particular. Así por ejemplo, señala que el artículo 20 del Pacto de la Liga de las Naciones prohibía a los Estados partes la conclusión de tratados que no se ajustaran a los principios que animaban a la Sociedad, lo cual se observa también en el artículo 103 de la CNU. De hecho, en un proyecto de reformas al Pacto conocido como "Convenio de una Liga Permanente para le Mantenimiento de la Paz" se previó un mecanismo jurídico que se adelantaba en algo, al problema de la supresión de efectos de un tratado nulo por contravenir normas que ahora se reconocen como imperativas, a saber:

> Artículo 38. La Asamblea puede declarar inaplicables por una mayoría de dos tercios, tratados que no se adaptan a las existentes condiciones internacionales. Un tratado declarado inaplicable se vuelve inválido seis meses después de esa declaración[31].

No desmerece, pese a su ambigüedad, si se considera que fue redactado bajo las circunstancias políticas internacionales que privaban en 1943. Ahora bien, la invalidez de una norma inadecuada para regir las relaciones entre Estados representa claramente una sanción jurídica, máxime si se entiende como nulidad. Si lo anterior se acepta, se habrá recorrido la mayor parte del camino hasta llegar

---

consuetudinario, válido para los Estados que forman parte de la comunidad internacional". Kelsen, Hans: "Naturaleza del Derecho internacional", trad. del inglés por Florencio Acosta en Kelsen, Hans: *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Nacional, México, 1980, p. 53.

[31] Kelsen, Hans: "La Paz por el Derecho", trad. del inglés por Constantino Ramos en Kelsen, Hans: *La idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, Nacional, México, 1979, p. 303.

al concepto de ilícito internacional; si éste se da en el ámbito del DI convencional. Así Kelsen afirma:

> Un acto es ilícito y tiene carácter de una "infracción al Derecho", cuando el derecho objetivo enlaza a ese acto –considerado como perjudicial- una sanción, a saber, un acto de coacción... La tendencia a definir lo ilícito como una negación del Derecho, es un resultado de la concepción imperativa de los preceptos jurídicos. Lo ilícito es contrario a la intención del legislador...[32]

En realidad, lo ilícito es el supuesto jurídico que, de cumplirse, actualiza la sanción. Es importante destacar que Kelsen reconoce en la imperatividad la intención del legislador de imponer una conducta y no otra, y que cualquier desvío es ilícito, contrario a sus designios, y por lo tanto, sancionado jurídicamente. En otra parte determina:

> La nulidad de la norma no es la consecuencia lógica de la ilegalidad del acto creador de la misma. Es necesario que dicha consecuencia sea expresamente estatuida por el orden jurídico[33].

Acaso sea esta la razón de que el artículo 53 de la Convención, empiece su texto señalando, incluso *antes que la institución misma, la sanción prevista en caso de inobservancia.*

---

[32] Kelsen, Hans: *El contrato...*, p. 94 y 95.

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

Junto a las fuentes tradicionales del DI, el autor reconoce en las decisiones de los OI un proceso de creación y aplicación de normas que, aún cuando hace evidente el alto grado de descentralización del orden jurídico internacional, ya da muestras de cierta eficacia. Recuerda empero que un órgano establecido por un tratado sólo puede ser competente para crear una norma vinculante entre las partes del tratado[34].

Agrega que si el OI tiene alcance universal y la decisión tomada por éste es al menos mayoritaria, la regla así creada, asume el carácter de legislación[35]. Pudiera ser esta una sugerencia para salvar el problema más complejo dentro del estudio y la regulación de *ius cogens* internacional: la identificación de sus normas.

La afirmación anterior, da pie para estudiar aunque brevemente dos aspectos del pensamiento kelseniano en torno a la descentralización dinámica del DI[36] y sus consecuencias prácticas.

---

[34] *Cfr.* Kelsen, Hans: *Principles...*, p. 365.

[35] *Cfr., ibid.* No obstante, no se deja llevar y vuelve los ojos a la realidad al afirmar No ha habido todavía un tratado internacional entre todos los Estados, ni ha habido Derecho Internacional general o común creado mediante tratado. Incluso los tratados celebrados por muchos Estados, tales como el Convenio de la Sociedad de Naciones o el Pacto Kellogg (sic), no constituyen Derecho Internacional general, sino Derecho Internacional particular. *Cfr.* Kelsen, Hans: *Naturaleza del...*, p. 53.

[36] Dentro de la concepción global del Derecho sostenida por Kelsen, se distingue una estática y una dinámica jurídica, así como diferentes grados de centralización y descentralización. Con estos parámetros, entiende que el DI presenta el grado mas alto de descentralización posible en el Derecho positivo. *Cfr.* Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. del inglés por Eduardo García Máynez, 3a. reimp. de la 2a. ed., UNAM, México, 1983, p. 387. La descentralización estática del DI tiene una doble manifestación. Primeramente las normas de DI general son muy inferiores en importancia y en número comparadas con las del DI particular y con el Derecho particular de cada Estado. En segundo lugar, las reglas de DI usualmente obligan o facultan formalmente a personas jurídicas colectivas, es decir, a los Estados. Su descentralización dinámica se evidencia incontestablemente por la carencia absoluta de órganos centrales que ejerzan las funciones ejecutiva, legislativa o judicial, lo cual se comprueba, al menos, atendiendo a dos características del DI, a saber: primero, que las fuentes reconocidas son la costumbre y el tratado -métodos

Los intentos para dotar a la comunidad internacional de cuerpos que semejen cierta centralización del poder, se iniciaron con la pretensión de que los Estados reconozcan y se sometan a una administración representada por Consejos o Asambleas. El fracaso de tal tentativa radica en que:

> La organización de un poder ejecutivo centralizado, el más difícil de todos los problemas de la organización mundial, no puede ser el primero, sólo puede ser uno de los últimos pasos; una etapa que en cualquier caso no puede ser exitosamente emprendida antes que la Corte Internacional haya sido establecida y tenga, por sus actos imparciales, ganada la confianza de los gobiernos[37].

Basándose en el desarrollo histórico de los sistemas estatales, Kelsen opina que "la evolución natural tiende primero hacia la magistratura internacional y no hacia un gobierno o legislatura internacional"[38].

En el pensamiento kelseniano existen múltiples referencias a la necesidad de establecer un tribunal internacional independiente y con jurisdicción obligatoria[39] y atribuye el fracaso de la Sociedad de Naciones, entre otros factores a que no se le

---

por demás descentralizados-, y segundo, que el principio de autoayuda domina aun el panorama de la resolución de controversias internacionales. *Cfr. ibid.*, p. 388 y 389.

[37] Kelsen, Hans: *La Paz...*, p. 276. Lo que estaría un poco en contradicción con el proyecto de artículo, antes citado.

[38] *Ibid.*, p. 278.

[39] Cfr. las siguientes obras: "¿Administración Internacional o Tribunal Internacional?" en Kelsen, Hans: *Derecho y Paz...*, p. 191 y 203, La Paz..., p. 273 a 278, 284 y 285, *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. del alemán por Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia, Nacional, México, 1980, p. 149, *Principio de Igualdad de Soberanía de los Estados*, trad. del inglés por Enrique Ferrer Vieyra, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, p. 223, y por si fuera poco, en su célebre: *Teoría Pura del Derecho*, p. 330.

otorgó tal jerarquía al Tribunal Permanente de Justicia Internacional[40], que en todo caso debería contar con un Consejo subsidiario cuya única función sería la de garantizar la ejecución de las decisiones judiciales emitidas por la Corte[41].

Encuentra el jurista austriaco que la opinión pública internacional, con todo y su peso específico, no es suficiente para constituir y mantener un orden jurídico efectivo. El establecimiento de una policía mundial es una medida radical, casi imposible de establecer y operar; incluso contraria al sentido más profundo de la seguridad colectiva.

Insiste en que sólo en los Tribunales el principio de mayoría es aceptado sin objeción. El sometimiento a una decisión judicial –*stricto sensu* o arbitral- no es considerado como incompatible con la soberanía del Estado. El acatamiento de los mandatos de una Corte es frecuente. En última instancia, existe un argumento arraigado históricamente que señala que la organización jurídica de las sociedades ha sido un problema de centralización, y que ésta no empezó con la creación de un órgano, sino con la aplicación del Derecho Consuetudinario, por lo que el camino lógico y natural es ir de la Corte al Parlamento[42].

Desde la "manera analítica de hacer Filosofía del Derecho" puede decirse que en la aplicación de una norma –sobre todo en el ámbito internacional- "se enlazan y entrecruzan muchos discursos, unos que ordenan, otros que desconocen y otros

---

[40] *Cfr.* Kelsen, Hans: *¿Administración...*, p. 184.
[41] *Cfr.*, Kelsen, Hans: *La Paz...*, p. 276.
[42] *Cfr. ibid.*, p. 275 y 277.

que aceptan. De modo que la descripción de una norma siempre quedará sujeta a que un tribunal de última instancia lo acepte o no"[43].

De regreso a Kelsen, éste rechaza enfáticamente la crítica de que los detractores de la jurisdicción obligatoria suelen oponer, a saber: que el cuerpo legal que los Tribunales deben emplear en los casos concretos, es inconsistente en muchos aspectos y por ello se hace imposible aplicarlo coherentemente. Replica Kelsen que gran parte del Derecho Consuetudinario lo constituyen las prácticas seguidas y reconocidas por las Cortes[44].

Esa construcción teórica debe contrastarse con la realidad. En 1923 el entonces Tribunal Permanente de Justicia Internacional se pronunció en el caso de Carelia Oriental, sentando un importantísimo precedente, a saber:

> Está bien establecido en Derecho Internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser compelido a someter sus disputas con otro Estado, ni a la mediación, ni al arbitraje, ni a ninguna otra clase de arreglo pacífico[45].

En ese caso, el Consejo de la Sociedad de Naciones requirió del Tribunal una opinión consultiva sobre si los tratados de paz de 1920 concluidos entre Finlandia y Rusia así como una declaración anexa de esta última respecto de la autonomía

---

[43] Correas Vázquez, Óscar: Op. cit., p. 163.
[44] *Cfr. ibíd.*, p. 278.
[45] Gross, Leo: *"The International Court of Justice and The United Nations"* en RC, Tomo 124, Leyden, 1964, *passim*, Verdross, Alfred: *Derecho...*, p. 103 y Søorensen, Max: *Op. cit.*, p. 661.

de dicha región, constituían compromisos de carácter internacional que impusieran a Rusia la obligación de cumplir las estipulaciones en ellos contenidas.

El Tribunal rehusó entrar al fondo del asunto toda vez que Rusia no formaba parte de la Sociedad de Naciones. De ahí el precedente transcrito[46]. Ese principio, si bien ha sido atenuado a través de los años, aún es citado por los Estados. Al menos su *ratio iuris* persiste hasta nuestros días[47].

Al analizar el impacto de las sentencias en la identificación de normas concretas de *ius cogens*, no puede prescindirse del estudio de dos figuras propias del ámbito internacional, las opiniones disidentes y las opiniones consultivas.

Como se sabe, los jueces de la CIJ pueden manifestar su criterio jurídico cuando emiten una opinión disidente, Derecho que les asiste siempre según el artículo 57 de propio Estatuto de la CIJ[48].

En dichas opiniones disidentes se encuentran a menudo las semillas de desarrollos posteriores del DI. Si bien no tienen carácter de resolución, son sumamente importantes para la doctrina y no pocas veces son citados por la CIJ como antecedentes de nuevas sentencias u opiniones consultivas, dado que no

---

[46] *Cfr.* Bishop, W.W.: *International Law. Cases and Materials*, 3ª ed., Little Brown and Co., London, 1963, p. 74. Carelia Oriental es una región que se extiende entre el Golfo de Finlandia, los Lagos Onega y Ladoga, la frontera Finlandesa y el mar Blanco.

[47] Véase la sentencia en el caso de Timor Oriental en el punto 4.2.6.

[48] Artículo 57. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de estos tendrá Derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente. La cual podrá adoptar la forma de declaración, si en dicha opinión no se incluye la razón por la cual el juez que la formula se pronuncia en tal o cual sentido, según el artículo 95 de las Reglas de la Corte.

necesariamente disienten radicalmente del fallo que les dio origen. Como se verá en un momento, el concepto de *ius cogens* aparece ya *mutatis mutandis* en algunas de éstas opiniones, asociado al concepto de obligación *erga omnes* o de orden público.

Por lo que toca a las opiniones consultivas, conocidas como dictámenes, la doctrina había visto en ellas una vía indirecta de resolución de conflictos jurídicos suscitados entre sujetos de DI[49], sobre todo desde que la CIJ pasó a formar parte orgánica de la ONU[50]. Dicha conexión institucional de ha juzgado como una determinante de la actuación parcial de la Corte, especialmente por la cuasi-subordinación de ésta ante el CS, en la contingencia de que un Estado parte de un litigio no quisiera cumplir con el fallo[51]. Esa hipótesis quedó consignada en la Carta de San Francisco de la siguiente manera:

> Artículo 94...
>
> 2.- Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

De cualquier manera, vista la suerte que corrió el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, parece no haber mejor lugar para la CIJ que el seno de la ONU.

---

[49] *Cfr.* Verdross, Alfred: *Derecho* ..., p. 563.
[50] Ver artículos 7º y 92 a 96 de la CNU.
[51] Dicha integración de la ONU se desprende de los artículos citados de la CNU.

Regresando a la materia objeto del estudio, es de señalarse que los supuestos contenidos en el artículo 65.1 del Estatuto de la Corte se cumplen tratándose de la controversia que se pudiera suscitar por la interpretación o aplicación de cualquiera de los artículos 53 o 64 de la Convención de 1969; toda vez que *ello es indudablemente una cuestión jurídica.*

Lo cierto es que se ha recurrido poco a este medio, sea porque las cuestiones de fondo que se tratarían, aún no están maduras para una solución[52], sea porque los Estados u órganos de la ONU que las podrían solicitar, tienen indicios del criterio que la CIJ aplicaría, si conociera jurisdiccionalmente del caso, o en fin, por temor de que se sentare un precedente adverso a sus intereses. Algunos autores opinan al respecto:

> Examinando la evolución de la jurisprudencia, se puede observar una clara tendencia del tribunal a asimilar los dictámenes a las sentencias... es importante hacer notar que los dictámenes del Tribunal han tenido el mismo valor de precedentes jurisprudenciales que las sentencias[53].

Lo anterior resulta no sólo lógico, sino favorable, toda vez que en realidad el trabajo técnico jurídico de conocer, estudiar y fallar un caso no difiere, en razón del medio en que la Corte lo conoció. Aún hay opiniones judiciales en este

---

[52] *Cfr.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso: "El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma" en *Jurídica*, Anuario del Departamento de relaciones Internacionales de la Universidad Iberoamericana, Núm. 12, México, 1975, p. 322.

[53] Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Publico*, trad. del francés por Fernando Jiménez Artique, 3a. ed., Ariel, Barcelona, 1966, p. 524.

sentido. En el caso Tratados de Paz[54] el Juez Milovan Zoricic manifestó:

> Las opiniones consultivas de la Corte gozan de la misma autoridad que las sentencias, y son citadas por juristas que les atribuyen la misma importancia que a las sentencias. La Corte misma se refiere a sus opiniones previas de la misma manera que a sus sentencias[55]

Por otra parte, en la práctica y para efectos del artículo 38.1.d del Estatuto de la CIJ, no hay distinción de fondo entre las dos categorías de decisiones. Ambas son pronunciamientos judiciales que se pueden utilizar como fuente auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho. Ahora bien, tratándose de la terminación de una norma imperativa de DI, además de su utilidad, la generalidad que supone una norma tal, trasciende los alcances del artículo 59 del Estatuto de la Corte mismo que dispone que el fallo de la Corte, en cualquier caso, sólo obligará a las partes; pero resulta absurdo exigir que sólo las partes respeten y acaten la norma de *ius cogens* recién determinada, omitiendo su naturaleza de obligación *erga omnes*.

Así, las opiniones consultivas han sido vistas como cuasi-sentencias y por tanto, la competencia consultiva constituye una seria alternativa para alcanzar la jurisdicción obligatoria en DI. Esto mismo podría repercutir en una disminución en

---

[54] Es decir, en su dictamen del 30 de marzo de 1950, del caso Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, en el cual los Estados Unidos afirmaban que dichos países estaban violando los Derechos Humanos de sus poblaciones, contenidas en los Tratados de Paz concluidos el 10 de febrero de 1947. El 22 de octubre de 1949, tras acres discusiones en el seno de la AG, ésta decidió someter el caso a la opinión consultiva de la Corte. *Cfr.* Bishop, W.W.: *Op. cit.*, p. 75.

[55] Gross, Leo: *Op. cit.*, p. 416. Ello equivale a darles un valor de jurisprudencia.

el número de solicitudes de dictamen[56].

No debe perderse de vista el aspecto voluntarista que entraña toda institución de DI. El acceso unilateral a cualquier órgano jurisdiccional en este ámbito sigue repugnando a la mayoría de los Estados que ven en ese adelanto técnico, paradójicamente, una potencial fuente de conflictos.

Más aún, cuando la Corte ha manifestado con anterioridad que:

> El consentimiento de los Estados partes en la controversia, es la base de la jurisdicción de la Corte en lo contencioso, la situación es diferente con respecto a los procedimientos consultivos, aún cuando la solicitud de una opinión, esté relacionada con un asunto jurídico pendiente entre Estados, la respuesta de la Corte tiene carácter asesor: como tal, carece de fuerza obligatoria... la opinión de la Corte no se da a los Estados sino al órgano que tiene derecho a pedirla[57].

Técnicamente, puede pensarse que un tratado es una norma de mayor jerarquía que una resolución judicial, cualquiera que ésta sea y que la definición real del contenido de una norma de *ius cogens*, es un problema relativamente reciente que no fue considerado siquiera antes de 1960, y por lo tanto no puede ser considerada como una cuestión jurídica común.

De lo expresado hasta este punto, se desprende que en un buen número de

[56] *Cfr. ibid.*, p. 405.
[57] Søorensen, Max: *Op. cit.*, p. 660. La opinión transcrita corresponde al caso Tratados de Paz.

aspectos las opiniones consultivas y las sentencias pronunciadas por la CIJ son similares y sólo difieren en que, obviamente, las opiniones consultivas jamás tendrán el carácter de *res iudicata*, lo cual no afecta su naturaleza intrínseca de resolución judicial[58].

De hecho, la doctrina y algunos Estados han insistido en la aplicación de las opiniones consultivas, argumentando su "propósito útil", "orgánico", "emergente", o bien la "integración lógica", "teleológica" o "constitucional" de los principios ahí contenidos; incluso que los mismos forman parte del "orden público internacional"[59]. En concreto, se han presentado toda clase de dudas respecto de la efectividad de las opiniones consultivas pero ninguna en relación a sus efectos legales[60].

En apoyo a las diferentes vías en que un tribunal internacional, señaladamente la CIJ, puede determinar el contenido de una norma de *ius cogens*, hay que reconocer que la composición de la sociedad internacional es muy distinta a la de 1945, que la sociedad civil organizada internacionalmente es un fenómeno de las postrimerías del Siglo XX y que la tendencia de la opinión pública internacional apunta a la creación de múltiples tribunales –permanentes o transitorios- con ámbitos jurisdiccionales mejor definidos que en el pasado.

---

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

[59] *Cfr.* Gross, Leo: *Op. cit.*, p. 413.

[60] *Cfr. Ibid.*, p. 419.

Más aún, la creación de Estados medianos y pequeños, sugiere también que los casos ante los tribunales internacionales se multiplicarán ante la imposibilidad material de imponer sus opiniones por medios violentos y unilaterales, posibilidad reservada a unos cuantos Estados, acaso no más de 15 en un universo de cerca de 200 naciones. La paz a través de la justicia es el saldo más prometedor que depara la expectativa de la heterotutela, a través de tribunales más fuertes a saber: aquellos dotados de jurisdicción obligatoria.

Sin embargo, debe advertirse que los tribunales internacionales creados *intuitu belli*, como los instituidos para los recientes conflictos en África o los Balcanes por el CS actuando *ultra vires*, van en contra de los principios procesales más elementales y que por ello se apartan de la verdadera hererotutela internacional. Inquietantes desarrollos recientes del DI procesal, implican incluso un retroceso, un alejamiento del paradigma de la heterotutela, en la doctrina de la llamada "jurisdicción o competencia universal"[61].

Ahora bien, resulta claro que la determinación de las normas de *ius cogens* por medio de mecanismos jurisdiccionales –sentencia u opinión consultiva de la CIJ- es mucho más lenta y excluyente de lo deseable. En principio, afecta o beneficia a las partes directamente involucradas en el litigio. Cierto, pero es preferible la seguridad jurídica que implica un acto jurisdiccional a la supuesta inmediatez que

[61] Para un estudio crítico sobre este tema *vid.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios: "La Doctrina de la Jurisdicción o Competencia Universal y el Principio de Unilateralismo en Materia de Derecho Humanitario Internacional" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIII, No. 240, UNAM, México, 2003, ps. 89 a 105.

ofrece el reconocimiento colectivo.

Al producirse un fallo internacional en que se determine el carácter de *ius cogens* respecto de alguna norma, la comunidad internacional ciertamente *acepta –pasivamente- esa nueva configuración del orden jurídico internacional.* Determinar la "extensión y profundidad" –la connotación- del Derecho a través de sentencias particulares, es un fenómeno que puede observarse en los siete casos que se citan a continuación.

Dos interesan por las opiniones disidentes generadas, uno tiene su origen en una opinión consultiva, tres más son sentencias de pleno Derecho dictadas por la CIJ y el último se falló por el Tribunal Penal Internacional para la extinta Yugoslavia. Todos los precedentes giran en torno al orden público internacional, bien a partir de "principios generales de Derecho" o *a partir del concepto de obligaciones erga omnes.* En conjunto, apoyan la opinión aquí defendida de que la metodología pertinente para la identificación de las normas de *ius cogens* internacional es la jurisdiccional, pues ofrece certidumbre jurídica y viabilidad política. Cualquier otra vía de identificación ha demostrado ser impracticable y por tanto inútil. El DI debe su existencia a la práctica cotidiana entre actores con impacto internacional.

Debe destacarse que el examen aquí emprendido se basa en los párrafos de las resoluciones o de los votos particulares que se precisan, no del sentido general de las sentencias u opinión de cada caso invocado, cuya interpretación pueden conducir a otras conclusiones.

4.2.1: OPINIÓN INDEPENDIENTE EN EL CASO OSCAR CHINN

Por su importancia, se estudia en primer término el pronunciamiento individual del Juez Walter Schücking, respecto del caso Oscar Chinn en el que intervinieron Gran Bretaña y Bélgica como Estados litigantes.

En 1929, el súbdito británico Oscar Chinn, instaló en Leopolville –en ese momento Congo Belga, hoy capital de la República Democrática del Congo-, una empresa de transportación marítima, así como de construcción y reparación de barcos. En 1931 el gobierno belga decidió abatir drásticamente las tarifas de su propia empresa fluvial UNATRA –*Union Nationale des Transports Fluviaux*- y rembolsar las pérdidas sufridas por la empresa del Señor Chinn, bajo ciertas circunstancias. Este último interpuso una demanda ante los Tribunales de Leapolville, por considerar que los actos de Bélgica eran ilegales. Dicha demanda fue desestimada. Se entablaron entonces negociaciones diplomáticas entre los dos gobiernos antes citados que finalmente fueran infructuosas. Previo acuerdo, ambos Estados decidieron someter el caso al Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

Se demandó que el tribunal se pronunciaría en dos puntos medulares:

a) Si dadas las circunstancias del caso -entre otras un virtual monopolio de la UNATRA-, los actos del gobierno belga contravenían alguna obligación internacional contraída con Gran Bretaña;

b) En caso afirmativo, y de comprobarse los daños y perjuicios aludidos por el señor Oscar Chinn, ¿Cual sería la reparación debida por el gobierno belga al británico?. Gran Bretaña sustentó este último criterio con base en el Convenio de St. Germain de 1919 que reconocía la libertad de navegación y comercio en la Cuenca del Río Congo, y el principio de respeto a los derechos adquiridos.

El fallo del Tribunal, de fecha 12 de diciembre de 1934, se produjo en el sentido de que los actos del gobierno belga no violaron obligaciones internacionales contraídas con Gran Bretaña o cualquier otro Estado[62].

Este caso es citado con frecuencia para ejemplificar el límite de los derechos que un extranjero puede hacer valer, y el equilibrio que existe entre la soberanía estatal y el respeto de los nacionales de otros países.

Ahora bien, en este contexto el Juez Schücking, declaró a título individual:

> Lo que yo no puedo imaginar es que la Sociedad de Naciones hubiera podido comenzar los trabajos de codificación del Derecho Internacional si desde el principio no le hubiera sido posible crear en este dominio un *ius cogens* al efecto de que cuando los Estados han convenido en ciertas reglas jurídicas, no pueden modificarse por alguno de entre ellos

---

[62] *Cfr.* El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, A. W. Sijthoff, La Haya, 1939, p. 109, 110 y 111. Esta publicación fue editada por la Secretaría del TPJI.

> únicamente. Todo acto efectuado en contradicción con esta obligación es nulo de pleno derecho[63].

En esta transcripción se descubren todos los rasgos característicos del *ius cogens* recogidos mas tarde por la Convención de 1969. Casi con seguridad, esa fue la primera vez que la locución fue utilizada en un procedimiento judicial. No conforme con describir formalmente la institución, Schücking agrega:

> Jamás por ejemplo, el Tribunal podría aplicar una Convención cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres..., el juez en este caso, se encuentra en la misma situación en la que a consecuencia de un vicio original, una Convención invocada por las partes es, en realidad nula y sin efecto. Es la idea del orden público internacional la que debe determinar la actitud del juez en un caso semejante[64].

Con lo anterior, no sólo identifica al *ius cogens* con el orden público[65], sino que otorga un contenido material a tales normas reiterando la sanción provocada por la inobservancia: la nulidad.

Cabe destacar la equiparación que el Juez Schücking hace de la violación de la disposición imperativa con la existencia de un vicio de la voluntad -analogía que se evidencia en cierta medida, en las convenciones multicitadas- ya que los artículos previos al 53 regulan el dolo, el error y la violencia en la conclusión de los tratados.

---

[63] CPJI, *Recueil, Série* A/B, No. 63, p. 149 y 150 en Gómez Robledo, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 34.
[64] *Ibid.*
[65] Es obvio que nuestro autor no se refiere al orden público internacional, desde el punto de vista del DI Privado.

4.2.2: SENTENCIA EN EL CASO DEL ESTRECHO DE CORFÚ

En un plano más subjetivo, ya en la era de la ONU, la CIJ se ha referido al contenido de ciertas normas de DI, en la sentencia pronunciada respecto del Caso de la Navegación por el Estrecho de Corfú.

Los antecedentes datan del 15 de mayo de 1946, cuando Albania, Estado costero de tal punto geográfico, atacó dos navíos de guerra británicos en el canal del norte. Con objeto de confirmar la actitud albanesa, el 22 de octubre del mismo año otros dos barcos de guerra fueron enviados al estrecho por Gran Bretaña, con similares resultados. Se entablaron negociaciones que resultaron en el acuerdo de someterse a la jurisdicción de la CIJ, para resolver el diferendo. Todo esto al espíritu y objeto del artículo 36 párrafo segundo del Estatuto de la CIJ, relativo a la cláusula potestativa de jurisdicción obligatoria.

Albania sostuvo que toda nave extranjera de guerra debía notificar a la autoridad de su país, su intención de cruzar por el estrecho y obtener el permiso correspondiente ya que, de lo contrario, navegar por sus aguas territoriales implicaría una violación a su soberanía.

A su vez, Gran Bretaña sostuvo que siendo el estrecho una vía marítima internacional, ningún Estado podía, válidamente, restringir su uso natural en tiempos de paz. El 25 de marzo de 1948, la CIJ falló a favor de éste último criterio,

afirmando el derecho de paso inocente conforme a las reglas comunes de DI[66], no sin reconocer que:

> Entre los Estados, el respeto a la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales[67].

En ese contexto, resulta toral el siguiente pasaje del fallo:

> Ciertos principios generales y bien conocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, aún más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra[68].

Es decir, se refiere a principios jurídicos que de no existir, al menos en la mayoría de los sistemas nacionales, anularían toda posibilidad de coexistencia pacífica. Resulta curioso que la Corte, refiriéndose a un ataque más bien menor, haya ejemplificado sus asertos con las consideraciones humanitarias irreductibles. Se ha especulado en el sentido de que la CIJ remite a la costumbre como fuente de tales principios. De ser así, la identificación no queda salvada toda vez que en un procedimiento judicial, la costumbre debe ser probada, no basta con presumirla.

4.2.3: INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO

La CIJ no ha dejado de insistir en el contenido de las normas positivas de DI. Con objeto de conocer su criterio, han de comentarse ahora algunos aspectos de la

---

[66] *Cfr.* Søorensen, Max: *Op. cit.*, p. 701.
[67] *CIJ Recueil*, 1949, p. 35.
[68] *Ibid.*, p. 22 y 23.

opinión consultiva rendida respecto de las reservas formuladas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio.

En primer lugar, la CIJ reconoció que existen principios jurídicos aceptados por todas las naciones civilizadas, que no necesariamente están expresadas por vía convencional. Es decir, son deberes que obligan *per se*[69]. Por otra parte, la Convención que suscitó la opinión tiene evidente vocación universal, precisamente por la trascendencia de su contenido; toda vez que:

> Los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen solamente todos y cada uno un interés común; el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención[70].

Como apunta el jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, esa posición de la CIJ se han interpretado como referencia inequívoca al Orden Público Internacional y como el reconocimiento de que el principio de autonomía de la voluntad tiene límites[71].

Resulta claro que la Corte reconoce un interés comunitario, superior al simple conjunto de Estados, que exige que el genocidio sea tipificado y sancionado jurídicamente. Es decir, el fallo de la Corte expresa el reconocimiento de la

---

[69] Por la importancia de esta afirmación, los autores la citan frecuentemente *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 32, Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p. 26, Diez De Velasco, Manuel: *Op. cit.*, p. 89, Kearney, Richard Y Robert E. Dalton: *"Treaty on Treaties"* en AJIL, Volumen 64, Washington, 1970, p. 510.

[70] *CIJ, Recueil*, 1951, p. 23 en Verdross, Alfred: *Derecho Internacional...*, p, 26.

[71] En este sentido, Eric Suy y Vladimir Paul, respectivamente. *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *Le ius cogens...*, p. 33.

existencia de reglas primarias específicas que definen deberes mínimos de convivencia y aún de supervivencia. Los principios contenidos en la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio, gracias a la determinación de la CIJ, forman parte de las reglas primarias objeto directo del núcleo imperativo del DI.

4.2.4: SENTENCIA EN EL CASO DE LA *BARCELONA TRACTION*

Para seguir con el ejemplo que ofrece esa Convención, el repudio del genocidio se traduce en un respeto a la vida de cada individuo. Esto es, en una obligación de no hacer –traducida en "no exterminar"- frente a la comunidad entera entendida como "el género humano". Este punto técnico -el de las obligaciones internacionales que se contraen frente al conjunto de sujetos del DI-, fue conocido por la CIJ en el famoso caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited.*

Aún cuando el asunto fue fallado en febrero de 1970, los antecedentes cubren varias décadas. Al finalizar la Primera Guerra Mundial, la empresa *Barcelona Traction* construyó y operó varias plantas eléctricas en Cataluña, a través de varias compañías subsidiarias.

Con el triunfo del franquismo, se impusieron medidas severas de control de transferencia de capitales afectando consecuentemente la solvencia de la transnacional. En febrero de 1948, los tribunales españoles declararon en quiebra

al holding, autorizando la emisión de nuevas acciones que cancelaban las anteriores y crearan una nueva empresa que adquirió el control ejercido en España por la *Barcelona Traction*, a través de sus filiales.

Los principales accionistas de la compañía litigante eran belgas, pero la *Barcelona Traction* era legalmente una persona jurídica canadiense. Por ello, el punto analizado por la CIJ fue el derecho que supuestamente asistía al Reino de Bélgica para proteger a sus nacionales, de las medidas adoptadas por el gobierno español en relación con la compañía, no con los accionistas.

La Corte desestimó la demanda de Bélgica en este sentido, negando la existencia de norma alguna de DI que justificara el interés jurídico de un Estado, en proteger a sus súbditos accionistas de una empresa de diferente nacionalidad, respecto de actos de un tercer Estado que afectaren directamente a dicha empresa.

En cambio, Canadá tuvo la oportunidad de invocar válidamente la protección diplomática para intentar sustraer a la *Barcelona Traction* de la decisión del Gobierno español. El rechazo de la demanda belga fue casi unánime, quince votos contra uno; este último del juez *ad hoc* designado por el demandante[72].

El caso provocó la necesidad de considerar bajo una nueva luz, las relaciones existentes entre los órdenes jurídicos internos y el internacional. En su sentencia,

---

[72] *Cfr.* Søorensen, Max: *Op. cit.*, p. 518.

la CIJ reconoció la existencia de obligaciones internacionales *erga omnes*, al declarar:

> En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden sostener que poseen un interés legal respecto de su protección; estas son obligaciones *erga omnes*.
>
> Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de la prescripción de los actos de agresión, y de genocidio, como también de los principios y normas relativas a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección en contra de la esclavitud y la discriminación racial[73].

De lo anterior deriva Brownlie que la CIJ describe casuísticamente si se quiere, la institución del *ius cogens*, llevándola desde el ámbito convencional hasta el de los actos unilaterales[74]. En efecto esto es así, puesto que uno de los efectos prácticos del *ius cogens* es crear obligaciones *erga omnes*, es decir, reglas primarias absolutas[75]. Valdría la pena extender el comentario sobre la voz *erga omnes*, para llegar con mayor facilidad a la conclusión del autor inglés.

---

[73] *International Legal Materials, American Society of International Law*, Vol. 9, No. 2, 1970, p. 259. La trascripción corresponde a la última parte del punto 33 y la primera del 34.

[74] Oponiendo el principio *ex iniuria ius non oritur*, al de seguridad y efectividad jurídica. Véase también Hoogh, A. J. J. DE: *Op. cit.*, p. 193.

[75] Debemos dejar claro que norma de *ius cogens* y obligación *erga omnes* no son idénticas. Ambas nociones son mas bien interdependientes en el sentido de que "normas de *ius cogens* pueden dar pie a obligaciones *erga omnes*" Frowein, Jochen: *Op. cit.*, p. 68. Véase el esquema 4 que antecede (punto 3.1.1) para establecer la relación técnica entre ambos conceptos.

Etimológicamente significa: contra todos, respecto de todo. Ello es entendido diferentemente por la Filosofía del Derecho y por las disciplinas jurídicas positivas; aún cuando se usa comúnmente en el sentido de "absoluto". El uso no filosófico más frecuente se da en el Derecho Civil que, en el ámbito específico del Derecho de las Obligaciones utiliza la expresión: obligación *erga omnes* "Para designar el alcance que tienen ciertos actos para el orden jurídico positivo"[76].

En otras palabras, el derecho subjetivo emanado de un acto jurídico puede ser 'oponible a cualquier tercero'. En estos casos, el sujeto pasivo de la obligación es el cuerpo social in abstracto.

Ello es especialmente evidente en los derechos reales, ya que cada uno tiene la obligación de respetar la propiedad privada de un determinado sujeto; es, por lo tanto, una obligación de no hacer[77]. El concepto que, hasta cierto punto describe la situación contraria, es sinalagma. Se dice que un contrato es sinalagmático cuando hace nacer obligaciones únicamente con respecto a los contratantes. Los ejemplos que se suelen citar son el arrendamiento o el mandato[78].

En la doctrina clásica de DI, el tratado es fundamentalmente sinalagmático según la vieja costumbre *pacta tertiis nec nocent nec posunt*, recogida en el artículo 54 de la Convención de 1969. No obstante, la evolución de la sociedad internacional

---

[76] Gardella, Juan Carlos: *"Erga Omes"* en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 471.

[77] *Cfr.* Gardella, Juan Carlos: *Erga...*, p. 473. Muchos autores importantes se han ocupado de este punto, entre ellos: Kelsen, Savigny, Freitas, Picard, Roquín y Windscheid.

[78] *Cfr.* Escriche, Joaquín: "Sinalagmático" en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencial*, Librería de la Vd. de CH. Bouret, México, 1923, p. 1463.

hizo imprescindible que la CIJ reconociera ciertas excepciones a dicho principio, excepciones que forman parte del núcleo imperativo del DI.

La ejemplificación que se formula con base en los derechos reales, ha tenido como consecuencia que su tratamiento iusfilosófico derive en la negación de la existencia de relaciones jurídicas entre sujetos y cosas[79], ya que éstas, se dan sólo entre entes jurídicamente capaces.

La recepción en el DI de la teoría de las obligaciones *erga omnes* asociadas a los derechos reales, podría ejemplificarse con el principio de libre disposición de los recursos naturales establecido en varias resoluciones de la AG que representa un verdadero derecho subjetivo oponible a terceros.

Empero, ¿cómo hacer coincidir en una misma figura el carácter *erga omnes* de ciertas relaciones jurídicas, con el concepto de *ius cogens*?. En principio, conviene establecer que la cualidad *erga omnes*, entraña una manifestación doble:

a) Para el sujeto activo: puede oponer su derecho subjetivo a todos los sujetos de Derecho; y

b) Para el sujeto pasivo, indeterminado hasta que existe un conflicto de Derecho que lo señala: tiene un deber de no hacer[80].

---

[79] Del Vecchio, contradiciendo a Binding y Kelsen. *Cfr.* Gardella, Juan Carlos: *Erga...*, p. 474.

[80] Lo que corresponde a la 'ecuación' jurídica fundamental, que establece que frente a toda obligación, existe un Derecho y viceversa.

Este 'no hacer' significa, no contravenir el derecho subjetivo del sujeto activo. Pactar en contra de lo establecido por un derecho de esta clase, es decir *erga omnes*, contraviene el deber de abstención, por ello, tales derechos no aceptan pacto en contrario de terceros Estados.

Ahora bien, ¿cómo justificar la prohibición de no pactar en contra de un derecho propio?. La respuesta es que no se puede renunciar válidamente al ejercicio, léase defensa, de derechos subjetivos absolutos.

Por último, en los sistemas internos, los derechos-obligaciones *erga omnes* son relaciones jurídicas privadas enmarcadas por el orden público. De manera similar, tales relaciones -que de ninguna manera se agotan en los derechos reales, que es el ejemplo más estudiado por la doctrina civilista- si se establecen entre sujetos de DI, forman parte del orden público internacional.

4.2.5: SENTENCIA EN EL CASO NICARAGUA

El 9 de abril de 1984 la República de Nicaragua denunció a Estados Unidos de América ante la CIJ basado en la responsabilidad en que incurrió éste último, al haber realizado, instigado y financiado actividades paramilitares en su contra.

Durante la resolución del diferendo, se comprobó que Estados Unidos en efecto había entrenado, armado, avituallado y financiado a la fuerza irregular conocida como "la Contra" con objeto de que realizara diversas actividades paramilitares en contra del Nicaragua, en esa época bajo gobierno sandinista.

La CIJ identificó como ataques a Nicaragua, mediante fuego directo y/o la colocación de minas marinas en aguas territoriales de Nicaragua, los siguientes: el 13 de septiembre y el 14 de octubre de 1983 en contra de Puerto Sandino; el 10 de octubre de 1983 en contra del puerto Corinto; el 4 y 5 de enero de 1984 en contra de la Base Naval Potosí; el 7 de marzo de 1984 en contra del puerto San Juan del Sur; 28 y 30 de marzo de 1984 en contra de botes patrulleros fondeados en Puerto Sandino; y finalmente el 9 de abril de 1984 en contra del puerto San Juan del Norte.

Lo anterior, reconoció la Corte, implicó uso ilegal de la fuerza por parte de Estados Unidos en contravención de diversas obligaciones a cargo de Estados Unidos según el DI consuetudinario, tales como: no uso de la fuerza, no intervención en los asuntos internos de otro país, no violar la soberanía y no interrumpir el comercio marítimo pacífico. La CIJ emitió una sentencia condenatoria para Estados Unidos el 27 de junio de 1986 en el caso conocido como "Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua".

En su opinión particular, el Juez José Sette-Cámara se mostró convencido de que el no uso de la fuerza así como el principio de no intervención, entendido este último como corolario del principio de igualdad de los Estados soberanos y del derecho de autodeterminación; no sólo son principios cardinales del DI

consuetudinario sino que además pueden ser considerados como reglas imperativas de DI, que imponen obligaciones a todos los Estados[81].

En esa misma sentencia, y por lo que toca al principio recogido por el cuarto párrafo del artículo 2º de la CNU –prohibición del uso o empleo de la fuerza-, la CIJ adujo que tanto Nicaragua como Estados Unidos, de una manera u otra reconocían en ella una "norma de DI universal y un principio de *ius cogens*"[82].

Por su parte, en su propia opinión a dicha sentencia, el Juez Presidente de la CIJ, Nagendra Singh se congratuló de que el órgano internacional identificara el principio de no uso de la fuerza con el *ius cogens*, al que caracterizó como estrechamente ligado a "los esfuerzos desplegados por la humanidad para promover la paz en un mundo atormentado por la luchas"[83].

4.2.6: SENTENCIA EN EL CASO TIMOR ORIENTAL

La cuestión de Timor Oriental es, como otras muchas en el medio internacional, secuela del sistema colonialista que privó en las relaciones internacionales hasta mediados del siglo XX. Dicho territorio corresponde a la porción oriental de la isla Timor.

Incluye la isla de Ataúro, la isleta Jaco y el enclave Oé-Cusse en la parte occidental de la isla. Su capital ha sido históricamente Dili, situada en su costa

---

[81] *ICJ Reports*, 1986, p. 199.
[82] Casado Raigón, Rafael: *Op. cit.*, p. 15.
[83] *ICJ Reports*, 1986, p. 153.

norte. El litoral sur de la isla es contiguo a la costa norte de Australia. En su punto más cercano ambas masas de tierra distan unos 430 kilómetros.

En el siglo XVI, Timor Oriental se convirtió en colonia del Reino de Portugal, condición que mantuvo hasta 1975. La parte occidental pasó a administración holandesa y posteriormente devino parte de Indonesia cuando está alcanzó su independencia.

Previo a ello, la Resolución 1542 (XV) del 15 de diciembre de 1960 de la AG, reconoció la existencia de puntos de vista distintos sobre el status de ciertos territorios bajo administración de Portugal y España, identificados por esos Estados como "provincias de ultramar".

También estableció que los territorios considerados bajo administración portuguesa entre los que se relacionaron "Timor y dependencias" no eran autogobernados en el sentido que indica el capítulo XI de la CNU. Para 1974, a consecuencia de la "Revolución de los Claveles", Portugal reconoció dicha condición.

El 27 de agosto de 1975, los contingentes militares y civiles de Portugal se retiraron de Timor Oriental y permanecieron en la isla de Atauro hasta el 7 de diciembre del mismo año, momento en que partieron de manera definitiva, dejando al territorio y a la población de Timor Oriental a merced de Indonesia.

Ésta lo ocupó de forma inmediata, declarando además que población y territorio estaban bajo su control efectivo, al considerarla como "parte integral de la República de Indonesia" mediante una ley promulgada el 17 de julio de 1976[84]. El proceso anterior no estuvo exento de episodios de violencia animados por un sentimiento nacionalista.

La situación descrita, fue aceptada por Australia, la cual reconoció *de facto* dicho estado de cosas mediante una declaración unilateral de su Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 20 de enero de 1978, mediante la cual rechazaba la intervención de Indonesia en Timor Oriental pero no podía seguir ignorando que el Gobierno de Indonesia ejercía un "control efectivo sobre los mayores asentamientos humanos del territorio"[85] y que debía actuar de conformidad con esa realidad en la promoción de sus intereses.

Un mes mas tarde, el 23 de febrero, en otra declaración el mismo Ministerio se señalaba: "reconocemos el hecho de que Timor Oriental es parte de Indonesia, pero no aprobamos los medios por los cuales se propició esa situación".

Entre tanto, en el ámbito internacional, el asunto de Timor Oriental fue objeto de las siguientes resoluciones:

- Del CS: 384 (22 de diciembre de 1975) y 389 (del 22 de abril de 1976)

---

[84] *Cfr. International Court of Justice, Case Concerning East Timor*, www.icj-cij.org/htm, 25 de agosto de 2002, p. 4.
[85] *Ibid.*, p. 11.

- De la AG: 3485 (XXX) del 12 de diciembre de 1975; 31/53 de 1 de diciembre de 1976; 32/34 del 28 de noviembre de 1977; 33/39 de 13 de diciembre de 1978; 34/40 del 21 de noviembre de 1979; 35(27 del 11 de noviembre de 1980; 36/50 del 24 de noviembre de 1981 y 37/30 del 23 de noviembre de 1982.

En la primera, el CS instó a todos los Estados a respetar la integridad territorial de Timor Oriental y el "inalienable derecho de su población a la autodeterminación"[86]. Así mismo, pidió al Gobierno de Portugal "como poder administrador" a que prestara total cooperación con la ONU para permitir al pueblo de Timor Oriental a ejercer libremente ese derecho.

La segunda resolución citada reproducía los términos de la primera y agregaba el llamado al Gobierno de Indonesia a "retirar sin dilación todas sus fuerzas de ese territorio" a efecto de poder llegar a una solución pacífica.

Independientemente de tales llamados del CS y de la AG, el territorio de Timor Oriental fue mantenido en la relación de "territorios no autodeterminados" en los términos del Capítulo XI de la CNU, lo que significó organizar y mantener un Comité Especial sobre la situación con vistas a la Instrumentación de la Declaración de Garantía de la Independencia de los Territorios y Pueblos Coloniales.

---

[86] *Cfr. Ibid.*, p. 12.

Finalmente, el 15 de diciembre de 1978 el Ministerio de Exteriores de Australia declaró que las negociaciones entre su país e Indonesia sobre la delimitación de sus fronteras marítimas iniciaría y con ello, dijo, se concretaría el reconocimiento *de jure* de la incorporación de Timor Oriental a Indonesia.

Las negociaciones iniciaron en febrero de 1979, sobre lo que se conocía como "la zanja de Timor". Eso es, Australia e Indonesia contaban con un acuerdo sobre sus fronteras marítimas logrado en 1972. Lógicamente, éste no comprendía el litoral de Timor Oriental, en esa época bajo administración portuguesa. Las negociaciones fueron estériles y se exploró la posibilidad de llegar a un entendimiento provisional sobre la explotación conjunta de los recursos del área. Diez años después se formalizó en el tratado de la llamada "Zona de Cooperación" que fue recibido en el orden jurídico australiano mediante legislación secundaria que entró en vigor en 1991.

El 22 de febrero de 1991, el Gobierno de Portugal demandó ante la CIJ al de Australia argumentando que este último, al negociar el tratado de 1989, al iniciar esfuerzos legales internos para cumplirlo y al entender sus asuntos sobre Timor Oriental con Indonesia, había actuado ilegalmente, en cuanto que ha violado:

a) Los derechos del pueblo de Timor Oriental a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales;

b) Los derechos de Portugal como potencia administradora;

c) El contenido de las resoluciones 384 y 389 del CS[87].

La estrategia de defensa de Australia se estableció en tres líneas, atacar la jurisdicción de la Corte, insistir en que Indonesia debía tomar parte en el procedimiento y señalar que no había disputa alguna. Empero, no dejó de destacar la condición "artificial" de la demanda al reducirla sólo a la conducta de Australia.

La demandada perdió el punto de la jurisdicción y la CIJ reafirmó su capacidad de conocer del caso. Perdió también el aspecto de la disputa, ya que la Corte insistió en que si existía disputa, lo cual no prejuzgó sobre la corrección jurídica de los argumentos expuestos por Portugal.

Australia señaló, como último recurso, que la decisión de la Corte buscada por Portugal, requeriría inevitablemente que la Corte juzgara la legalidad de la conducta de un tercer Estado –Indonesia- y que ello era imposible en ausencia de dicho tercer Estado. Invocó en su favor el caso *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*[88]. Ahí, la Corte señaló que en ausencia del consentimiento de Albania –para someterse a su jurisdicción- no podría tomar decisión alguna.

Agregó Australia que Portugal perdió cualquier derecho de representación o gestión de los asuntos de Timor Oriental, desde el momento en que se retiró definitivamente de su territorio.

---

[87] *Cfr. Ibíd.*
[88] *ICJ Reports*, 1954, p. 32

En su sentencia del 30 de junio de 1995, la CIJ falló:

- Que Australia violó la obligación de respetar la condición de Portugal como potencia administrativa y la Timor Oriental como territorio gobernado no autonomamente. Lo anterior, basado en que en su condición de potencia administradora, sólo Portugal podía comprometer jurídicamente a Timor Oriental.

- Que Portugal fracasó en su intento de separar, jurídicamente hablando el comportamiento de Australia del de Indonesia, por lo que el fondo de *la litis* consistió en determinar si, en atención a las circunstancias en las que Indonesia entró y permaneció en posesión del territorio de Timor Oriental, Indonesia podía o no "adquirir el poder de concluir tratados por parte de Timor Oriental, relativos a los recursos de su plataforma continental"[89].

- No obstante lo anterior, la CIJ señaló que el "carácter *erga omnes* de las [obligaciones] nacidas del derecho del pueblo de Timor Oriental a la autodeterminación, como emerge de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, es irreprochable"[90]. Razonó que el derecho de autodeterminación ha sido reconocido en jurisprudencia de la CIJ con ese carácter en diversas

[89] *Ibid.*, p. 16.
[90] Punto 29, segundo párrafo de la Sentencia, *ibid.*, p. 16.

fuentes[91], y agregó que es uno de los principios esenciales del DI contemporáneo.

- A pesar de ello, el alto tribunal se negó a juzgar la juridicidad de la conducta de Australia en ausencia de un tercer Estado "aún si el derecho en cuestión es un derecho *erga omnes*"[92].

Lo que resulta toral para el presente análisis, es destacar la labor de la CIJ en la identificación de normas. Poco importa que la demanda de Portugal haya alcanzado el fin que buscaba, la CIJ falló y ello sienta un precedente internacional.

Se comprueba palmariamente que en cualquier ámbito jurídico, y el internacional no es diferente, puede haber juez sin legislador; pueden identificarse normas de *ius cogens* –por derivación de su faceta *erga omnes*- sin la necesidad de que "los Estados en su conjunto" manifiesten su voluntad irrevocable a reconocer como imperativo un derecho en particular.

4.2.7: SENTENCIA EN EL CASO FURUNDZIJA

El 10 de diciembre de 1998, el TPIY, dictó sentencia en el caso seguido en contra de Arno Furundzija por "serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario"[93]

---

[91] Resolución del CS 276 (1970) sobre las Consecuencias Legales para los Estados por la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia, Opinión Consultiva de la CIJ sobre el mismo caso emitida en 1971, Opinión Consultiva sobre el Caso del Sahara Occidental emitida en 1975. *Cfr. Ibid.*, p. 16.

[92] *Cfr.* Gutiérrez Baylón: *Op. cit.*, p. 95 nota 18. Nótese que la CIJ habla indistintamente de obligación *erga omnes* y de derecho *erga omnes*. En este último caso sería más técnico hablar de derecho subjetivo imperativo o de derecho subjetivo de ejercicio obligatorio.

cometidas en mayo de 1993. Tres fueron los cargos concretos en su contra: a) tortura, b) tratos inhumanos y c) ultrajes a la dignidad personal incluyendo violación; todo lo cual contraviene las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo II de 1977. Tales actos fueron cometidos en Bosnia Herzegovina cuando Furundzija militaba en el Consejo de Defensa Croata, HVO por sus siglas en croata, en su calidad de comandante en Nadioci.

El juicio inició formalmente con la presentación del acusado ante el Tribunal el 8 de junio de 1998, una vez que éste confirmó su competencia según el articulo 3° de su Estatuto[94] y el numeral 53 de las Reglas de Procedimiento y Prueba adoptadas el 11 de febrero de 1994 por los jueces que lo integraban: Antonio Cassese, Richard May y Florence Ndepele Mwachande Mumba. Furundzija fue encontrado culpable de tortura y violación, y sentenciado a 10 años de prisión por el primer cargo y 8 años por el segundo.

El caso resulta pertinente en este estudio, toda vez que el TPIY elabora prolijamente alrededor del concepto norma imperativa. El razonamiento que permitió a los jueces llegar a un fallo, se apoyó en el siguiente argumento:

> ... la prohibición de la tortura que yace en los tratados sobre derechos humanos arroja luz sobre un derecho absoluto, que no puede ser

[93] Cfr. IT-95-17/1, Furundzija *"Lasva Valley"*, http://www.un.org/icty/cases/jugements-e.htm, 30 de oct. de 2003. Este Tribunal especial se rige por su Estatuto que fue adoptado por el CS el 25 de mayo de 1993 con base en las resoluciones 808 (22 de febrero de 1993) y 827 (25 de mayo de 1993).

[94] La competencia del TPIY opera por violaciones al derecho de la guerra sea consuetudinario o convencional. Cfr. Ibid. números 131 y 132.

> derogado, ni siquiera en tiempos de emergencia... ello está relacionado con el hecho, estudiado más adelante, de que la prohibición de la tortura es una norma perentoria o *ius cogens*[95]

Agrega que los Estados están constreñidos por el DI a abstenerse de infligirla, pero también involucra las siguientes obligaciones específicas a su cargo:

a) Abstenerse de expulsar, regresar o extraditar a una persona si existen posibilidades razonables de que ésta pudiera estar en peligro de ser sujeto a tortura; y

b) Perseguir y castigar el delito de tortura.

En el numeral 151, la sentencia reconoce la calidad de *erga omnes* a las obligaciones señaladas y va más allá al señalar que existen derechos correlativos a ellas, lo cual es técnicamente correcto[96]. A criterio de los integrantes del TPIY, la calidad de *erga omnes* lleva a dichas obligaciones al terreno de la procuración internacional de justicia, aludiendo tácitamente al principio de jurisdicción universal. Afirma también que el principio que prohíbe la tortura se ha convertido en norma de *ius cogens* en razón de los valores que tutela, y por lo tanto:

---

[95] Ibid. número 144.
[96] Véase Esquema 4.

> ... goza de un rango más alto en la jerarquía [normativa] internacional, que el derecho de los tratados o las reglas ordinarias consuetudinarias[97].

Según el TPIY, el síntoma más evidente de esa jerarquía superior, consiste en que dicho principio es hoy en día uno de los estándares fundamentales que reconoce la comunidad internacional. Estima que la certeza de que la prohibición de la tortura es un valor absoluto del quien nadie –individuos o Estados- puede apartarse, genera un efecto de disuasión colateral[98]. Además, la calidad de *ius cogens* provoca un doble impacto según el TPIY:

a) A nivel interestatal, provoca la invalidación de cualquier acto administrativo, legislativo o judicial que permita, promueva o tolere la tortura. A ese efecto, el TPIY retoma el criterio del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg al afirmar que "los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por los Estados en lo particular"[99];

b) En cuanto a la responsabilidad penal –nivel personal-, autoriza a cualquier Estado a investigar, perseguir, enjuiciar o extraditar a individuos acusados de tortura, que se encuentren en su territorio. Para apoyar ese aserto, invoca el criterio de la Suprema Corte de Israel en el caso Eichmann y de la

---

[97] IT-95-17/1... número 153.
[98] Cfr. Ibid. número 154.
[99] Cfr. Ibid. número 155.

> Suprema Corte de Estados Unidos en el caso Demjanjuk que, en términos generales se expresaron en el siguiente sentido "es el carácter universal de los delitos en cuestión... el que inviste a todo Estado con la autoridad para juzgar y castigar a aquellos que hayan participado en su comisión"[100].

Aunque impactante, el fallo adolece de errores técnicos por cuanto hace a su concepción de *ius cogens*:

a) Confunde norma imperativa con Orden Público Internacional. La prohibición de la tortura sin duda forma parte de este último en atención a los valores que tutela pero no es, en los términos expuestos en esta tesis, *ius cogens*. La proscripción de la tortura en los términos de los respectivos artículos 3º de las Convenciones de Ginebra de 1949, es norma primaria ya que su objeto es la conducta de los sujetos de DI. Tratar de hacer coincidir los Derechos Humanos con normas imperativas es un error, toda vez que esa línea de argumentación es incapaz de generar un criterio que haga de cierto contenido valioso, un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio[101].

b) Reconocer al *ius cogens* un nivel jerárquico por encima del Derecho convencional y consuetudinario, es ingenuo. La imperatividad es un caso particular de obligatoriedad[102] no una fuente de derecho como la costumbre o el tratado. El punto 153 de la sentencia que se comenta, denota un apego

---

[100] Ibid. número 156.
[101] Véase punto 4.4.1.
[102] Véase punto 3.1.2.

inconsciente al paradigma normativo kelseniano. Si ello es así, la noción de imperatividad no se podrá sustraer a la suerte que corrió la norma hipotética. El contenido de las normas concretas de *ius cogens* sólo puede determinarse atendiendo a la función que desempeñan, no en razón a la materia[103].

c) Es la soberanía la que faculta al Estado para procurar e impartir justicia sobre cualquier persona que se encuentre en su esfera territorial de competencia. No es el carácter universal de los delitos sino el *imperium*, el que insta al Estado a reprimir todo comportamiento antisocial.

De lo anterior, resulta claro que la CIJ se conduce con mucha mayor moderación al momento de elaborar sobre temas jurídicos controvertidos u obscuros. El entusiasmo demostrado por el TPIY en poco ayuda a consolidar la jurisdicción internacional y a esclarecer el verdadero alcance del *ius cogens* en el DI.

* *

*

Los siete ejemplos aludidos, ilustran el poder de la judicatura para determinar el contenido concreto de normas imperativas en el DI. Al multiplicarse los ámbitos de competencia de otros cuerpos jurisdiccionales universales y regionales, aumentan proporcionalmente las oportunidades de que, por la vía judicial, se vayan

[103] Véase punto 4.1.2.

esclareciendo los alcances y la estructura del orden jurídico internacional, incluido su componente imperativo.

CONCLUSIONES

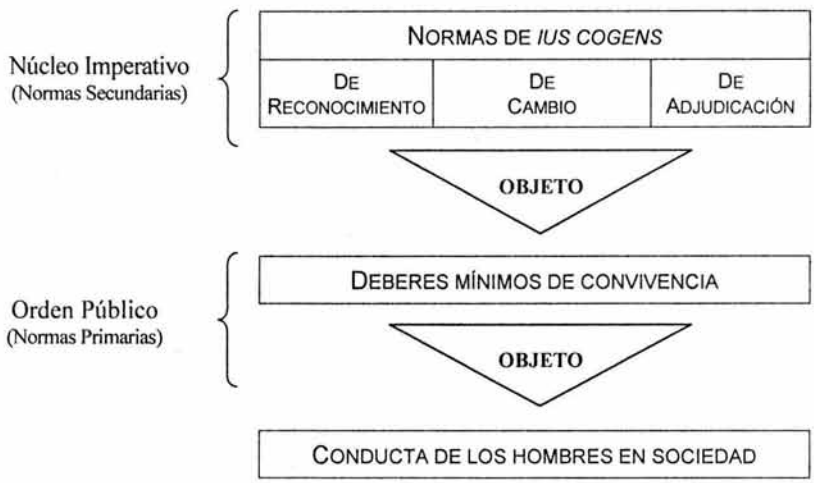
1. La naturaleza de las normas imperativas –*ius cogens*- se reduce al binomio facultad-deber pero adicionado de ciertas características que le son particulares. Como facultad, son la expresión objetiva de derechos subjetivos absolutos, aquellos cuyo sujeto pasivo lo constituye toda una colectividad. Tales derechos son de ejercicio no potestativo y correlativos de obligaciones de general respeto –*erga omnes*-.

2. La estructura lógico-formal de toda norma imperativa –*ius cogens*- es:

NORMA IMPERATIVA	
Derecho subjetivo de ejercicio obligatorio	Obligación *erga omnes*
FACULTAD	DEBER

3. Existe una relación inversamente proporcional entre la precisión de lo ordenado y la autonomía de la voluntad, que se expresa en la siguiente fórmula: *cuanto más exacta es la descripción de una conducta jurídica, es menor el margen que se otorga a la voluntad del obligado.*

4. Con base en la teoría normativa de H.L.A. Hart, el lugar y función del *ius cogens* en DI es el siguiente:



5. La existencia de normas imperativas en un sistema normativo, implica que la regulación jurídica se lleve a cabo mediante normas que otorgan facultades o que reconocen deberes –normas primarias-; y además que tales normas son objeto de otras –normas secundarias-, que rigen su identificación, su imposición y su modificación.

6. La noción de orden público entraña el respeto a deberes mínimos de convivencia comúnmente admitidos. La expresión jurídica de dichos deberes son las obligaciones de general respeto –*erga omnes*-. Debido a la función que desempeñan en el sistema jurídico al que pertenezcan, dichas obligaciones,

siendo vinculantes, no son imperativas -*ius cogens*- toda vez que su objeto es la conducta de los hombres en sociedad.

7. Respecto a la determinación del *ius cogens*, se propone el siguiente criterio formal: Constituyen *ius cogens* sólo aquellas normas secundarias cuyo objeto de regulación son reglas primarias que prescriben conductas -individuales o colectivas-, que constituyen deberes mínimos de convivencia.

8. La denominación "núcleo imperativo" podría adoptarse para designar al conjunto de normas de *ius cogens* –secundarias- en cualquier sistema normativo de carácter jurídico.

9. Las consecuencias prácticas de la existencia de un núcleo imperativo, consisten en dar coherencia y dinamismo al orden jurídico; en una palabra, en promover su eficacia.

10. La práctica cotidiana del DI, sugiere que la única vía que ofrece seguridad jurídica y viabilidad política para determinar la existencia de normas de *ius cogens* internacional, es la judicatura internacional. La CIJ, mediante el ejercicio de su jurisdicción confirma esa tendencia.

DOCTRINA MEXICANA SOBRE *IUS COGENS*

A lo largo de la exposición, se ha reconocido la importancia que tiene la doctrina como fuente de DI. Su labor orientadora es más valiosa, cuando trata de nociones controvertidas, como la del *ius cogens*. Para cumplir mejor su función de apoyo y guía, en este apartado se agrupan las contribuciones más significativas al estudio y comprensión de la imperatividad en DI, generadas en México.

1. Entre los juristas mexicanos, Carlos Arellano García[1] destaca que la adopción del concepto de *ius cogens* por virtud de la adopción de la Convención de Viena de 1969 implica -al menos entre la comunidad de Estados que firmaron y ratificaron el instrumento invocado- una contención al principio de autonomía de la voluntad que primó en las relaciones internacionales hasta mediados del Siglo XX.

Con justeza, concibe al *ius cogens* como una expresión de heteronomía en el DI, que en la práctica fundamentaría incuso la aplicación de normas convencionales a Estados ajenos a las relaciones jurídicas así establecidas. Ejemplifica su

---

[1] *Cfr.* Arellano García, Carlos: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª. ed., Porrúa, México, 2002, ps. 178 y 179.

argumento, con la aplicación de medidas coercitivas dictadas por el CS a Estados que no sean parte de la CNU –artículo 50-. Así planteado, se deduce que Arellano reconoce que el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* pierde eficacia frente a normas de *ius cogens*, la cual define como "la norma jurídica internacional obligatoria, ajena a la voluntad de las partes"[2]. Pondera esa opinión, al puntualizar que fue precisamente la voluntad de las Atlas Partes contratantes de la Convención, la que hizo posible determinar el alcance del consentimiento en DI.

Por ser el tratado la fuente más importante del DI y por entrañar una "doble y múltiple manifestación de voluntades"[3] en cuanto acto jurídico; es claro que la fijación de límites al consentimiento por vía convencional se beneficia de la precisión y claridad que es característica de cualquier tratado.

2. José Humberto Castro Villalobos[4] se pronuncia por reconocer en las resoluciones emanadas de OI, particularmente de la AG, una fuente alternativa de normas de *ius cogens*, a la par del tratado y la costumbre, a las que reputa fuentes 'naturales' de la imperatividad en DI. Identifica normas específicas de *ius cogens* incluidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se evidencian cuando prohíbe en su artículo 4.2 la suspensión de garantías tales como: el derecho a la vida y las del debido todo proceso (artículo 6º); el derecho a la integridad física a través de la prohibición de la tortura o los tratos crueles,

---

[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*, p. 187.

inhumanos o degradantes (artículo 7º); la erradicación de la esclavitud o la servidumbre (artículo 8º), etc. se muestra contrario a la posibilidad de que existan normas imperativas regionales.

Castro Villalobos estima que existen muchas normas actuales llamadas a figurar en un futuro repertorio de preceptos imperativos, entre las que cuenta la prohibición de realizar ensayos nucleares atmosféricos, algunos principios contenidos en las Convenciones sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, así como las que dan vida legal al llamado 'patrimonio común de la humanidad'. A este respecto cita el párrafo VI del artículo 305 de la Convención sobre el Derecho del Mar, que fue aprobado por consenso, durante el IX periodo de sesiones de la Conferencia correspondiente, que a la letra dice:

> Los Estados parte en esta Convención convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no se harán partes en ningún acuerdo contrario al mismo[5].

Concluye que tales normas, dado que tutelan el orden público internacional, constituyen el 'estándar mínimo' sobre el que sustentan la sociedad internacional y

---

[4] *Cfr.* Castro Villalobos, José Humberto; *La norma de ius cogens en el Derecho Internacional*, Universidad de Guadalajara, México, 1981, p. 69.

[5] A/CONF.62/L.58. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, 1980.

sin cuya vigencia no podría hablarse de "un orden jurídico internacional que impere sobre los destinatarios de dichas normas fundamentales"[6].

3. Rafael De la Colina estudia el principio de isonomia y su corolario: la no intervención, así como su importancia para la sociedad internacional desde que el concepto de soberanía fue expuesto por Bodino en el siglo XVI[7]. Analiza igualmente los esfuerzos realizados por la AG para que tales principios sean aceptados y reconocidos por la comunidad de Estados en su conjunto y así, puedan cumplir el requisito formal exigido por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En su opinión "el principio de no intervención es norma imperativa, cuya obligatoriedad no admite limitaciones ni artificiosos distingos"[8]. Al contrario de otros internacionalistas, estima posible un *ius cogens* regional.

4. Para algunos autores, las normas imperativas de DI son tan evidentes, que su discusión teórica ha dado paso a su afirmación plena, lo cual permite su empleo en el análisis de problemas prácticos. Luis Díaz Müller se ocupa de estudiar las relaciones que se dan entre dos fenómenos característicos del tercer mundo a saber: la violación a derechos humanos y el servicio de la deuda externa. No se

---

[6] *Ibid.*, p. 75.
[7] De La Colina, Rafael: "El principio de isonomia y la no intervención" en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 12, México, 1980, ps. 109 y ss.
[8] *Ibid.*, p. 134.

pregunta sobre su existencia, en su estudio las normas de *ius cogens* son un supuesto esencial y les otorga un contenido ético-jurídico determinado[9].

Según el autor, las frecuentes violaciones a los derechos humanos que se dan en Latinoamérica se inscriben en un fenómeno más amplio, esto es, el 'modelo de desarrollo' impuesto a las naciones de la región por centros de decisión que responden a intereses ajenos a éstas. Ello ha provocado que éstas sacrifiquen a sus poblaciones en aras del puntual cumplimiento de sus obligaciones financieras, lo cual provoca descontento y ulteriormente represión[10].

En su opinión, la deuda externa –o de forma genérica, las presiones financieras internacionales- anula para todo efecto práctico el ejercicio de la llamada 'soberanía económica', la cual esta definida en el artículo 1° de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[11]. Esta circunstancia genera graves trastornos no sólo económicos -como sería de preverse- sino también socio-políticos, los cuales desembocan, no en pocas ocasiones en la desatención o la violación flagrante de derechos humanos.

Avanza destacando que el cumplimiento de las obligaciones jurídicas de contenido financiero tienen origen convencional, y por lo tanto regido por el principio *rebus*

---

[9] *Cfr.* Díaz Müller, Luis: "Deuda y Derechos Humanos" en *Revista de la UNAM*, No. 427, UNAM, 1986, ps. 5 y ss.
[10] *Cfr. ibid.*, ps. 6 y 7.
[11] Artículo 1°. Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenaza externa de ninguna clase. *Ibid.*, p. 8.

sict servanda (sic), pero que no se puede descontextualizar a través de una mera abstracción legal, por lo tanto:

> Un compromiso internacional que afecte asuntos que son materia de *ius cogens*, es decir, normas imperativas del Derecho Internacional, facultarían al Estado para decretar su incumplimiento: no pueden aceptarse por su ilegalidad internacional normas que afecten los derechos humanos, la soberanía y la independencia de los estados[12].

En este orden de ideas, las restricciones impuestas por el principio *omnis conventio intelligetur rebus sic stantibus*, operan plenamente en esta clase de acuerdos, toda vez que las obligaciones contraídas en virtud de créditos externos no pueden atentar contra los principios de DI plasmados en la Carta de las Naciones Unidas, ni violentar derechos humanos -nivel de vida, empleo- o el principio de autodeterminación política y económica, ambos "asuntos que son materia de *ius cogens*"[13]. Concluye que sostener lo contrario, equivale a justificar plenamente el abuso del derecho.

En la misma línea de pensamiento, concibe a la soberanía como un conjunto de competencias estatales. La relación conflictiva que Díaz Múller estudia, quedó expuesta en la doctrina Drago, al declarar que:

---

[12] Díaz Müller, Luis: *Op. cit.*, p. 7.
[13] *Ibid.*, p. 9.

> [el] acreedor no ignora que contrata con una entidad soberana y que una de las condiciones inherentes a tal soberanía es la de que no puede intentarse un proceso ejecutorio contra ella, ni llevarlo a cabo, por que este método comprometería a su existencia y haría desaparecer la independencia de actuación del Estado respectivo[14].

Los actos de Estado –auténticas manifestaciones de soberanía-, pierden efectividad y aún sentido, frente a las condiciones financieras impuestas por los centros de decisión financiera. Las decisiones de política interna sobre los propios recursos naturales, la autodeterminación y las opciones de desarrollo, se ven reducidas y en el peor de los casos, anuladas.

Precisamente el concepto de soberanía económica es el puente que evidencia la relación causa-efecto entre la deuda externa y la violación de derechos humanos, ya que la defensa y el respeto de éstos últimos, el ejercicio pleno de los derechos económicos y sociales, tiene un papel primordial[15].

La prohibición de entorpecer el ejercicio de la soberanía económica de los Estados, desemboca en el concepto de 'seguridad económica colectiva', desarrollado a partir de los trabajos de la UNCTAD, y que en términos positivos

---

[14] *Ibid.*, p. 10.
[15] *Cfr. Ibid.*

consiste en la búsqueda de fórmulas que permitan el desarrollo de las naciones, en un mundo en paz[16].

5. Numerosos iusinternacionalistas, aún los menos entusiastas respecto de la efectividad de la norma imperativa, reconocen una imperatividad potencial en los Derechos Humanos. Tal es la opinión de Jorge Escaip Karam[17] quien parte de la premisa de que los conceptos de soberanía absoluta y de libertad irrestricta que los Estados gozaron hasta hace algunos años, son incompatibles con la exigencia misma de una sociedad internacional estable. Especifica que pese a que la soberanía constituye la base de la organización internacional y un principio toral del DI, el mantenimiento de dicha organización exige un límite al ejercicio de aquella[18].

El DI del siglo XIX fue el resultado de la interacción de unas cuantas potencias, en su mayoría europeas. El panorama político mundial ha cambiado en sus fundamentos y las concepciones jurídicas han evolucionado en consecuencia. Para comprobarlo, argumenta que:

> La parte relativa al "Asiento de Negocios" en el Tratado de Utrech de 1713, por la que el Rey de Inglaterra obtenía del Rey de España el monopolio durante treinta años del tráfico de esclavos con la América española, sería

---

[16] *Ibid.*, p. 12.

[17] *Cfr.* Escaip Karam, Jorge: "Las normas del *ius cogens* y los Derechos Humanos" en *Revista Mexicana de Justicia*. No. 1., Vol. IV, Procuraduría General de la República, México, 1986. ps. 71 y ss.

> nula en la actualidad, pues la comunidad internacional considera la esclavitud como institución ilícita[19].

Agrega Escaip que no existe dificultad alguna para admitir la existencia del *ius cogens* internacional; sin embargo, nuevos y distintos factores influyen para que todavía se discuta si ello es o no posible. Comparte la idea de otros autores en el sentido de que la determinación del carácter imperativo de una norma internacional en particular, corresponde al juez y al árbitro.

Con agudeza, destaca que la relación '*ius cogens* – derechos humanos' dista de univoca, armoniosa o ajena a conflictos. Ejemplifica este punto argumentando que la autodeterminación de un pueblo con una identidad cultural particular, podría rechazar una forma de Estado o de Gobierno impuesto por la presión internacional o vía intervención, por más que dicha forma de Gobierno promueva el respeto de los Derechos Humanos[20].

Del mismo modo en que la Segunda Guerra Mundial fue el motor para un replanteamiento casi absoluto de las relaciones internacionales, cada nuevo enfrentamiento de una conducta individual con los intereses de la comunidad justifican las innovaciones jurídicas y las nuevas políticas de algunos Estados.

En este contexto, reconoce en las resoluciones de la AG el *quid* de la articulación de los conceptos de *ius cogens* y derechos humanos. En conclusión, señala que la

---

[18] *Cfr. Ibid.*, p. 71.

función fundamental del DI en el amplio campo de los derechos humanos, ahora de la llamada tercera generación consiste en regular de forma imperativa "las capacidades que en su evaluación cognoscitiva va señalando el hombre en su devenir histórico"[21].

6. Para García Moreno, el estudio del ius cogens debe realizarse desde un contexto más amplio, el de la existencia o inexistencia de un orden público internacional[22]. Concluye que en la actualidad, nada impide hablar de un orden público internacional como el conjunto de reglas obligatorias -imperativas- que prevalezcan frente a otras de origen consuetudinario o convencional[23]. Señala cinco elementos que deben cumplir las reglas de ius cogens:

1. Debe tratarse de una norma de DI general que obligue a todos los Estados, por ello su origen ha de ser consuetudinario;
2. Debe rechazar todo acuerdo en contrario, es decir, debe ser imperativa;
3. Debe contar con el reconocimiento de la comunidad de Estados, respecto de tal naturaleza;
4. Debe ser dinámica y adaptarse a las situaciones concretas que plantee la comunidad internacional; y

---

[19] *Ibid.*, p. 72.
[20] *Ibid.*, p. 81.
[21] *Ibid.*, p. 82.
[22] García Moreno, Víctor Carlos: "El *ius cogens* y los tratados" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXX, No. 117, UNAM, México, 1980, ps. 889 y ss.
[23] Ibid., p. 892.

5. Debe producir la nulidad de todo acuerdo concluido en contrario, que intente derogarla[24].

Estima que el carácter público de las normas de *ius cogens* y de la ilicitud que provoca su inobservancia, indica claramente que las obligaciones impuestas por el orden público internacional son *erga omnes*, correspondiéndole a cualquier Estado denunciar su quebrantamiento y a un Tribunal competente, conocer de ello oficiosamente.

7. Tanto los antecedentes históricos como los pormenores técnicos de *ius cogens* internacional, son importantes para el jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, no obstante, dada la naturaleza del presente trabajo nos ocuparemos preferentemente de estos últimos[25]. Afirma que la formación del *ius cogens* internacional esta asociada indisolublemente a consideraciones axiológicas.

En cuanto a las fuentes formales del *ius cogens*, reconoce tanto a la costumbre como a los tratados multilaterales. En cuanto a los principios generales del derecho, señala que la doctrina comúnmente los conceptúa como abstracciones jurídicas de último grado o bien, generalizaciones absolutas. En cualquier caso, pueden ordenarse en tres categorías:

a) Conceptos puros como buena fe, soberanía, etc., es decir, que no rigen ninguna acción concreta;

---

[24] *Cfr. Ibid.*, p. 897.

b) Principios programáticos, es decir, aquellos que siendo reconocidos por el Derecho Positivo, carecen de una determinación clara -como orden público-;y

c) Principios de normatividad inmediata, que son aquellos que poseen extrema generalidad.

En su opinión, sólo a ésta última categoría podrían pertenecer las normas imperativas[26].

En cuanto a los requisitos formales exigidos por el artículo 53, señala Gómez Robledo que el doble consentimiento que es particular de la institución tiene una razón de ser, a saber: la comunidad internacional en su conjunto, primero debe reconocer que una norma de DI dada es general, y después, que es inderogable. Considera que basta que una gran mayoría de Estados acepte y reconozca tales atributos en una norma, para convertirla en *ius cogens*.

En cuanto al efecto retroactivo que pudiera tener la norma internacional imperativa, aun considerando el contenido de los artículos 4° y 28 de la Convención de 1969, señala que la última palabra en cada caso concreto la tiene la jurisprudencia internacional. El surgimiento de normas supervenientes refleja la convicción axiológica de la comunidad interestática, por transformar el marco legal que regló las relaciones internacionales, a menudo de forma injusta e inequitativa.

---

[25] Gómez Robledo, Antonio: "Le ius cogens intemational: Sa genése, sa nature, ses functions" en RC, Tomo 135, Leyden, 1981, ps. 219 y ss

[26] *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional. Estudio...*, p. 104.

Por lo que toca a la nulidad, Gómez Robledo esta conciente de que existen muchos puntos técnicos en que el consenso entre los iuspublisistas permanece ausente. No obstante, la doctrina y la legislación coinciden en reconocer a la nulidad los siguientes rasgos característicos: instantánea, inconfirmable, inconvalidable, inprescriptible y *erga omnes*[27].

Explica que la CDI adoptó deliberadamente un criterio formal en la redacción del artículo 53 de la Convención de 1969, ante la imposibilidad de deducir un criterio de identificación inequívoco. Señala que será la práctica de los Estados y la jurisprudencia las que progresivamente desarrollarán tales normas.

Gómez Robledo atribuye carácter *ius cogens*:

> Tan sólo a aquellas resoluciones en cierto modo legislativas y que versan sobre los intereses más elevados de la comunidad internacional[28].

El autor estudiado, considera que ciertas normas internacionales pertenecen actualmente a la categoría de imperativas, *satisfagan o no los requerimientos formales hasta hoy existentes*. Uno de ellos es la libre determinación de los pueblos, ya que es *conditio sine qua non* para el ejercicio de todo otro derecho[29].

Un aspecto toral del pensamiento de Gómez Robledo en torno al *ius cogens*, es la importancia que le reconoce al aspecto filosófico. Estima imprescindible una óptica

---

[27] *Cfr. Ibid.*, p. 138.
[28] *Ibid.*
[29] Cfr. Gómez Robledo, Antonio: Le *ius cogens*..., *ibid.*, p. 181.

que nos permita revisar los pormenores de la figura, a la luz de la Teoría General del Derecho y de la propia Filosofía del Derecho[30], si se quiere ir más allá de la simple exposición de datos y opiniones para llegar a descubrir las razones últimas de la existencia de normas de DI con carácter imperativo, así como del vacío jurídico que están llamadas a llenar.

Estima que el ius cogens fue concebido en su rasgos teleológicos ya desde Vitoria. En efecto, la *lex iuris gentium* fue pensada como una norma con fuerza inexorable de la cual ningún soberano podía sustraerse válidamente a su aplicación; asimismo se colige que las normas imperativas deben emanar de la comunidad internacional, es decir, el carácter obligatorio e inderogable propio del *ius cogens* deviene del concepto vitoriano de *auctoritas totius orbis*.

Existe otro estudio donde Gómez Robledo ofrece, además de una versión reducida de la historia del concepto, una propuesta de categorización de normas imperativas de DI[31]. El autor estima que la redacción del artículo 53 –de ambas Convenciones- tiene orientaciones positivistas, en un intento de los redactores por zanjar la discusión suscitada entre iusnaturalistas y positivistas. Opina que en realidad, al no quedar resueltas las disputas de índole técnico ninguno de los grupos puede sentirse vencedor.

---

[30] *Cfr. Ibid.*, p. 88.

[31] Gómez Robledo, Antonio: "*Ius cogens* y *ius naturale*" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen X, UNAM, México, 1984, ps. 515 y ss.

Señala que dada la redacción del precepto, en ningún momento se alude al origen de la regla de ius cogens, y al contrario 'aceptación y reconocimiento' suponen la preexistencia de principios jurídicos que bien podrían ser de Derecho natural, con lo cual, el doble condicionamiento es sólo un mecanismo formal para incertar en el Derecho Positivo lo que ya existía jurídicamente. Este punto en especial tiene la mayor relevancia filosófica, aunque carezca de significación práctica. Atendiendo a aquella, Gómez Robledo distingue la existencia de dos clases de normas imperativas en DI a saber: a) un *ius cogens naturale* positivizado, y b) un *ius cogens* positivo. Uno y otro tienen vigencia, éste por origen y aquel por asimilación.

Ejemplifica la tipología propuesta de la siguiente manera: los crímenes internacionales derivan de normas *iuris cogentis naturalis*; la protección de los fondos marinos y oceánicos, se debe clasificarse como norma de *ius cogens positivum*. El papel que juega la comunidad internacional es diferente en cada caso. En el *ius cogens naturale* es necesario un acto declarativo por parte de aquella, en tanto que para el *ius cogens positivum*, la naturaleza del acto de la comunidad de Estados ha de ser constitutivo.

8. En opinión de Modesto Seara Vásquez, el respeto a las normas de *ius cogens* es, junto con *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta* y *ex consensu advenit*

vinculum, los cuatro principios rectores del Derecho de los Tratados actual[32]. Como otros autores, estima que la introducción del concepto de norma imperativa constituye una restricción a la libertad de contratación tal como se ha entendido y practicado hasta nuestros días.

Sentencia lapidariamente que las imprecisiones en que incurre el artículo 53 de la Convención de 1969, provocan su propia in efectividad, toda vez que tanto la norma como su aplicación se inscriben en el ámbito de las relaciones internacionales. Agrega que la proclamación automática de nulidad de los tratados contra *bonos mores* que 'propone' (sic) en artículo referido, no salva la ineficacia, más bien la profundiza.

Concluye Seara Vázquez que la concepción del *ius cogens* "no ha sido una acción muy afortunada y tiene muy pocas posibilidades de ser algo más que una disposición declarativa"[33].

---

[32] Cfr. Seara Vázquez, Modesto: *Derecho Internacional Público*, 10a. ed., Porrúa, México, 1984, ps. 68 y ss.
[33] *Ibid.*, p. 69.

BIBLIOGRAFÍA

I. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS OFICIALES

A/1858: *Report of the International Law Commission covering the work of its third Session,* 1951.

A/4169: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General, Suplemento núm. 9, 1959.

A/4843: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General, Suplemento núm. 9, 1961.

A/6309/ rev.1: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General, Suplemento núm. 9, 1966.

A/CONF.62/L.58. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,* 1980.

A/CONF. 39/11/add. 1: *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados,* 1968.

A/CONF. 39/11/ add. 2: *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados,* 1969.

ST/LEG/SER.E/2: *Multilateral Treaties in Respect of wich the Secretary-General Performs Depositary Functions,* Chapter III, The Law of Treaties, 1982.

1980 I.C.J..3: *Case Conserning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, General List 64*, Párrafos 33 a 36, p. 18 a 20.

II. ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Abbangano, Nicola: "*A priori*" en *Diccionario de Filosofía*, trad. del italiano por Alfredo N. Galletti, 4a. reimp. de la 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Blackburn, Simon: *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Blanquez Fraile, Agustín: *Diccionario Latino-Español*, Tomo I, 5a. ed., Sopena, Barcelona, 1975.

Brown, Stuart et al.: *Cien Filósofos del siglo XX*, trad. del inglés por Juan José Utrilla Trejo, Editorial Diana S.A. de C.V., México, 2001.

Ernouta, A. y A. Millet: *Dictionaire Etymologique de la Langue (Histoire des mots)*, 4ª. ed., Libreaire C. Klinckseick, París, 1967.

Escriche, Joaquín: "Sinalagmático" en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencial*, Librería de la Vd. de CH. Bouret, México, 1923.

Gardella, Juan Carlos: "*Erga Ornes*" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.

——: "Epistemología Jurídica" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1964.

Jan Osmañczyk, Edmund: *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Kbaushaak. Otto: "*A priori*" en *Diccionario de Filosofía*, trad. del ingles por Ana Domenec et alii, Grijalvo, Barcelona, 1980.

Kdhir, Moncef: *Dictionnaire Juridique de la Cour Internacionale de Justice*, 2ª. ed., Bruylant, Bruselas, 2000.

Lewis and Short: *A Latin Dictionary*, Oxford at the Caledon Press, Londres, 1969.

Lexicon Totius Latinatis, Tomo I, Gregoriana, Barcelona, 1965.

Messinger, H: *Langenscheidt's New College German Dictionary*, 4a. ed., Langenscheidt, Munich, 1973.

Pérez Nieto Castro, Leonel: *Terminología Usual en las Relaciones Internacionales*, Num. IV Derecho Internacional Privado, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Tercera Época, Serie Divulgación 17, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1981.

Real Académica Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. ed., Madrid, 1970.

Sánchez Viamonte, Carlos: "*Orden Público en la Evolución Contemporánea del Derecho*" en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.

Smith, Juan Carlos: "*El Orden Público*" en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, Omeba, Buenos Aires, 1964.

Tamayo y Salmorán, Rolando: "Orden Público" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo

VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984.

Thesavrvs Lingvae Latinae, Volumen III, fasc. VII, Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig, 1976.

Webster's Seventh New Colegiate Dictionary, 16a. ed., G. y C. Merriam Co., s/l., 1967.

III. LIBROS

Arellano García, Carlos: *Derecho Internacional Privado*, 10ª. ed., Porrúa, México, 1992.

Arellano García, Carlos: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª. ed., Porrúa, México, 2002.

Bentham, Jeremías: *Fragmento sobre el Gobierno*, trad. del inglés por Julián Larios Ramos, Sarpe, México, 1985.

Bishop, W.W.: *International Law. Cases and Materials*, 3ª ed., Little Brown and Co., London, 1963.

Bluntschil, Johann Kaspar: *Le Droit International Codifié*, 6ª ed., Pedone, París, 1886.

Bobbio, Norberto: *Teoria General del Derecho*, 5ª. reimp., trad. del italiano por Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1998.

Bodenheimer, Edgar: Teoría del Derecho, trad. del inglés por Vicente Herrero, 8ª reimp., Colección Popular No. 60, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Clarendon Press – Oxford, Great Britan, 1995.

Bugallo Alvarez, Alejandro: *Pressupostos Epistemológicos para o Estudio Científico do Direito*, Resenha Universitaria, Sao Paulo, 1976.

Casado Raigón, Rafael: *Notas sobre e Ius Cogens Internacional*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999.

Cassese, Antonio: *International Law in a divided World*, 4ª reimp. de la 1ª ed., Claredon Press – Oxford, 1986.

Castro Villalobos, José Humberto; *La norma de ius cogens en el Derecho Internacional*, Universidad de Guadalajara, México, 1981.

Correas Vázquez, Óscar: *Metodología Jurídica I. Una introducción filosófica*, 2ª. reimp. de la 1ª. ed.; Fontamara, México, 2003.

Del Vecchio, Giorgio: *Lezioni di Filosofía dei Dirito*, 13a. ed., Dott. A. Giuffré, Milán, 1965.

Deutsch, Karl W.: *Política y Gobierno*, trad. del inglés de E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Diez De Velasco, Francisco: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 3a. ed., Tecnos, Madrid, 1976.

Dworkin, Ronald M.: *¿Es el derecho un sistema de normas?*, trad. del inglés por Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., Cuadernos de Crítica 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1977.

Ebestein, William: *Teoría Pura del Derecho*, sin nota de trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

Fassó, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo III, 5ª. ed., trad. del italiano por José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1988.

Fognet, Renè: *Manuel Elementaire de Droit International Public*, 5ª ed., Arthur Rousseau, Paris, 1905.

García Máynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, 4a. ed., Porrúa, México, 1951.

——: *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México,1974.

——: *Diálogos Jurídicos*, Porrúa, México, 1978.

——: *Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana*, Porrúa, México, 1978,

——: "Discusión de Algunas Teorías Recientes Sobre la Noción del Orden Jurídico" en *Ensayos Filosóficos-Jurídicos 1934-1979*, Textos Universitarios, 2a. ed., UNAM, México, 1984.

Gómez Robledo, Antonio: *El Ius Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982.

Hart, Herbert L.A.: *Obligación jurídica y obligación moral*, trad. del inglés por Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica No.3, UNAM, México, 1977.

——: *El Concepto de Derecho*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, 1a. reimpr. de la 2a. ed., Nacional, México, 1980.

——: *Post Scriptum al concepto de Derecho*, Penelope A. Bulloch y Joseph Raz

Editores, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 13, UNAM, México, 2000.

Jiménez De Arechaga, Eduardo: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Técnos, Madrid, 1980.

Kelsen, Hans: *Principies of International Law*, Reinhart and Co., New York, 1952.

——: *Derecho y Lógica*, trad. del inglés por Ulises Schmill Ordoñes y Jorge Castro Valle, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica No. 6, UNAM, México, 1978.

——: *El Contrato y el Tratado*. Analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho, trad. del inglés de Eduardo García Maynez, Nacional, México, 1979.

——: *La Paz por el Derecho*, trad. del inglés por Constantino Ramos en Kelsen, Hans: *La idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, Nacional, México, 1979.

——: *Naturaleza del Derecho Internacional*, trad. del inglés por Florencio Acosta en Kelsen, Hans: *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Nacional, México, 1980.

——: *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. del alemán por Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia, Nacional, México, 1980.

——: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. del inglés por Eduardo García Maynez, 3a. reimp. de la 2a. ed., UNAM, México, 1983.

——: *Teoría Pura del Derecho*, trad. del alemán por Roberto J. Vernengo, 3ª reimp., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

Kolb, Robert: *Théorie du Ius Cogens International. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

Legaz Y Lecambra, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1945.

Mans Puigarnau, Jaime M.: *Lógica para Juristas*, 1ª. reimp., Bosch, Barcelona, 1978.

Margadant s., Guillermo: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 14a. ed., Esfinge, México, 1986.

Nardin, Terry: *La Ley y la Moral en la Relaciones entre los Estados*, sin nota de trad., EDAMEX, México, 1985.

Niboyet, Jean-Paulin: *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. del francés por André Rodríguez Ramón, Nacional, México, 1954.

Planiol, Marcel: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. francés por José M. Cajica Jr.,

12ª. ed., José M. Cajica, Puebla, 1946.

Popper, Karl: *En Busca de un Mundo Mejor*, trad. del inglés por Jorge Vigil Rubio, 2ª. reimp. de la 1ª ed., Paidos, Barcelona, 1995.

Preciado Hernández, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Textos Universitarios, UNAM, México, 1982.

Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. del alemán por Wenceslao Roces, 1a. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

Ragazzi, Maurizio: *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press – Oxford, New York, 1997.

Raz. Joseph: *El Concepto de Sistema Jurídico. Una Introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, trad. del ingles por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 93, UNAM, México, 1986.

Recasens Siches, Luis: *Tratado General de Sociología*, Porrúa, México, 1956.

Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Publico*, trad. del francés por Fernando Jiménez Artique, 3a. ed., Ariel, Barcelona, 1966.

Sáenz Arrollo, José *et al.*: *Técnica Legislativa*, Porrúa, México, 1988.

Seara Vázquez, Modesto: *Derecho Internacional Público*, 10a. ed., Porrúa, México, 1984.

Sepulveda, César: *El Nuevo Orden Jurídico Internacional: sus fundamentos y su viabilidad en Alcances y perspectivas del Nuevo Orden Internacional*, UNAM, México, 1980.

Søorensen, Max: *Manual de Derecho Internacional Público*, 1ª reimp. de la 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

Stadtmüller, Georg: *Historia del Derecho Internacional Público*, trad. del alemán por Francisco F. Jordán, Parte I, Aguilar, Madrid, 1961.

Stammler, Rudolf: *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. del alemán por Wenceslao Roces, Nacional, México, 1980.

Tamayo y Salmorán, Rolando: *El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 86, UNAM, México, 1984.

——: *Estudio Preliminar* en Hart, H.L.A: *Post Scriptum al concepto de Derecho,* Penelope A. Bulloch y Joseph Raz Editores, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 13, UNAM, México, 2000.

Tunkin, Grigory: *Curso de Derecho Internacional*, trad. del ruso por Federico Pita, Libro I, Progreso, Moscú, 1980.

Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, trad. del alemán por Antonio Truyol Sierra, 3ª. reimp. de la 6ª. ed., Aguilar, Madrid, 1982.

Vinogradoff. Paul: *Introducción al Derecho*, trad. del ingles por Vicente Herrero, Colección Breviarios No. 57, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

Virally, Michael: *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Von Glahn, Gerhard: *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, 7ª ed., Allyn and Beacon, Boston, 1999.

IV. OBRAS COLECTIVAS

Alvarez Gardiol, Ariel: "El Fundamento Ontológico del Derecho" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 66, UNAM, México, 1982.

Balekjian, Wahe H.: *"The Language of International Law"* en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 58, Volumen V, UNAM, México, 1981.

Beck, Anthony: *"Law is Text"* en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 66, UNAM, México, 1982.

Bodenheimer, Edgar: *Setenta y Cinco Años de Evolución en Filosofía del Derecho*, trad. del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, en LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo, UNAM, 1979.

Chiappini, Julio O.: "Analítica del Derecho y Problemas de Interpretación: ¿De ley o de conductas?" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 64, UNAM, México,1982.

Chirardi, Olsen: "Los caminos del razonamiento jurídico" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen IX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 71, UNAM, México, 1982.

Germam Belmont, Arturo: "En Torno al Concepto Moderno de Soberanía Política" en

Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Volumen VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 64, UNAM, México:1982.

Gómez Robledo, Antonio: "*Ius cogens* y *ius naturale*" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Volumen X, UNAM, México, 1984.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso: *Comentario al artículo 133 Constitucional* en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Textos y Estudios Legislativos, Núm. 59, UNAM, México, 1985.

García Máynez, Eduardo: "Vigencia, Justicia y Eficacia como Elementos de la Estructura Ontológica del Derecho" en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales No. 58, Vol. V, UNAM, México, 1981.

Hart, H.L.A.: "Mandatos y Razones Jurídicas dotadas de Autoridad" en *Isonomía. Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, No. 6, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1997.

Kelsen, Hans: *Principio de Igualdad de Soberanía de los Estados*, trad. del inglés por Enrique Ferrer Vieyra, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974.

Méndez Silva, Ricardo y Gómez Robledo Verduzco, Alonso: *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Legislativos No. 37, UNAM, México, 1981.

Recasens Siches: "La Filosofía del Derecho en México en el Siglo XX" en *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, UNAM, 1979.

Zaslawsky, Denis: *La Filosofía Analítica, Historia de la Filosofía*, Volumen 10, Siglo XXI Editores, México, 1981.

V. PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Carrió, Gerardo R.: "Dworkin y el positivismo jurídico" en *Cuadernos de Crítica*, No. 16, UNAM, México, 1981.

De La Colina, Rafael: "El principio de isonomia y la no intervención" en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 12, México, 1980.

Díaz Müller, Luis: "Deuda y Derechos Humanos" en *Revista de la UNAM*, No. 427, UNAM, 1986.

Elias, T.O.: "*Problems Concerning the Validity of Treaties*" en RC, Tomo 134, Leyden, 1972.

Escaip Karam, Jorge: "Las normas del *ius cogens* y los Derechos Humanos" en *Revista Mexicana de Justicia*. No. 1., Vol. IV, Procuraduría General de la República, México, 1986.

Fitzmaurice, Gerald G.: "*Reservations to Multilateral Conventions*" en ICLQ, Volumen 2, 1953.

Frowein, Jochen A.: "*Collective Enforcement of International Obligations*" en ZaöRV, 47, Jahrgag, Heft 1, 1987.

García Moreno, Víctor Carlos: "El *ius cogens* y los tratados" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXX, No. 117, UNAM, México, 1980.

Gómez Robledo, Antonio: "*Le Ius Cogens International: Sa genèse, ses functions*" en RC, Tomo 152, Leyden, 1981.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso: "El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma" en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad Iberoamericana, Núm. 12, México, 1975.

Gross, Leo: "*The International Court of Justice and The United Nations*" en RC, Tomo 124, Leyden, 1964.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios: "La Doctrina de la Jurisdicción o Competencia Universal y el Principio de Unilateralismo en Materia de Derecho Humanitario Internacional" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIII, No. 240, UNAM, México, 2003.

Hoogh, A.J.J.: "*The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspectiva*" en *Austrian Journal of Public and International Law*, Volumen 42 No. 2, Viena, 1991.

International Legal Materials, American Society of International Law, Vol. 8, No. 2, 1969.

International Legal Materials, American Society of International Law, Vol. 9, No. 2, 1970.

Kearney, Richard y Robert e. Dalton: "*Treaty on Treaties*" en AJIL, Volumen 64, Washington, 1970.

Kelsey, Tim y Andrew Higgins: "*China ships vital nuclear cargo to Iraq*" en *The Independent* on Sunday, 30 de septiembre de 1990, p. 1.

——: "*Pressure grows in China over nuclear sale to Iraq*" en *The Independent on Sunday*, 7 de octubre de 1990, p. 1.

Kolb, Robert: "*The Formal Source of Ius Cogens in Public International Law*" en ZOR, Band 53, Heft 1, Viena, 1998.

Paust, Jordan: "*The reality of jus cogens*" en *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 7, No. 1, Fall, 1991.

Puceiro Ripol, Roberto: "Desarrollos Actuales del ius cogens: El Fantasma Rompe su Hechizo" en *Revista Uruguaya de Derechos Internacionales*, Núm. 3, Montevideo, 1979.

Riphagen, Willem: *"From Soft Law to ius cogens and Back"* en *Victoria University of Wellington Law Review*, Volumen 17 No. 2, April, Wellington (Nueva Zelanda), 1987.

Schwelb, Egon: "*Some aspects of international ius cogens as formulated by International Law Comission"* en AJIL, Volumen 61, Washington, 1967.

Shindler, Dietrich: "*Contribution al'etude des Facteurs Sociologiques et Psichologiques du Droit Internationa*" en RC, Tomo 46, Leyden, 1933.

Verdross, Alfred: *"Jus dispositivum and ius cogens in Internacional Law"* en AJIL, Volumen 40, Washington, 1966.

Vierdag, E.W.: *"The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of treaties and States not party to the Convention"* en AJIL, Volumen 76, Washington, 1982.

VI. DOCUMENTOS CONSULTADOS VÍA INTERNET

A/56/10: *Responsability of States for Internationally Wrongful Acts (Draft articles)*, www.un.org/law/ilc/session/53/53sess.htm, 10 de nov. de 2002.

A/CN.4/L.614: *Reservation to Treaties (Titles and text of the guidelines by Drafting Committee)*, www.un.org/law/ilc/session/53/53sess.htm, 10 de nov. de 2002.

Barra Mexicana De Abogados: *Publicaciones*, www.bma.org.mx, 12 de ago. de 2002.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, www.ser.gob.mx, 15 de dic. de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, www.iccnow.org/html, 15 de nov. de 2002.

Galindez, Lorenzo V.: "El Concepto de Derecho y las Relaciones entre el Derecho y la Moral en H.L.A. Hart" en *Revista Prudentia Iuris,* No. 54,

www.eldia.com/home/prudentia/pru54.htm, 12 de jul. de 2002.

Huerta Ochoa, Carla: "Artículos Transitorios y Derogación" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, www.juridicas.unam.mx/publica/boletín/cont/102/art/art5.htm, 29 de jul. de 2002.

Imperatoris Iustiniani Opera, www.thelatinlibrary.com/justinian/digest2.shtml, 14 de oct. 2003.

International Court of Justice, Case Concerning East Timor, www.icj-cij.org/htm, 25 de ago. de 2002.

International Court of Justice: Case Summaries. Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, http://www.lawschool.cornell.edu/library/cijwww/icjwww/idecisions/isummaries.htm, 6 de mar. de 2003.

IT-95-17/1. Furundzija *"Lasva Valley"*, http://www.un.org/icty/cases/jugements-e.htm, 30 de oct. de 2003.

Mayers, R.: *Pholosophy 155*, www.csus.edu/indiv/m/mayersgr/phl155sampletest2.htm, 11 de jul. de 2002.

Orrego, Cristobal S.: "Antecedentes iusfilosóficos de 'El concepto del Derecho' de H.L.A. Hart" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, www.juridicas.unam.mx/publicaciones/boletín, 2 de ago. de 2002.

Perin Junior, Ecio: *A linguagem no Direito: Análise Semântica, Sintática e Pragmática da Linguagem Jurídica*, www.geocities.com/profpito/hermeneutica.html, 2 de sep. de 2002.

Semanario Judicial de la Federación, Tesis Seleccionada No. 522, Segunda Sala, Séptimo Época, Tomo VI, p. 343. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp, 25 de oct. de 2003.

Semanario Judicial de la Federación, Tesis Seleccionada, Segunda Sala, Quinta Época, Parte XCVII, p. 142. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp, 25 de oct. de 2003.

Semanario Judicial de la Federación; Tesis Seleccionada, Tercera Sala, Quinta Época, Parte CXX, p. 589. www.scjn.gob.mx/ius/default.asp, 25 de oct. de 2003.

The Jurisprudence of Constitutional Interpretation, faculty.ncwc.edu/toconnor/410/410lect02.htm, 25 de ago. de 2002.

Ujulic, Zika B.: *Ancient and modern Consepts of Lawfulness*, www.ulg.ac.be/vinitor/rida99/BUJUKLIC.pdf, 22 de jun. 2003.

Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties,

www.un.org/law/ilc/text/treasucc.htm, 20 de ene. de 2003.

Villasajona, Josep M.: "¿Cuándo cambian los Ordenes Jurídicos?" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 1, julio de 1998, www.uv.es, 4 de nov. de 2002.

Villepin, Dominique De: *Law, Force and Justice*. Discurso del Canciller de la República de Francia pronunciado el 27 de marzo de 2003 ante el *International Institute for Strategic Studies*, www.delegfrance-cd-geneve.org, 11 de may. de 2003.

ÍNDICE DE ESQUEMAS

ESQUEMA 1: La Conducta y su Regulación Jurídica . . 68

ESQUEMA 2: Principios a los que Responden las Distintas Especies de Normas Imperativas Convencionales . 90

ESQUEMA 3: Procedimiento por Violación de una Norma de *Ius Cogens* 105

ESQUEMA 4: Estructura de la Norma de *Ius Cogens* . . 128

ESQUEMA 5: Características de los Conceptos Jurídicos 140

ESQUEMA 6: La Estructura Normativa según Hart . 144

ESQUEMA 7: La Teoría Normativa de Hart y el *Ius Cogens* Internacional 152

ESQUEMA 8: El Núcleo Imperativo y el Orden Público. . 167

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Arellano García, Carlos: 227 a 228.

Austin, John: 8 a 10, 141, 144.

Bentham, Jeremías: 9.

Berkeley, George: 14.

Binding, Karl: 119.

Bobbio, Norberto: 70, 120, 121.

Brierly, James L.: 47.

Brownlie, Ian: 88, 203.

Carnelutti, Francesco: 119.

Castro Villalobos, José H.: 228 a 230.

De la Colina, Rafael: 230.

De Vecchio, Giorgio: 119, 120.

Deutsch, Karl: 138, 140.

Díaz Müller, Luis: 230 a 234.

Dworkin, Ronald: 7, 11, 13.

Escaip Karam, Jorge: 234 a 236.

Fitzmaurice. Gerald: 47, 88.

Frege, Gottlob: 5.

García Moreno, Víctor Carlos: 236 a 237.

Gómez Robledo, Antonio: 200, 237 a 241.

Hart, H. L.A.: 3, 4, 7 a 13, 17, 18, 59, 60, 141, 143 a 147, 150 a 155, 157, 160, 172, 179.

Kelsen, Hans: 10, 87, 121, 143, 180, 182, 184, 186.

Lauterpach, Hersch: 47, 178.

Leibniz, Gottfried Wilhelm: 14.

Lock, John: 14.

Olivecrona, Karl: 120.

Popper, Karl: 7, 11.

Probert, Walter: 16.

Radbruch, Gustav: 163.

Raz, Joseph: 13.

Ross, Alf: 120.

Russell, Bertrand: 5.

San Isidoro de Sevilla: 19.

Savigny, Friederich Carl: 40, 167.

Schwarzenberger, George: 177.

Seara Vásquez, Modesto: 241 a 242.

Sócrates: 5.

Suárez, Eduardo: 171.

Tamayo y Salmorán, Rolando: 130, 160.

Thon, Augusto: 119.

Timasheff, Nicholas, S.: 136.

Van Binkershöek, Cornelius: 53.

Virally, Michael: 140.

Von Ihering, Rudolf: 119.

Windscheid, Bernard: 21.

Wittgenstein, Paul: 14.

JUECES DE LA CIJ

Álvarez, Alejandro: 114.

De Castro, Federico: 89.

Moreno Quintana, Lucio Manuel: 42.

Schücking, Walter: 195 a 197.

Sette – Cámara, José: 207.

Singh, Nagendra: 208.

Zoricic, Milovan: 190.

JUECES DEL TPIY

Cassese, Antonio: 216.

May, Richard: 216.

Mwachande Mumba, Florence Ndepele: 216.

INDICE ANALÍTICO

Los números remiten a las páginas. Sólo se consideró el texto principal.

Aceptación: 38, 56, 58, 83, 235
  carácter dinámico: 59, 60
  como fenómeno social: 12
  de cláusulas: 87
  de facto: 178
  de una norma: 59, 146
  de reservas: 108
  efectos declarativos: 83

Actio Popularis: 99, 100

Acto: 174
  administrativo: 218
  coactivo: 37, 69, 71, 182
  colectivo: 139
  creador de ley: 120
  de agresión: 203
  de Estado: 89, 111, 135
  ilegítimo: 89
  ilícito: 182
  imparcial: 184
  internacional ilícito: 80, 89, 99, 100, 102, 216
  jurídico: 73, 74, 78 a 80, 85, 88, 160, 204
  jurisdiccional: 137, 175, 193
  unilateral: 88, 107, 112, 155, 203

Acuerdo en contrario: 30, 43, 57, 58, 112
  y derechos subjetivos: 67

Afganistán: 49, 139

Aguas Territoriales: 198, 207

Ambigüedad
  en textos jurídicos: 16, 57, 181

Amenaza: 155
  del uso de a fuerza: 27, 28, 31, 34, 50, 165

Amigable componedor: 93

Análisis: 6, 68, 141, 230
  de conceptos: 5, 9
  del Derecho: 10, 13, 122, 143
  del Derecho Internacional: 157
  del lenguaje: 14, 57

Análisis (continuación)
  de lo jurídico: 131, 160
  semántico: 15, 17, 173

Anulabilidad: 73

Apremio irresistible: 73
  medidas de: 31, 169

Arbitraje: 92 a 94, 105, 151, 186

Arbitral:
  decisión: 175, 185
  solución: 96

Armas
  de destrucción masiva: 84, 164
  termonucleares: 164

Arreglo
  de disputas: 107
  judicial: 92
  pacífico de controversias: 92, 186

Asamblea General de la ONU: 48, 97, 113, 139, 205, 209, 211, 228, 230, 235,

Atribuciones: 8,

Auctoritas totius orbis: 240

Autodeterminación: 60, 104, 106, 165, 207, 211, 212, 214, 232,233, 235

Autonomía: 37, 223
  de la voluntad: 75 a 77, 129, 155, 180, 200, 223, 227.
  máxima: 155.
  regional: 186.

Autoridad: 133, 198
  de la norma: 11
  de opiniones consultivas: 190
  de un procedimiento: 150
  de un texto legal: 146
  de una decisión: 151
  legislativa: 155
  para el reconocimiento: 143,
  para juzgar: 219

Barbados: 49

Bien Común: 62

Bonos mores: 242.

Bosnia Herzegovina: 139, 216

Brasil: 49

Buena Fe: 50, 53, 86, 238
en la Convención de Viena: 50 a 53
y *ius cogens superveniens*: 90
y obligaciones internacionales: 51

Camboya: 49

Canadá: 202

Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados: 231

Carta de las Naciones Unidas: 27, 51, 72, 92, 104, 168, 169, 170, 181, 208, 209, 211, 228

Caso
Actividades Militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua: 206 a 208
África Sudoccidental: 17, 97
Barcelona Traction Lihgt and Power: 101, 201 a 206
Boll: 42
Carelia Oriental: 186
Convención sobre Genocidio: 116, 199 a 201
Chinn, Oscar: 195 a 197
Demjanjuk: 219
Derechos de Ciudadanos de Estados Unidos en Marruecos: 89
Eichmann: 218
Estrecho de Corfú: 198 a 199
Furundzija, Arno: 215 a 220
Monetary Gold Removed from Rome: 213
Pruebas Nucleares: 51
Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán: 95
Sahara Occidental: 89
Timor Oriental: 208 a 215
Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania: 190

Chile: 49, 114

China: 164, 165

Ciencia
del Derecho: 11
jurídica: 141

Cláusula Potestativa de Jurisdicción Obligatoria: 94, 109, 151, 198

Clausulado
divisibilidad del: 90
indivisibilidad del: 79, 90

Coacción: 1, 22, 23, 24, 29 a 37, 182
carencia de: 31, 36, 130
concepto de: 30, 36
en del Vecchio: 120
en el ámbito internacional: 31 a 33, 69, 136
en Hart: 155
mecanismo de: 24, 33, 34
mínima: 140
y normas jurídicas: 36
y sanción: 69

Código: 127
Civil Federal: 25
de Hammurabi: 146

Coercibilidad: 29 a 37
como presupuesto jurídico: 36
concepto de: 30, 31.

Coexistencia: 42, 63, 77, 172, 199

Colombia: 49

Comercio: 53
ilícito de armas: 164
internacional: 84, 196
marítimo: 207

Comisión de Derecho Internacional: 4, 19, 46 a 48, 52, 55, 79, 80, 82, 84 a 86, 89, 93, 96, 99, 100, 103, 137, 239
desarrollos recientes en *ius cogens*: 56
y la reserva: 113 a 116

Compensación
igualdad por: 162, 176

Competencia: 126, 220, 232
consultiva: 190
de la Asamblea General: 97
de la Corte Internacional de Justicia: 95, 169
de la Corte Penal Internacional: 170
del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia: 170, 216

Competencia (continuación)
universal: 193
y reglas de adjudicación: 151

Comunidad de Estados en su conjunto: 28, 77, 94, 122, 132, 178, 227, 230, 236, 241
valores de la: 63.
y responsabilidad internacional: 81

Concepto
análisis de: 5
características del: 139.
de aceptación de una norma: 59
de *auctoritas totius orbis*: 240
de deberes mínimos de convivencia: 164
de derecho del obligado: 66, 127
de ilícito internacional: 182
de imperatividad: 119, 121, 122, 124, 148, 154, 242
de facultad: 126
de norma: 10
de obligatoriedad: 130
de orden público internacional: 41, 43, 76
de premisa endoxal: 137
de sanción: 69
de seguridad económica colectiva: 233
de soberanía: 230, 233, 234
ético: 51
genuino: 132
jurídico: 3, 9, 12, 150
puro: 238

Conciliación: 92

Congo Belga: 49, 195

Connotación: 15, 194

Consejo de Defensa Croata: 216

Consejo de Seguridad de la ONU: 18, 28, 33, 139, 168, 188, 193, 210, 211, 213, 228

Consenso: 63, 77, 137, 229, 239
multilateral: 112

Consentimiento: 12, 87, 110, 228
doble: 238
falta de: 186, 213
individual: 29
manifestación del: 111
unánime: 108, 109, 115
vicio del: 52
y jurisdicción: 191

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 26

Controversias: 93, 98, 107, 109, 116, 170, 178, 189, 191
arreglo pacífico de las: 92, 104

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: 2, 16, 19, 25, 46, 90, 101, 227
ámbito de valides material: 54
arreglo de disputas: 107.
como dato empírico: 17
conferencia sobre el Derecho de los Tratados: 55
estructura: 49
firma: 46, 49
irretroactividad de la: 78, 104.
procedimientos de nulidad: 91. 101
proceso de redacción: 48
y el Tercer Mundo: 49, 104.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: 95

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas: 94

Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados: 46, 53

Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio: 113, 116, 199 a 201
reservas a la: 114

Convenciones de Ginebra de 1949: 216, 219

Convenio de *St. Germain*: 196

Convenio de una Liga Permanente para el Mantenimiento de la Paz: 181

Convivencia: 38, 42, 63, 75, 128, 224, 225
deberes mínimos de: 67, 161 a 166

Cooperación:
internacional: 51, 211
voluntaria: 156
zona de: 212

Corte Internacional de Justicia: 17, 42, 47, 51, 71, 88, 94, 97, 99, 101, 106, 112 a 116, 137, 168, 169, 174, 187, 188, 189, 190, 192 a 194, 198 a 203, 205, 207, 208, 212 a 215, 220, 225
competencia de la: 95

Corte Internacional de Justicia (continuación)
desconfianza en la: 98, 109
jurisdicción obligatoria: 96, 98, 178

Corte Penal Internacional: 71, 170

Costa Rica: 49

Costumbre: 8, 116, 127, 142, 172, 173, 197, 199, 204, 219, 228, 237
defecto de la: 134

Cumplimiento: 51, 64, 65, 68, 100, 130, 231
de normas jurídicas: 24, 123, 138
de tratado: 87

Deber: 22, 66, 68, 69, 127 a 129, 142, 173, 200, 218, 223, 224
de obediencia: 8
de no hacer: 205, 206
jurídico: 30, 65
mínimo de convivencia: 67, 161 a 166, 167, 171, 201, 224, 225
ser: 36, 87, 121

Decisiones judiciales: 134, 172, 185

Denotación: 15

Derecho Internacional: 2, 4, 13, 18, 19, 25, 35, 37, 38, 43, 57, 59, 62, 67, 72, 75, 76, 79, 81, 82, 84, 88, 99, 102, 119, 122, 125, 136, 138, 140 a 142, 145, 159, 160, 163, 168 a 170, 181, 187, 190, 191, 194, 198, 199, 201, 204, 205, 215, 217, 220, 224, 225, 227, 228, 230, 232, 234, 236, 238, 240, 241
autotutela en el: 70
coacción lícita en el: 69
coercibilidad del: 31
como orden desarrollado: 132, 141, 145
consuetudinario: 207, 208
convencional: 60, 72, 112, 165, 179, 182
descentralización del: 71, 183
en la concepción de Hart: 153 a 157, 179
en la concepción de Virally: 140
fuentes principales: 134, 137, 171, 183
heterotutela en el: 95, 193
ineficacia del: 1, 140
Privado: 39, 41
y voluntad de los sujetos: 50

Derecho: 12, 13, 21, 23, 33, 34, 37, 38, 40 a 42, 51, 57, 59, 64 a 66, 69, 73, 74, 77, 81, 82, 88, 89, 100, 102, 103, 108, 112, 113, 115, 116, 119 a 121, 124, 125, 131, 133, 135, 136, 138, 141, 142, 144, 148, 150, 156, 157, 161, 162, 167, 172, 176, 182, 187, 190, 191, 194, 197, 202, 203, 206, 217, 228, 237, 239
a la vida: 228
abuso de: 232
adquirido: 79, 196
Agrario: 159
análisis valorativo del: 10
atributos del: 22
básico de la persona: 203
Ciencia del: 11
Civil: 53, 204
Comunitario: 31
Consuetudinario: 185, 186, 219
Convencional: 1, 80, 162, 219
de autodeterminación: 207, 211, 212, 214
de ejercicio obligatorio: 126, 127
de Familia: 159
de Gentes: 32
de la Integración: 31
de las Obligaciones: 204
de los Tratados: 46, 47, 48, 52, 56, 101, 173, 218, 242
de Paso: 168, 199
de representación: 213
definición del: 8
del Mar: 229
del obligado: 66, 67, 125 a 131
Económico: 165, 231, 232
erga omnes: 215
estructura del: 168
expectativa de: 79
Filosofía del: 7, 9, 185, 204, 240
fuente del: 149, 151, 152
Humanitario: 31, 215
igualdad de: 50
injusto: 163
interno: 25, 70, 89, 134, 139, 140, 149, 155, 160, 163
intertemporal: 84, 89
Natural: 241
objetivo: 67, 127, 182
Positivo: 9, 60, 111, 122, 132, 238, 241
primitivo: 140
principios generales del: 194
Privado: 40, 124, 126
Público: 40, 69, 122, 126
real: 204, 205, 206
Romano: 146
sin coacción: 130
supletorio: 168

Derecho (continuación)
Teoría del: 10
y coercibilidad: 30
y fuerza: 76
y lenguaje: 16 a 19
y moral: 8, 9, 52, 145

Derechos Humanos: 50, 97, 138, 163, 165, 216, 230 a 234, 236.
Cortes internacionales de: 71
y *ius cogens*: 219, 235

Derechos Subjetivos: 123
absolutos: 26, 99, 125, 206, 223
de ejercicio obligatorio: 29, 67, 68
ejercicio de: 65
relativos: 25, 26
y permisión completa: 127

Derogabilidad: 24

Desigualdad entre Estados: 162

Digesto: 20

Diplomacia: 51

Dolo: 197

Ecuador: 49, 104

Erga omnes: 2, 27, 29, 42, 67, 68, 72, 99, 128, 188, 194, 203 a 206, 214, 215, 217, 223, 224, 237, 239
y *ius cogens*: 100, 164, 190, 203

Esclavitud: 26, 27, 61, 77, 203, 229, 235

Esponsales: 24

Estado: 16, 25, 27, 29, 33 a 35, 41, 45, 50, 52 a 54, 58, 60 a 63, 72, 76 a 79, 83, 91, 94, 96, 98, 99, 101, 103, 110, 111, 113, 115 a 117, 120, 122, 132, 134, 136, 137, 139, 152 a 155, 162 a 164, 173, 176 a 178, 181, 184 a 189, 191, 192, 195, 196, 198 a 200 a 203, 206 a 211, 213, 215, 217 a 220, 227 a 238, 241.
continuidad internacional del: 43
desarrollado: 174
inobservancia como acto de: 135
Jefe de: 91
pequeño: 31, 193
práctica diplomática del: 18, 109, 239
represalias: 102
responsabilidad internacional del: 56, 80, 89, 100
sucesión de: 46, 53
tercermundista: 104
voluntad del: 28, 37, 155, 180
y legitimación: 31
y monopolio de la fuerza: 30

Estados Unidos: 6, 71, 76, 89, 95, 108, 116, 139, 206, 207, 208, 219

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: 48, 94, 109, 115, 137, 168, 169, 187, 189, 190, 198

Estatuto de la Corte Penal Internacional: 170

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia: 216

Etiopía: 97

Ex Iniuria Ius Non Oritur: 79

Extradición: 217, 218

Facultad: 8, 27, 28, 127, 128, 165, 223, 224
e imperatividad: 120
en Tamayo y Salmorán: 130
y derecho del obligado: 66 a 68
y derecho subjetivo: 126
y *ius dispositibum*: 126
y obligaciones *erga omnes:* 29
y obligaciones naturales: 130

Filipinas: 49

Filosofía Analítica: 4 a 7, 15

Filosofía del Derecho: 7, 185, 204, 240
divisiones: 9

Filosofía Lingüística: 11, 13
detractores: 13

Finlandia: 49, 186

Formalismo Lógico: 5

Francia: 5, 111, 178

Frontera internacional: 104, 106, 212

Fuente: 4, 51, 56, 151, 171 a 179
de Derecho Internacional: 49, 112, 120, 127, 134, 137, 152, 154, 171, 173, 183, 190, 199, 215, 219, 227, 228,
de Derecho: 149
de *ius cogens*: 172, 228, 237

Fuente (continuación)
primigenia del Derecho: 59
social del Derecho: 172

Función: 62, 236
de la norma: 87, 120, 127, 166
de reconocimiento: 147, 160
del *ius cogens*: 1, 3, 58, 125, 159, 179, 220, 224
noción: 160

Genocidio: 2, 61, 113, 114, 116, 199 a 201, 203

Ghana: 49

Gran Bretaña: 9, 195, 196, 198, 234

Guatemala: 49

Guerra: 32, 42, 61, 199
del Golfo: 139
Fría: 76, 153
Primera Mundial: 201
proscripción de la: 33
reglamentación de la: 32, 43
Segunda Mundial: 235

Guyana: 49

Hermenéutica: 127

Hidruro de Litio-6: 164

Honduras: 49

Igualdad: 43, 162
de derechos: 50
por compensación: 162, 176
soberana: 50, 162, 163, 207

Ilícito: 30, 33, 34, 72, 85, 102, 164
acto jurídico: 79, 99
internacional: 56, 80, 89, 100, 182
proceder: 65

Ilicitud: 56, 79, 92, 109, 237

Imperatividad: 1, 19, 21, 63, 64, 72, 112, 154, 159, 162, 165 a 167, 170 173, 177, 181, 219, 220
como categoría: 119 a 141, 148
y Kelsen: 182
y sentencias: 180

Imperium: 220

Incumplimiento: 24, 31, 65, 69, 129, 232

Independencia Política: 27, 43, 209, 211, 232, 233

Inderogabilidad: 29, 44, 81, 171
privada: 100

Inobservancia: 23, 24, 28, 30, 56, 57, 99, 124, 126, 145, 182, 197, 237
como acto de Estado: 63, 67, 135

Integridad
física: 228
territorial: 27, 28, 211

Intervención humanitaria: 139, 165, 176

Investigación:
El Derecho Internacional: 92
filosófica: 14
jurídica: 10
método de: 13, 15

Inveterata Consuetudo: 59, 173

Irán: 49

Ius cogens: 2, 4, 12, 16, 17, 19, 23, 24, 37, 43, 44, 54, 55, 61, 80, 90, 92, 99, 100, 101, 105, 107, 111, 112, 116, 125, 127, 135, 138, 151 a 153, 166, 167, 170 a 174, 178 a 180, 183, 188, 190 a 194, 196, 197, 203, 205, 208, 215, 218, 219, 220, 223 a 225, 227, 228, 230 a 232, 235 a 238, 240 a 242
bilateral: 162
como función: 2, 3, 62, 132, 159
como norma secundaria: 149
como norma *sui generis*: 4
contenido del: 2, 3, 29, 187
definición del: 166
determinación del: 159 a 166
e indivisibilidad del clausulado: 79
e integración de lagunas jurídicas: 135
en el Derecho interno: 124
etimología: 19 a 22
identificación del: 83
interpretación del: 106
naturaleza del: 26, 29, 64, 172
noción de: 57, 58
nulidad derivada de: 78, 98
perspectiva analítica: 9
regional: 162
reservas al: 103 a 117
superveniens: 83 a 89, 103, 151, 217
sustitución del: 80 a 83
y autonomía de la voluntad: 155

Ius cogens (continuación)
y coexistencia de los Estados: 63
y derecho del obligado: 67, 128
y jurisdicción obligatoria: 96
y obligaciones *erga omnes*: 100
y potencias intermedias: 163
y relaciones internacionales: 56
y responsabilidad de los Estados: 57

Ius dispositivum: 23, 29, 129

Ius Naturalismo: 4

Jamaica: 49

Japón: 79, 96, 106, 107, 108, 116

Juez: 42, 43, 47, 74, 89, 114, 150, 190, 195, 196, 197, 207, 208
ad hoc: 202
función internacional: 178, 179, 235
sin legislador: 134, 215

Jurisdicción: 95, 97, 115, 173, 179 a 194, 198, 213, 220, 225
inmunidad de la: 43
internacional: 71
obligatoria: 2, 94, 96, 98, 109, 141, 178, 198
y reglas de adjudicación: 150 a 153
universal: 217

Jurisprudencia Analítica: 3, 4, 6, 7 a 13, 15

Justicia: 13, 16, 62, 90, 117, 220
parámetros cambiantes: 82
procuración internacional de: 217
y heterotutela: 193

Kenia: 49

Laguna jurídica: 134
y *ius cogens*: 135

Leges perfectae: 72

Legislador: 10, 16, 38, 51, 73, 122, 134, 179, 182, 215

Legitima defensa: 28, 34

Lenguaje: 18, 57
estructuras lógicas del: 4, 6
ordinario: 5, 10, 13, 15 a 17
y efectos vinculantes: 17, 19
y Filosofía: 14
y pensamiento: 13

Ley: 26, 38, 39, 120, 126, 157, 210
conflicto de: 40
definición de: 19
dispositiva: 41
imperativa: 40
suprema: 111
y buena fe: 51

Liberia: 49, 97

Libertad: 26, 27, 74, 128, 130, 234
de contratación: 242
de expresión: 164
de los mares: 43, 77
de navegación: 196
de obligarse: 53
fundamental de los Estados: 50
privación de la: 69

Madagascar: 49

Mal semántico: 18

Mala fe: 51, 80

Mandato colectivo: 10

Marruecos: 49, 89

Mediación: 92, 186

Medio ambiente: 84

Método: 4, 5, 10, 13 a 18, 47, 148, 233
analítico: 7

México: 24, 26, 27, 46, 49, 171, 172, 227

Misil: 164

Monopolio de la Fuerza: 142

Moral: 8, 9, 145, 168, 172
y obligaciones internacionales: 52

Negociación: 92, 176, 177

Nepal: 49

Nigeria: 49

No intervención: 165, 207, 230

No-deber-ser: 87

Norma: 15, 24, 27, 30, 32, 36, 42, 44, 51, 52, 119 a 123, 127 a 130, 133, 134, 145, 148, 159, 162, 163, 169, 174 a 177, 181 a 183, 185 a 187, 194, 197 a 199, 202, 203, 208, 235, 236, 239

Norma (continuación)
ad hoc: 24
adjetiva: 150
carente de sanción: 31
coercitiva: 22
consuetudinaria: 43, 175
convencional: 43, 175, 227
de adjudicación: 151, 152, 170, 173
de *ius cogens*: 3, 4, 21, 24, 26, 29, 57, 125, 128, 132, 135, 138, 166, 167, 170, 172, 173, 178 a 180, 190 a 194, 215, 217, 225, 228, 231, 237, 241
de Orden Público: 22, 173
de reconocimiento: 12, 147, 149
dispositiva: 24, 26, 43
escrita: 146
extranjera: 40
fundamental: 52, 230
hipotética: 9, 220
imperativa: 2, 22, 23, 29, 37, 55, 57, 122 a 124, 140, 149, 160, 161, 164, 165, 172, 190, 216, 219, 220, 223, 224, 229, 230, 232, 234, 238, 240 a 242
judicial: 43
obligatoria: 22, 43, 126, 128, 142, 154, 172
perentoria: 2, 22, 29, 56, 217
primaria: 8, 11, 150, 152, 166, 167, 171, 173, 219, 224
secundaria: 8, 11, 150, 153, 166, 171, 173, 179, 224, 225
según Kelsen: 10, 121
sistema de: 141, 146
sociales: 144
supreviniente: 238
taxativa: 22
teoría de la: 4, 11
y *utilitas publica*: 164

Núcleo Imperativo: 17, 157, 159 a 161, 168, 171, 201, 205, 225
definición: 179
y orden público: 166

Nuevo Orden Internacional: 162

Nulidad: 1, 42, 80, 87, 92, 96, 98, 182, 239, 242
absoluta: 72, 73, 85, 88, 96 a 99, 102, 103, 237
acción de: 73
causales de: 75, 98
como sanción: 58, 68 a 81, 181
de los tratados: 54, 55 a 83

Nulidad (continuación)
de pleno derecho: 73, 74
declaratoria de: 74, 79, 101, 102
definición: 75
efectos: 78, 81, 86, 93, 98, 130, 182, 197
ex nunc: 88, 103
naturaleza de la: 72
relativa: 73
teoría de la: 72, 84
y *ius cogens superveniens*: 86
y mandato imperativo: 124
y orden público: 75

Obediencia: 8, 156, 218
habito de: 59, 139, 140, 147

Obligación: 9, 25, 27, 28, 56, 66, 100, 102, 126, 127, 146, 168, 187, 195, 197, 214
autoimpuesta: 154
de no hacer: 27, 201, 204
de reparación: 100
definición de: 126
dispositiva: 130
erga omnes: 29, 67, 128, 164, 188, 190, 204
internacional: 89
moral: 9
perentoria: 80

Obligatoriedad: 22 a 24, 31, 130, 172, 219
del Derecho Internacional: 163, 230

Opinión Consultiva: 17, 89, 113, 176, 186, 193, 194, 200
y reglas de reconocimiento: 152

Opinión Pública: 35, 95
Internacional: 34, 36, 156, 185, 192
concepto de: 34

Orden Jurídico: 3, 4, 11, 22, 23, 31, 58, 119, 120, 122, 127, 142 144, 146, 160, 166, 182, 185, 204, 212, 225
centro del: 143
incertidumbre en el: 60, 61
internacional: 3, 55, 62, 157, 165, 173, 180, 183, 194, 221, 230
nuevo: 87
sanciones en el: 69, 70
según Hart: 141 a 145, 155
y *ius cogens*: 9
y normas primarias: 171
y reglas de reconocimiento: 145

Orden Público: 1, 37 a 44, 72, 116, 128, 188, 192, 206, 224, 238
concepto de: 76
internacional: 17, 22, 56, 80, 85, 99, 163,166, 173, 194, 197, 200, 219, 229, 236, 237, 239
universal: 2
violaciones al: 161
y *actio populais*: 99
y normas imperativas: 56, 57
y nulidad como sanción: 75

Organismos Internacionales: 35, 46, 54, 69, 72, 76, 173, 174
presión ejercida por: 95
resoluciones de los: 62, 183, 228

Organización de las Naciones Unidas: 33, 46, 50, 93, 165, 168, 169, 188, 189, 198, 211

Pacta sunt Servanda: 52, 53, 169, 175, 241
y premisas endóxales: 138

Pacta tertiis nec nocent nec posunt: 204, 228

Pacto de la Liga de las Naciones: 181

Pago:
lugar en que debe realizarse: 25

Pandectistas: 21

Permisión
completa: 127

Perú: 49

Piratería: 43

Policía Mundial: 185

Positivismo: 9, 59
analítico: 8
jurídico: 3, 10
lógico: 5

Pragmatismo: 6

Preclusión: 56

Premisa: 16, 234
endoxal: 137, 138, 140, 175

Presión social: 63, 143, 145
difusa: 150
y Derecho Internacional: 154, 156

Principios: 38, 49, 50, 53, 84, 137, 181, 207, 215, 229, 230, 232
apriorísticos: 64
de Derechos Humanos: 201, 203
de la ONU: 27
del orden público: 43, 192
jurídicos: 11, 42, 51, 131, 172, 193, 194, 199, 200, 237, 238, 241, 242

Realismo Escandinavo: 6

Rebus sic stantibus: 103, 106, 231, 232

Reconocimiento: 2, 58 a 63, 88, 94, 143, 178
colectivo: 194
de iure: 212
falta de: 140
función de: 160
normas de: 12
reglas de: 145 a 148, 149, 151, 152, 159, 168, 173, 176
y *ius cogens*: 58, 83, 132, 133, 236, 241

Regla: 80, 95, 125, 134, 137, 141 a 144, 153 a 155, 157, 159, 161, 165, 166, 171, 176, 190, 196, 199, 201, 203, 208, 216, 218, 225, 236
auto-impuesta: 143
de adjudicación: 150 a 153, 169
de cambio: 148 a 150, 170
de interpretación: 18
de reconocimiento: 145 a 148, 168, 173
sustantiva: 107

Relaciones:
comerciales: 162
internacionales: 27, 31, 35 a 37, 42, 50, 56, 102, 107, 109, 170, 181, 199, 227, 235, 238, 242
jurídicas: 24, 130, 136, 147, 178, 202, 205, 206, 208
sociales: 81, 82, 120

Reparación: 100, 196

Represalias: 102

Rescisión: 69, 71

Reservas: 200
al *ius cogens*: 12, 103 a 117

Responsabilidad:
colectiva: 76
de los Estados: 56, 72, 80, 89, 99, 100, 206
penal: 218

Restitutio ad principium: 78

Retroactividad: 54, 78

Revolución de los Claveles: 209

Río Congo: 196

Sanción: 1, 22, 24, 30 a 32, 78, 80, 119, 129, 140, 145, 150, 181, 182
centralización de la: 70, 124
declarativa: 72, 102
internacional: 71
noción de: 69, 70
nulidad como: 58, 68 a 81, 197
y coacción: 69
y orden jurídico: 69, 70

Secretaría General de la ONU: 46

Seguridad:
colectiva: 33, 34, 63, 76, 185
de los extranjeros: 77
económica colectiva: 233
jurídica: 45, 100, 106, 109, 117, 142, 147, 163, 193, 225

Semántica aplicada al Derecho: 16

Sentencia: 17, 97, 150
como norma: 121, 127
declarativa: 169, 175
internacional: 152, 187, 189, 190, 192 a 194, 198, 201, 202, 206, 207, 208, 214 a 217, 219

Sinalagma: 204

Siria: 104, 106, 107, 109, 116

Sistema Jurídico: 1, 9, 12, 80, 82, 224
noción mínima: 148
optimo: 140
y núcleo imperativo: 159, 166, 179

Soberanía: 132, 140, 176, 185, 196, 199, 207, 220, 230 a 234, 237
económica: 231
sobre recursos naturales: 212
violación a la: 198

Sociedad: 8, 39, 56, 64, 82, 120, 145, 155, 156, 225
civil: 192
de Naciones: 97, 184, 186, 187, 196
internacional: 81, 95, 99, 124, 142, 192, 204, 229, 230. 234

Soft law: 23

Sudáfrica: 97

Sudán: 49

Suecia: 107, 108, 116

Suiza: 96

Suprema Corte de Justicia:
de Estados Unidos: 219
de Israel: 218

Sustitución de la norma imperativa: 58, 81 a 83

Teatry-making power: 75

Tempus regit factum: 89

Teoría: 11
de la nulidad: 84
de las obligaciones: 205
de los juicios hipotéticos: 121
del derecho intertemporal: 88
del Derecho: 10, 140, 240
del método analítico: 7
del orden jurídico: 9, 120
del orden público: 38
normativa: 4, 10, 11, 141, 148, 151, 224

Tortura: 216 a 219, 228

Tratado de Ultrech: 234

Tratado: 45, 47, 51, 52 a 55, 57, 60, 68, 78, 80, 81, 84, 87, 88, 90, 102, 103, 152, 155, 169, 173, 175, 178, 180, 183, 191, 197, 204, 212, 214, 218, 242
adopción del texto: 25
celebración de: 18, 26, 52, 86
como Derecho objetivo: 127
como fuente: 49, 134, 149, 154, 172, 219, 228
de fronteras: 104
de paz: 45, 186, 190
efectos del: 78, 85, 181
estabilidad del: 96, 97
indivisibilidad del: 79
interpretación del: 169
inviolabilidad del: 43
multilateral: 25, 84, 237
objeto del: 75, 77, 79
preexistente: 78
sobre Derechos Humanos: 216

Tratado (continuación)
suspensión del: 92, 93
universal: 172

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: 218

Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia: 170, 215, 216 a 218, 220

Tribunal Permanente de Justicia Internacional: 185, 186, 188, 195

Trinidad y Tobago: 49

Túnez: 107 a 109, 116

Tutela: 70

Uruguay: 49

Uso de la Fuerza: 28, 50, 76, 140
al servicio del Derecho: 34
justificado: 33
monopolio del: 142
restringido: 142

Utilitas Publica: 164

Validez: 54, 135, 138, 146
del Derecho: 12
de la norma: 59
y *ius cogens*: 3

Verdad de razón: 131

Vicio: 52, 197

Violación:
de Derechos Humanos: 230, 231, 233
de la libertad de expresión: 164
de la soberanía. 198
de una norma: 52, 72, 74, 81, 84, 98, 102, 104, 178, 197
del orden público internacional: 99
delito de: 216

Voluntad: 2, 27 a 29, 37, 40, 42, 58, 64, 74 a 77, 121 a 123, 129, 147, 153, 155, 167, 168, 180, 223, 227, 228
limitaciones a la: 124, 200, 215
política: 161
vicio de la: 197

Yugoslavia: 194

Zambia: 49