

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

EL PAPEL DE LAS NORMAS DE JUS COGENAS EN EL ACTUAL ORDEN  
JURÍDICO INTERNACIONAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA:  
ANGELINA MONTSERRAT VIDAL LEÓN

ASESOR: ERICK TARDIF CHALIFOUR

MÉXICO, D.F, ENERO 2008.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

**A mis padres. Gracias por darme la vida; por mostrarme día a día el camino, pero sobre todo a ser libre y responsable; por enseñarme a soñar y a luchar por ser cada día un mejor ser humano; por sus infatigables esfuerzos; por todo su amor y hacer de mi todo lo que ahora soy; por estar conmigo en este momento. Esto es para ustedes.**

**A Agus, por ser un gran hermano. Gracias por los juegos y las experiencias compartidas, pero sobre todo gracias por todo tu cariño y cada una de tus enseñanzas. Te quiero muchísimo.**

**A Chris, Gracias por ser mi motor en muchísimos aspectos; por compartir contigo los juegos, las tareas, los sentimientos, las experiencias y las metas. Te extraño, pero sé que siempre estaremos juntos.**

**A la Universidad Nacional Autónoma de México,**

**A mi querida Facultad de Derecho,**

**A mi inolvidable Escuela Nacional Preparatoria  
Plantel 2 “Erasmus Castellanos Quinto”.**

A mi yayo y a mi abuelita, por cada momento que compartí con ustedes. Los llevo siempre en el corazón.

A mi tía Montse. Las palabras pueden sobrar contigo. Gracias por haber estado en este mundo. Estoy segura de que donde quiera que estés, te sentirás muy feliz por esto.

Al meu tiet Amadeu i a la meva tieta Assumpssió perquè tot i la distància física que ens separa, de vostres he après la convicció i el coratge per a afrontar qualsevol circumstància. Al mateix temps també els voldria agrair, la seva noblesa i atenció cap a tot nosaltres. Ens tornarem a trobar aviat. Amb molt d'afecte.

A mis padrinos, Joel León Hernández y Beatriz Elvira León de León, por estar conmigo desde que nací. Gracias por toda su fortaleza, el cariño que me han brindado y el cuidado que han puesto a cada uno de mis pasos desde niña y hasta hoy. Dios les bendiga.

A mi tía Carmelita y mi tío Nicho, por enseñarme desde el lado más sencillo, su grandeza como seres humanos. Gracias por ser parte de mi vida. Los llevo siempre en el corazón. Dios les bendiga.

A todos mis primos, en especial a Miguel Ángel, Lorena, Silvia, Uriel, Fabricia, José Luis, Mario Alberto, Quique, Verónica, Dionisio, Pepe Chuy, Juan Pablo, Alejandro, Isela, Edelmira, Antonio, Rafa, Noe, Liliana León Cerrillo y Liliana Hernández Velásquez, por todo su cariño, enseñanzas y apoyo en cada paso de mi vida.

A todos mis sobrinos, a quienes no terminaría de nombrar, por transmitirme su alegría y su inocencia. Gracias también por compartir conmigo sus travesuras y contar con su confianza. Siempre estaré con ustedes.

A ti David Grant porque de repente apareciste en mi vida y alimentaste mis sueños; por confiar en mi y enseñarme a confiar en ti; por abrirme las puertas de tu vida; por apoyarme en todas las decisiones; por tu sencillez; por ser simplemente tú y compartir este y todos los momentos futuros. More than words... Love you so much!

A mis amigos de la Facultad de Derecho, de Australia, de Manuel Doblado, Gto, de Espacio de Vinculación, A.C., de la Nascar México Corona Series y a ti Sophía López Bassols, por permitirme compartir con ustedes un sin fin de cosas y estar conmigo en los diferentes momentos de mi vida.

A María Lizett Aceves Serrano, gracias por tu incondicional amistad y las aventuras que hemos compartido. Aunque pienses lo contrario, yo estoy segura de que siempre estaremos juntas. Te quiero mucho. Gracias por estar en mi mundo.

A Manuel Alejandro Sánchez Sánchez por tu amistad y tu cariño. Gracias por aquellos y estos tiempos. Estoy segura también de que siempre estaremos juntos.

A ti Isaac, no sólo por haber comenzado conmigo, sino porque a partir de entonces entendí que la sensibilidad jamás tomará como significado debilidad. ¡Gracias escuincle!

A Gabriela y la familia Treviño, por quererme, consentirme, entenderme y no dejarme nunca.

A Kevin, Iccarus, Steve, Paddy, Dawn, Andrew, Katy, Alex, Rich, Jenny, tío Philip y tío Paul, por todo el apoyo que me han brindado desde que les conocí.

A mi maestro César Callejas, Antonio Piccato, Fausto Ledesma, Rodrigo Brito, Silvia, Evelyn, Leonel, Rosy y Christian por ser además de mis compañeros de trabajo, grandes amigos de quienes nunca olvidaré todas las experiencias vividas.

A Clarita, José Luis, Josué, Reyna, Lety, Rodolfo, Jose, Rafa y Abraham (Mr. Increíble), gracias por su amistad y todo el apoyo que me brindaron durante mi estadía en la Facultad de Derecho.

Al Doctor Fernando Serrano Migallón. Gracias por todos sus consejos y enseñanzas en el aula y fuera de ella, pero sobre todo gracias por el cariño y la confianza depositada en mí durante todo este tiempo. Siempre estará en mis pensamientos.

Al Maestro Luis Gustavo Arratíbel Salas. Gracias por todo su cariño, su confianza y cada una de sus enseñanzas... por su fortaleza y entereza como ser humano.

A la Doctora María Elena Mansilla y Mejía. Gracias no sólo por la dedicada revisión de este trabajo, sino por cada una de las enseñanzas transmitidas fuera del salón de clases. Gracias por enseñarme una gran parte de usted. Con todo el cariño.

Al Doctor Eric Tardif, por la dirección de esta tesis, pero sobre todo por las profundas discusiones sobre este tema y las deliciosas charlas sobre muchos otros. Gracias por tu confianza, tus enseñanzas, por la invaluable amistad y por la complicidad que estará con nosotros sin importar el lugar o la ocasión. Siempre estaremos juntos.

Gracias a todos mis maestros, por todo el conocimiento transmitido dentro de los salones de clase y fuera de ellos. Gracias también por su amistad, su confianza, los momentos amables y por estar conmigo en todos los momentos de dificultad durante mi estadía en la Facultad de Derecho. De cada uno de ustedes me llevo algo importante.

Al Doctor Gastón Melo, Sofía Rodríguez, Félix Cortés y Guillermo Cerón, de Espacio de Vinculación, gracias por todo el apoyo que me han brindado y la confianza que en mí depositaron.

Gracias al Lic. Guillermo Pablo López Andrade, no sólo por la oportunidad que me dio, sino por su amistad, sus invaluable consejos y por creer en mí. Esté seguro de que siempre contará conmigo.

A Don Federico Mayor Zaragoza, por aquellas palabras que algún día cruzamos... palabras que en gran medida, me hicieron creer en la humanidad. *Jo no pot dir una altra cosa més... solo moltíssimes gràcies doctor!*

Al Doctor Luis Tiburcio, porque sin conocerme siquiera un poco, me tendió la mano y me abrió las puertas de la UNESCO. Gracias Doctor por confiar en mí, prometo no fallar. Con todo el cariño.

A los investigadores de la TC Bernie School of Law en la Universidad de Queensland, Jennifer Corrin y Anthony Cassimatis con quienes tuve la oportunidad de colaborar en sus escritos en materia de derechos humanos. ¡Muchísimas gracias! Look forward to working with you again!

# ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	1
CAPÍTULO 1	
Un acercamiento a la idea de ius cogens	
1.1. DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA Y SEMÁNTICA DEL TÉRMINO IUS COGENS .....	6
1.2. DESARROLLO DOCTRINAL DEL CONCEPTO IUS COGENS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, PREVIO Y DURANTE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969 .....	8
1.3. DEFINICIÓN CONVENCIONAL DEL CONCEPTO DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS).....	19
1.3.1. LA EXPRESIÓN IUS COGENS DENTRO DE LA CONVENCION DE VIENA.....	20
1.3.2 LA NOCIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL DENTRO DE LA CONVENCION DE VIENA .....	25
1.3.2.1. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS DE IUS COGENS.....	26
1.3.2.2. DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.....	28
1.3.2.3. COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO.....	31
1.4. FIGURAS ANÁLOGAS AL IUS COGENS.....	34
1.4.1. EL IUS PUBLICUM EN EL DERECHO ROMANO .....	34
1.4.2. EL DERECHO DIVINO EN EL DERECHO CANÓNICO .....	39
1.4.3. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNO .....	45
CAPÍTULO 2	
Evolución histórica de los conceptos de derecho y comunidad internacional y su relación con la idea de ius cogens	
2.1. LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL.....	53
2.2. LA COMUNIDAD DE ESTADOS DURANTE LA EDAD MEDIA .....	54
2.2.1. LA COMUNIDAD ARABIGO-ISLÁMICA DE ESTADOS. ....	56
2.2.2. COMUNIDAD CATÓLICA DE ESTADOS.....	57
2.3. INFLUENCIA DE LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA EN LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES.....	59
2.4. LA PAZ DE WESTFALIA: EL NACIENTE SISTEMA DE ESTADOS EUROPEOS.....	69

2.4.1. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA IUSNATURALISTA DEL SIGLO XVII EN EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES.....	70
2.4.2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES EN EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA DEL SIGLO XVIII.....	75
2.5. LA TRANSICIÓN EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL SIGLO XIX .....	85
2.6. UN NUEVO ORDEN MUNDIAL HACIA LOS INICIOS DEL SIGLO XX .....	90
2.7. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL HACIA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX .....	93
2.7.1. LA CREACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	94
2.7.2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DURANTE LA GUERRA FRÍA .....	99
2.7.3. LA DESCOLONIZACIÓN. EL SURGIMIENTO DE NUEVOS ESTADOS ... ..	101
2.8. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DESPUÉS DEL FIN DE LA GUERRA FRÍA .....	105

### CAPÍTULO 3

#### *Ius cogens. Su incorporación en el orden jurídico internacional*

3.1. NATURALEZA DISPOSITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL .....	109
3.2. UBICACIÓN DEL IUS COGENS EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS .....	113
3.2.1. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.....	113
3.2.2. TRATADOS MULTILATERALES COMO FUENTE DEL IUS COGENS.....	119
3.3. EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO Y EL IUS COGENS.....	123
3.4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DE IUS COGENS .....	132
3.5. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL CON STATUS DE IUS COGENS.....	139
3.5.1. PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA. EL CRIMEN DE AGRESIÓN.....	139
3.5.2. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.....	143
3.5.3. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES.....	148
3.5.4. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO .....	151

### CAPÍTULO 4

#### La Comunidad Internacional en el orden mundial actual

4.1. UN ACERCAMIENTO A LA 'COMUNIDAD INTERNACIONAL' EN LA ACTUALIDAD .....	155
4.1.1. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ¿ES LA EXPRESIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL? .....	162
4.1.2. LOS ESTADOS UNIDOS Y SU PAPEL HEGEMÓNICO EN EL ORDEN INTERNACIONAL .....	167
4.3. LA GLOBALIZACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL.....	175
4.3.1. LA GLOBALIZACIÓN. SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.....	180
4.4. EL ESTADO Y LA SOBERANÍA EN EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL.....	182
4.5. LA PRESENCIA DE NUEVOS ACTORES DE LA COMUNIDAD.....	188

4.6. EL MULTICULTURALISMO EN EL DESARROLLO DEL DERECHO Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL .....	195
---	-----

## CAPÍTULO 5

el ius cogens en el orden jurídico internacional actual

5.1. DERECHO INTERNACIONAL. ENTRE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU FRAGMENTACIÓN .....	203
5.1.1. HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL .....	203
5.1.2. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	217
5.1.1.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO LEX DEROGAT LEGI GENERALI .....	220
5.1.1.2. LOS REGÍMENES AUTÓNOMOS .....	221
5.1.1.3. CONFLICTOS ENTRE NORMAS SUCESIVAS.....	222
5.1.1.4. PROLIFERACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES .....	224
5.3. SOFT LAW, ARTÍCULO 103, OBLIGACIONES ERGA OMNES Y IUS COGENS ¿JERARQUÍA DE NORMAS EN DERECHO INTERNACIONAL? .....	227
5.3.1. EL SOFT LAW Y SU VINCULACIÓN CON EL IUS COGENS .....	228
5.3.2. ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS .....	231
5.3.3. LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES Y LA NOCIÓN DE IUS COGENS .....	238
5.4. EL PAPEL DEL IUS COGENS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.....	246
5.5. EL IUS COGENS Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA .....	249
5.5.1. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. SU PAPEL EN CENTRAL EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL .....	251
5.5.2. ¿UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL IUS COGENS? .....	259
<i>CONSIDERACIONES FINALES</i> .....	265
<i>CONCLUSIONES</i> .....	274
<i>BIBLIO -HEMEROGRAFÍA</i> .....	278

## INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que desde siempre, han generado mayor atención entre los estudiosos del derecho internacional, es precisamente aquella que refiere a su propia naturaleza. A lo largo de la evolución histórica del 'derecho de gentes', diversas han sido los debates generados entre los más grandes *iusfilósofos* de todas las épocas, en torno a la existencia y fundamento mismo del aun denominado 'derecho internacional', a través de las cuales se ha intentado ubicar su sentido de existencia, bien sobre las bases de la teoría *iusnaturalista*, bien sobre los cimientos del positivismo jurídico, primordialmente a partir del siglo XIX, cuando con el pensamiento de célebres juristas de la talla de Friedrich Triepel, Dionisio Anzilotti y Georg Jellinek y los importantes acontecimientos políticos de aquella época.

De este modo, los Estados, todos ellos soberanos y aunque que no *de facto*, jurídicamente iguales, miembros de una comunidad internacional aún no organizada, serían a principios del siglo XX, los únicos sujetos de derecho internacional, en donde la guerra constituiría el último instrumento para hacer cumplir el derecho y salvaguardar el honor y el interés de cada uno de ellos. En consecuencia, acorde con aquella visión meramente positivista, el único fundamento que daba entonces sentido, al derecho internacional era invariablemente el consentimiento de cada uno de estos sujetos, lo que significa que ante la falta de un órgano *supraestatal*, encargado de emitir las normas jurídicas que habrían de cumplir los Estados, éstos se convertían en creadores y al mismo tiempo, en receptores de las normas jurídicas internacionales. Así pues, desde aquel momento el consentimiento estatal a tales normas, constituyó la principal base de existencia del derecho que habría de regularlos.

Si bien es cierto entonces que para 1927, año en que la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió al carácter voluntarista del derecho internacional, podía hablarse de una 'comunidad internacional' un poco más organizada, al existir ya desde 1919, la denominada 'Sociedad de Naciones', también lo es que en aquel momento la máxima preocupación de aquellos Estados miembros de esta organización era garantizar, a través de la unión de cada uno de ellos, su seguridad colectiva contra alguna eventual agresión por parte de otro Estado.

Así entonces, fue hasta 1945 cuando como consecuencia de los crímenes cometidos durante la Segunda guerra mundial, los Estados que integraban aquello que pudiéramos llamar ya, 'comunidad internacional', decidieron dar origen a la Carta de

las Naciones Unidas, instrumento hoy considerado por algunos como el documento constitutivo de la comunidad internacional actual y por otros al menos, como un embrión de constitución internacional.

A partir de todo esto, parece importante tener presente el desarrollo histórico del derecho de gentes, en conjunción con el concepto de 'comunidad internacional' y de este modo, emprender el tratamiento de nuestra idea principal: el *ius cogens*. De todo lo anterior, debemos tener presente que para las 50 Estados que en aquella época se reunieron en la Conferencia de San Francisco para dar lugar a la Carta de las Naciones Unidas, no bastaba organizarse para garantizar únicamente su propia seguridad ante la posible agresión de otro Estado.

Más aun, como consecuencia de las atrocidades que para aquel entonces habían conmovido a la humanidad entera, fue planteada la necesidad de constituir una Organización con objetivos distintos y completamente definidos por la época, donde el concepto de soberanía, atributo esencial de cada Estado, debía ser entendido de modo distinto al que se tuvo en la Paz de Westfalia, en 1648 y abrir el paso a una idea de 'comunidad internacional', como tal, cuyo fundamento, determinado ya no exclusivamente por los intereses individuales de cada Estado sino al contrario, por valores fundamentales e intereses comunes a toda ella, marcarían entonces el rumbo que habría de tomar en ese momento el derecho internacional, éste dentro de un esquema meramente positivista.

En este orden de ideas, en 1968 durante la Conferencia que un año más tarde diera lugar a la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS de 1969, se discutió por primera vez de manera oficial, el concepto de *ius cogens*, mismo que había intentado ser estudiado desde 1958 por los relatores de la Comisión de Derecho Internacional. Así, la introducción de la idea de *ius cogens* dentro de la Convención de Viena de 1969, como limitante a la libertad de contratación, estuvo determinada bajo la influencia del derecho natural. En este sentido, los Estados, en sus relaciones contractuales, estaban obligados a respetar ciertos principios fundamentales profundamente enraizados en el concepto de comunidad internacional en contraposición al derecho positivo, que proclama como fundamento del derecho internacional, su carácter esencialmente consensual y en consecuencia, la completa o casi completa libertad de cada Estado para celebrar cualquier tipo de pactos entre ellos.

Sin embargo, una visión estrictamente *iusnaturalista* del concepto de *ius cogens* trajo consigo un sinnúmero de debates, no sólo acerca del modo en que este tipo de normas debían surgir al sistema jurídico internacional positivo, integrado principalmente por los pactos celebrados por los Estados y el derecho internacional consuetudinario, sino también sobre quién y cuál tendría que ser el contenido sustancial de tales normas.

Después de varias discusiones al respecto, el *iuspositivismo* o mejor, el fundamento voluntarista del derecho internacional volvió a cobrar importancia al adoptarse el texto final del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que establece que:

*“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 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”.*

No obstante lo anterior, en nuestros días la idea de *ius cogens* se presenta tanto en la teoría como en la práctica jurídica internacional, con un escaso desarrollo, derivado en profundas confusiones en torno a su naturaleza, contenido y aplicación, situación que ha generado como resultado, que aquella idea tan esencial al ‘derecho internacional’ permanezca como una total utopía. En tal virtud, esta investigación tiene como principal propósito el generar un mayor tratamiento de la idea de *ius cogens* y el papel tan esencial que ésta juega en el ‘orden internacional’, en tanto figura que ha de fungir como ‘piedra angular’ de las relaciones jurídicas internacionales, vigentes en el escenario de una ‘comunidad internacional’.

De este modo, el presente trabajo se encuentra conformado por cinco capítulos. En el primero de ellos, denominado ‘UN ACERCAMIENTO A LA IDEA DE *IUS COGENS*’, pretendemos dar a conocer algunas de las ideas, debates y conceptos primordiales, generados entre los diversos doctrinarios del derecho internacional, en torno al *ius cogens*, principalmente anterior a su inserción en el texto de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS de 1969. Además, en este primer capítulo es nuestra intención también, desglosar el contenido del artículo 53 de este Tratado, en cada uno de sus elementos esenciales, a fin de dar a aquél, una interpretación debida, acorde con lo previsto por los artículos 31 y 32 del mismo instrumento internacional.

Por último, hemos de abordar además, el estudio de tres figuras que en nuestra consideración, resultan análogamente comparables a la idea de *ius cogens*, todas ellas en tanto normas de naturaleza inderogable, a saber, el *ius publicum* romano, las normas del derecho divino, presentes en el derecho canónico y finalmente, la idea de 'orden público', presente en los diversos sistemas jurídicos.

En la 'EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y COMUNIDAD INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON LA IDEA DE *IUS COGENS*', tan sólo es nuestro propósito el mostrar la naturaleza dinámica inherente al derecho y la comunidad internacional y desde luego, el modo en que este dinamismo habrá de impactar a la idea que de *ius cogens* se tenga en una determinada época de la historia. Es así, que en nuestra consideración, parece preciso realizar este recorrido a lo largo de la historia de las relaciones internacionales -desde el inicio de la Edad Media hasta el fin de la Guerra Fría-, lo que sin duda, habrá de proveernos de las bases suficientes para así, lograr identificar las diversas preocupaciones, los valores e intereses fundamentales comunes a aquello que en nuestros días, pudiéramos denominar 'comunidad internacional'.

Por su parte, en el tercer capítulo de este trabajo: '*IUS COGENS. SU INCORPORACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL POSITIVO*' nos abocamos al estudio del *ius cogens*, en cuanto a su ubicación dentro de la estructura normativa del derecho internacional positivo, establecida en el texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Así, en primer término, nos referimos a la idea de *ius cogens* en el terreno estricto del derecho de los tratados y a la posibilidad de que el derecho de naturaleza convencional pudiere dar origen a tal idea. En segundo término, aludimos al derecho consuetudinario y a los requisitos y excepciones que éste habría de presentar en caso de fungir como fuente generadora de *ius cogens*. En tercer lugar, nos aproximamos también al estudio de los denominados principios generales de derecho y desde luego también, a la probabilidad de que aquellos pudieran fungir como origen de normas *iuri cogens*. En un último apartado, intentaremos analizar la existencia de algunas normas cuyo *status* de *ius cogens* ha sido reconocido primordialmente en el contexto de la doctrina jurídica internacional.

En el capítulo cuarto, intitulado 'LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL', intentaremos abordar el difícil y complejo estudio de la existencia de una 'comunidad internacional' en la actualidad. A fin de lograr lo anterior, se ha recurrido al pensamiento no sólo de notables juristas, sino de diversos ideólogos y líderes mundiales que han dado forma y sentido a la idea de 'comunidad internacional' bajo

múltiples perspectivas y argumentaciones. A través de este capítulo pretendemos por su parte, determinar el papel primordial que debiera jugar la Organización de las Naciones Unidas, como expresión máxima de la 'comunidad internacional', a fin de determinar los valores fundamentales e intereses comunes que habrán de ser regulados precisamente, por medio del *ius cogens* en el terreno jurídico. Asimismo, de capital importancia resulta profundizar en el estudio de la hegemonía política de los Estados Unidos y el multiculturalismo, característicos del actual orden internacional, la revisión del papel actual de la figura estatal y desde luego, del concepto de soberanía, el surgimiento de nuevos actores en el escenario de las relaciones internacionales, de la idea de 'globalización' y el impacto de ésta última, en el escenario jurídico internacional.

Por último, en el capítulo quinto 'EL *IUS COGENS* EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ACTUAL', tornaremos de nueva cuenta al ámbito del derecho internacional para intentar así, dar las bases de la existencia de un derecho internacional de naturaleza constitucional que habrá de fungir como el cimiento principal del *ius cogens*, así como la cara opuesta del mismo fenómeno, a saber, la denominada 'fragmentación del derecho internacional', misma que a través de la creación de diversos regímenes autónomos y la proliferación de los tribunales internacionales ha de dar lugar a una inevitable jerarquía de normas en el orden jurídico internacional, en cuyo ápice ubicaremos sin duda, al *ius cogens*.

En este último capítulo, nos referimos también a las obligaciones *erga omnes* y al lado de éstas, abordamos también el estudio del *ius cogens* en el terreno de la responsabilidad internacional. Finalmente, pretenderemos analizar el papel de la Corte Internacional de Justicia en tanto máximo órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas y la importancia de tal órgano ante la proliferación de diversos tribunales internacionales y el escaso desarrollo práctico dedicado al *ius cogens* universal.

## CAPÍTULO 1. UN ACERCAMIENTO A LA IDEA DE *IUS COGENS*

### 1.1. DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA Y SEMÁNTICA DEL TÉRMINO *IUS COGENS*

Por cuanto a la estructura etimológica de la noción de *ius cogens*, dicha expresión es una locución latina compuesta por dos términos; el primero de ellos, *ius*, que en palabras de **Rolando Tamayo y Salmorán**, es la expresión latina de la antigua raíz indoiránica que corresponde en nuestra terminología actual a la palabra ‘derecho’<sup>1</sup> y por su parte, la palabra *cogens* que tiene como origen el verbo en latín *cogo- is- ere-coegi- coactum*, cuyo origen son los términos *co* por *cum* y *ago*, y que recibe diversas acepciones: (a) empujar, impeler hacia un lugar; (b) recoger, reunir, poner juntos en un punto; (c) como término militar, reunir, concentrar, reclutar soldados, tropas, cerrar; (d) como término burocrático, reunir, convocar, congregar; (e) acumular, amontonar, llegar a juntar, reunir; (f) recoger, poner en caja, ingresar, percibir cantidades, ingresar dinero; (g) condensar, coagular; (h) recoger, recolectar; (i) disponer, ordenar de un modo determinado; (j) como término filosófico, deducir, concluir, inferir; (k) reducir, limitar, resumir, (l) contraer, (m) hacer entrar a la fuerza, (n) constreñir, obligar, mover, excitar a hacer una cosa<sup>2</sup>. Sin embargo, a pesar de los múltiples significados que parece tener el verbo latino *cogo*, es sólo el último de ellos el que a partir de ahora será de interés para el desarrollo de esta investigación.

Acorde a su significación etimológica el concepto de *ius cogens*, puede ser definido de manera preliminar como aquel derecho que, aunque en principio pareciera por demás tautológico, ‘constríñe u obliga’; y no obstante las raíces latinas de este concepto, la expresión *ius cogens* como tal, no aparece en el derecho romano con el significado que actualmente conocemos. Según lo afirma el Profesor **Eric Suy**, tanto el origen de dicha expresión como la propia idea de *ius cogens* continúan hasta hoy siendo un misterio<sup>3</sup>. En este sentido, lo más parecido a esta idea aparece por única ocasión en una de las sentencias de **Papiniano** (D. XXXIX, 5, 29): “*Se entiende como donado lo que se concede sin que el derecho obligue a hacerlo*”<sup>4</sup>.

Por otro lado, no existe evidencia alguna sobre el uso del término *ius cogens* durante la Edad Media e incluso siglos después. Tal expresión aparece por primera vez hasta

<sup>1</sup> Diccionario Jurídico Mexicano (3 tomos). Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. s.v. derecho.

<sup>2</sup> BLANQUES FRAILE, Agustín. *Diccionario Latino – Español*, Tomo I, 5ª ed. Sopena, Barcelona, 1975, pág. 389.

<sup>3</sup> SUY, ERIC. *The concept of Jus Cogens in Public International Law*, en *Conference of International Law; Lagonissi (Greece) April 3-8, 1966, Papers and Proceedings II, The Concept of Jus Cogens in International Law. Carnegie Endowment for International Peace (European Centre)*. Ginebra, 1976 pág. 18.

<sup>4</sup> “*Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”. *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana por Álvaro D’Ors et al. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1968-1976. Tomo III (libros 37-50), pág. 189.

finis del siglo XVIII en los textos de los autores que estudiaron las Pandectas. Así, el filósofo alemán **Von Gluck** hizo una distinción entre el *ius cogens* y el *ius permissivum* y definió al primero como “*aquellas normas, que categóricamente prescriben una acción o, por el contrario, categóricamente la prohíben*”<sup>5</sup>.

Dentro de esta misma corriente, el jurista de la escuela histórica alemana del siglo XIX, **Bernard Windscheid**, comprendió de una mejor manera la naturaleza misma del concepto *ius cogens* y lo concibió como “*las normas jurídicas (rechtssätze) que excluyen cualquier comportamiento arbitrario de personas privadas: estas normas aplican incluso si las partes desean excluirse; ellas deben cumplirse*”<sup>6</sup>.

Acorde con lo anterior, la noción de *ius cogens* se refiere al derecho impositivo o taxativo que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al derecho dispositivo o facultativo, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a quienes se dirige. El derecho impositivo –*ius cogens*– debe observarse necesariamente en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general<sup>7</sup>.

De este modo, el filósofo italiano **Giorgio del Vecchio** distinguió ya entre dos especies de normas, aquellas taxativas –*ius cogens*– y las normas de carácter dispositivo –*ius dispositivum*– y con respecto a las primeras estableció que éstas son:

*“... aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta ni relativamente, por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar, porque la obtención de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma”*<sup>8</sup>.

En tanto que las segundas se refieren a las normas jurídicas dispositivas, es decir:

*“aquellas que valen sólo en tanto en cuanto no existe una voluntad diversa de las partes. A veces estas normas se presentan como aclaración o interpretación de una voluntad que las partes hayan expresado de modo incompleto y obscuro ... otras veces, en cambio, las normas dispositivas presuponen la falta o carencia de alguna declaración de voluntad”*<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>6</sup> *Cfr. Idem*.

<sup>7</sup> *Cfr. Diccionario Jurídico Espasa*, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2003. s.v. *ius cogens*.

<sup>8</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Bosch, Casa editorial, S.A. Barcelona, 1991, pág. 350.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 351.

1.2. *DESARROLLO DOCTRINAL DEL CONCEPTO IUS COGENS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, PREVIO Y DURANTE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969*

Establece el artículo 38, párrafo 1(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que este órgano deberá resolver las controversias internacionales que le sean presentadas, acorde con derecho internacional y en la utilización auxiliar de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

Si bien es cierto que la doctrina se ubica, dentro de las fuentes del derecho internacional, como ‘medio auxiliar’, parece conveniente en este apartado realizar el análisis de la doctrina existente respecto a la idea de *ius cogens*, previa a su discusión en la Comisión de Derecho Internacional y su inclusión formal en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dado que es justamente en la doctrina donde el *ius cogens* encuentra su primer desarrollo en el campo del derecho internacional. Es preciso mencionar que en este apartado, no habremos de referir a los trabajos doctrinarios realizados posterior a la elaboración de la Convención de Viena, pues la mayor parte de éstos tomaron siempre como base para definir a la noción de *ius cogens*, precisamente al texto del artículo 53 de dicho instrumento al que aludiremos en dicho apartado.

Entre los autores de lengua alemana pudiéramos citar las importantes obras de F.A. von der Heydte, Alfred von Verdross y Hans Kelsen, de Austria y desde luego, el autor alemán Georg Dahm.

En 1932, el autor alemán **F.A. von der Heydte** en su estudio denominado ‘*DIE ERSCHEINUNGSFORMEN DES ZWISCHENSTAATLICHEN RECHTS: IUS COGENS AND IUS DISPOSITIVUM IN VÖLKERRECHT*’ comenzó a desarrollar sus ideas sobre el concepto mismo de *ius cogens*. De acuerdo con él, estas normas son en particular, ciertos principios generales de derecho, reconocidos con el carácter de *ius cogens* por todas las naciones civilizadas, así como los ‘principios fundamentales constitucionales’ relativos a la capacidad de los sujetos y las fuentes de derecho internacional. Los principios de respeto mutuo entre los Estados, de buena fe y de libertad de los mares, son también imperativos en su naturaleza. Cada norma de derecho internacional general determina por su propio contenido, si es que ésta puede ser calificada como norma de *ius cogens* o bien, como derecho positivo<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. Von der HEYDTE, F.A. *Völkerrecht*, vol. I, 1958, pág. 23 en SUY, Eric. *The Concept of Jus Cogens in Public International Law...* Op. Cit. pág.27.

De los *iusp*publicistas que dedicaron mayor esfuerzo al desarrollo doctrinario de la noción de *ius cogens* en el derecho internacional durante este periodo, fue el filósofo austriaco **Alfred von Verdross**, quien en 1937 publicó un primer ensayo sobre el tema, titulado '*FORBBIDEN TREATIES IN INTERNATIONAL LAW*'<sup>11</sup>. En este primer trabajo, Verdross ubicó al concepto de *ius cogens* de manera exclusiva en el ámbito del derecho de los tratados. De este modo, distinguió dentro de éste, dos grupos de normas de carácter perentorio que limitaban la voluntad de los Estados al momento de la celebración de algún tratado. El primero de estos grupos habría de incluir diferentes normas aisladas de carácter consuetudinario que fueron convirtiéndose en normas obligatorias de derecho internacional general. El autor se refiere a manera de ejemplo, a la obligación que impone el derecho internacional a los Estados de no perturbar los derechos de otros en alta mar. En consecuencia, cualquier tratado celebrado por dos o más de ellos cuyo objeto fuera excluir a otro u otros de sus derechos en alta mar, sería considerado como contrario a un principio obligatorio de derecho internacional general.

El segundo grupo, acorde con el mismo autor, consiste en aquellos principios generales que prohíben a los Estados la celebración de tratados en contra de las buenas costumbres *-contra bonos mores-*. De acuerdo con el filósofo austriaco, esta prohibición se halla presente en los órdenes jurídicos de todos los 'Estados civilizados' y es consecuencia del hecho de que cada orden jurídico interno tiene como fin regular la coexistencia racional y moral de su comunidad. De este modo, parece inconcebible la posibilidad de que algún Estado permita la celebración de contratos entre sujetos jurídicos que, evidentemente vayan en contra de la ética de una determinada comunidad. En este sentido, acorde con el profesor austriaco, al tratarse de un principio general del derecho reconocido por los 'Estados civilizados', éste también se convierte en obligatorio para el Derecho Internacional, en virtud de que así lo establece el propio artículo 38(3) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Sin embargo, señaló que, aún cuando dichos principios aplican sólo de manera subsidiaria al derecho consuetudinario y a los tratados, tal subsidiariedad tiene como excepción precisamente estas normas de carácter obligatorio que no pueden ser derogadas por algún tratado o bien, por la costumbre internacional.

Finalmente, Alfred von Verdross en este primer trabajo hizo referencia específica a cuatro tipos de tratados que podrían ser calificados como inmorales y por ende, nulos, a saber: aquellos que tuvieran por efecto negarle a un determinado Estado la capacidad de proteger la vida y propiedad de las personas dentro de su territorio al

---

<sup>11</sup> Cfr. VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law*. *The American Journal of International Law*. Vol. 34, No. 4 (1937), pp. 571-577.

requerirle la excesiva reducción de su fuerza policial; los que exigieran la reducción de armas dentro de un Estado a tal punto de dejar a éste indefenso; los que pudieran obligar a un Estado a cerrar sus hospitales o escuelas, a extraditar o esterilizar mujeres, matar a sus niños, cerrar sus fábricas, o en cualquier otra forma que expusiera a su población a la aflicción y finalmente, aquellos que prohibieran a un Estado la protección de sus nacionales en el extranjero.

Tres décadas después, en 1966, el mismo profesor emérito de la Universidad de Viena publicó otro notable artículo titulado '*JUS DISPOSITIVUM AND JUS COGENS IN INTERNATIONAL LAW*'<sup>12</sup>. Ya en su segundo escrito, Verdross dejó a un lado el concepto de tratados *contra bonos mores*, para hacer exclusiva referencia a las normas de *ius cogens*, al tiempo en que se discutía dicha noción en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional para la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Afirmó que el carácter absoluto de estas normas, en tanto que ellas no existen sólo para satisfacer los intereses de los Estados en forma individual, por el contrario, señala Verdross, justifican su existencia en el interés superior de la comunidad internacional en su conjunto.

Acorde con esto, dividió así a las normas de *ius cogens*, en referencia exclusiva al derecho de los tratados. En primer lugar, aquellos tratados que pudieran usurpar los derechos de terceros Estados cuando éstos no hubieran dado su consentimiento. Aún cuando tales tratados fueran en principio ilegales, podrían no estar prohibidos por una norma de *ius cogens* y en tal virtud, no sería posible hablar de nulidad por ir en contra de una norma de este tipo. Sin embargo, consideró que un tratado sería nulo por violar una norma de *ius cogens*, si por ejemplo, en él se hubiera previsto la restricción de las libertades de un Estado a tal grado que para éste se hiciera imposible el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En segundo término, son *ius cogens* aquellas normas de derecho internacional general, creadas con propósitos humanitarios. En consecuencia, todos aquellos tratados celebrados en contra de las convenciones sobre esclavitud, tráfico de mujeres y niños o los relativos a los derechos de los prisioneros de guerra, debían ser declarados nulos.

Finalmente, en un tercer grupo Verdross se refirió a las normas de *ius cogens* consagradas en la Carta de las Naciones Unidas, específicamente aquellas relativas a

---

<sup>12</sup> VERDROSS, Alfred von. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 60, No. 3 (1966), pp. 55-63.

la prohibición del uso de la fuerza. La primera de ellas, -artículos 2(4) y 51-, obliga a los Estados miembros de las Naciones Unidas a abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza en contra de la integridad territorial y la independencia política de otro, salvo tratándose de los casos de legítima defensa, sea ésta individual o colectiva. La segunda, -artículo 2(3)- prevé la obligación de los Estados de resolver sus controversias por la vía pacífica y por último, -artículo 2(5)- el deber de todos los Estados de prestar ayuda a la Organización de las Naciones Unidas en cualquier acción que ésta tome, de acuerdo con la Carta y por otro lado, abstenerse de dar ayuda a otro Estado contra el cual la misma Organización estuviere ejerciendo alguna medida preventiva o coercitiva.

En 1952, el también filósofo austriaco Hans Kelsen se pronunció respecto del tema en su obra 'PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO'. Aunque desde luego con mucha menor profundidad e incluso un poco renuente a la idea, reconoció que si bien parecía no haber en la teoría tradicional del derecho internacional una respuesta clara con relación a la existencia de las normas de *ius cogens*, era probable que un tratado por el que dos o más Estados se liberaran mutuamente de las obligaciones impuestas a ellos por la norma de derecho internacional general que prohibiera la ocupación de partes de la alta mar, pudiera ser declarado nulo y sin valor, en virtud de una decisión de un tribunal competente. Sin embargo, al mismo tiempo rechazó la idea de que los Estados pudieran, por virtud de un tratado válido, recíprocamente renunciar al derecho de ejercer protección a sus propios ciudadanos, éste un derecho conferido por el derecho internacional general en sus relaciones mutuas<sup>13</sup>.

El profesor **Georg Dahm**, en su obra *VÖLKERRECHT* escrita durante los años 1958 a 1961, proclamó siempre la existencia, en derecho internacional, de normas imperativas de una naturaleza general. De acuerdo con el autor, este tipo de normas podía pertenecer ya fuera al derecho consuetudinario o bien, a los principios imperativos de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Sin embargo, en opinión de Dahm, este carácter imperativo es excepcional dada la propia naturaleza dispositiva del derecho internacional. Cuando los tratados o incluso, alguna declaración unilateral, fueren contrarios a una norma imperativa de un '*ordre public international*' o a la 'moral internacional', deben ser declarados nulos y en determinados casos, dar lugar a responsabilidad internacional para las partes. Como ejemplos de éstos, refirió el profesor alemán, aquellos que pudieran tratar la organización de diversos Estados para llevar a cabo una alianza ofensiva en contra de

---

<sup>13</sup> Cfr. KELSEN, Hans. Principios de derecho internacional público. Traducción al español por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. El Ateneo. Buenos Aires, 1965. pág. 292.

otro u otros; aquellos que pactaren determinadas obligaciones, la ejecución de las cuales pudiera tener como consecuencia la violación a los derechos humanos; y finalmente, en los que se hubiere de pactarse la anexión de un territorio ocupado antes del cese de hostilidades<sup>14</sup>.

Por lo que toca a la opinión de los autores de lengua francesa tenemos dentro de los más representativos a Charles Rousseau, Paul Reuter y Michel Virally.

En 1944, el profesor *iuspositivista* **Charles Rousseau** se pronunció en contra de la idea de la nulidad de un tratado cuyo contenido fuera considerado como contrario a la moral. De acuerdo con el autor la única restricción que el derecho internacional general imponía a la voluntad de los Estados contratantes era el requisito de que los tratados celebrados estuvieran siempre en conformidad a una norma positiva de derecho internacional, obligatoria para todos los Estados partes<sup>15</sup>.

Tres décadas después, en su última obra escrita el célebre *iusinternacionalista* hizo una fuerte crítica al contenido del texto del artículo 53 de la Convención de Viena y estableció que la fórmula ahí transcrita resultaba poco satisfactoria. Es decir, conforme a la opinión del maestro francés, la afirmación de que una norma es imperativa porque no es susceptible de derogación, es para nosotros muy poco útil, pues en todo caso lo que habría que saberse es el por qué esa norma en ningún caso puede ser derogada por las partes y la respuesta consecuente sería que precisamente dada la imperatividad que la caracteriza, ésta no puede ser derogable. Así, en opinión de Rousseau, la solución a este debate se vuelve entonces difícil salvo que para tal efecto tuviera que invocarse al derecho natural mismo o peor aún, a consideraciones de tipo político o ideológico impuestas a través de un voto mayoritario entre los distintos miembros de la comunidad internacional<sup>16</sup>.

Siguiendo la opinión de otro eminente jurista francés, **Michel Virally**, al referirse al proceso de creación de una norma de *ius cogens*, señaló que precisamente al ser éste

*“... la expresión de un interés común a la sociedad internacional en su totalidad, o de una prescripción ética universalmente reconocida, no puede establecerse sino por un proceso que obligue a la sociedad internacional en su totalidad, lo*

<sup>14</sup> Cfr. SUY, Eric. *The Concept of Jus Cogens in Public International Law...* Op. Cit. pág. 29.

<sup>15</sup> Cfr. ROUSSEAU, Charles. *Principes généraux du droit international public*, vol. I, 1944 pág. 390 en *Ibidem*, pág. 35.

<sup>16</sup> Cfr. ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*, Sirey, 1970, vol. I p. 151 en GOMEZ ROBLEDÓ, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003, pág. 65.

*cual, por otra parte, está en perfecta conformidad con el hecho de que el ius cogens pertenece al derecho internacional general*<sup>17</sup>.

Por su parte, el profesor **Paul Reuter** identificó a las normas de *ius cogens* con el derecho consuetudinario, acompañado éste de una *opinio iuris* especial que expresa la convicción de que la norma de que se trata tiene un carácter absoluto. De acuerdo con Reuter, una norma de *ius cogens* puede ser aplicable incluso a aquellos Estados que no la hubieren reconocido expresamente como tal, es decir, la norma puede considerarse universalmente aceptada, aun cuando no todos los Estados hubieren reconocido su existencia de modo expreso y sin excepción<sup>18</sup>.

Entre las notables aportaciones a la doctrina del *ius cogens* en el derecho internacional es de hacer notar aquellas hechas por los ingleses J. L. Brierly, sir Hersch Lauterpacht, sir Gerald Fitzmaurice, Lord McNair y Ian Brownlie.

En 1957, el jurista inglés **sir Gerald Fitzmaurice**, ya en uso de la expresión *ius cogens*, estableció que existen algunos casos en que normas fundamentales de *ius cogens* que operan de manera imperativa en prácticamente todo momento, generan una situación de obligaciones irreducibles -*irreducible obligations*- que exigen que las conductas realizadas en contra de éstas no tengan por consecuencia afectar las obligaciones de otros Estados. Es decir, en opinión del segundo relator, un Estado que comete una violación a una norma de derecho internacional no puede, desde luego, obtener por ello alguna ventaja o algún nuevo derecho, sin embargo, en el caso específico de estas 'normas fundamentales', tal Estado tampoco puede ser sujeto a una reacción por parte de otro u otros Estados que tuviera como resultado igualmente la violación a una de estas normas fundamentales -*overriding rules of jus cogens*-.

Todo lo anterior, de acuerdo con el célebre *iusinternacionalista*, constituye una obligación jurídica fundamental cuyo cumplimiento no depende de la observancia o inobservancia por parte de otros Estados. Esto debido a que las normas de este tipo pretenden no tanto el beneficio inmediato de cada uno de los Estados, como directamente el beneficio de los individuos involucrados, como seres humanos y en situaciones de carácter humanitario. Así entonces, como ejemplos de tales normas el profesor inglés se refirió a las violaciones al derecho humanitario, a las convenciones sobre derechos humanos, a aquellas convenciones laborales que previeran las horas y

<sup>17</sup> VIRALLY, Michel. El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. pág. 59.

<sup>18</sup> Cfr. REUTER, Paul. Introducción al derecho de los tratados. Universidad Nacional Autónoma de México- Facultad de Derecho- Fondo de Cultura Económica. México, 1999. pág. 172.

condiciones de trabajo, etcétera. De esta manera, en su opinión, todos estos casos implican obligaciones de carácter absoluto que una vez asumidas, su cumplimiento no depende de la observancia recíproca de las otras partes<sup>19</sup>.

En 1961, el eminente profesor **Lord McNair** estableció en su obra '*LAW OF TREATIES*' que era difícil imaginar a alguna sociedad, fuera ésta conformada por individuos o Estados, cuyo derecho no pusiera límite alguno a la libertad de contratación. Acorde con el mismo profesor, en toda sociedad civilizada se habla de normas jurídicas cuya derogación no está permitida. Este mismo principio es aplicable a la comunidad de Estados, aunque hasta aquél momento poco se hubiera hablado al respecto en la práctica judicial o arbitral. Así, el autor señaló que aún cuando fuera más fácil ejemplificar que definir a tales normas, todo cuanto podía decirse al respecto es que tal límite de contratación consiste en normas que han sido aceptadas, ya sea expresa o tácitamente a través de la costumbre, como necesarias para proteger los intereses comunes de la sociedad de Estados o bien, para mantener los parámetros de moral pública reconocidos por éstos<sup>20</sup>.

En ese mismo año, el profesor **Ian Brownlie** aunque de forma muy breve, se refirió a este tema y advirtió en aquel momento que un tratado podría ser nulo si éste era contrario al 'orden público' -*public policy*- y entre los ejemplos de tales casos, señaló a aquellas obligaciones contraídas en contra del pacto *Briand-Kellog*, la Carta de las Naciones Unidas, y las normas de derecho consuetudinario concernientes al uso o amenaza del uso de la fuerza<sup>21</sup>.

Años más tarde, en otra de sus obras el publicista inglés fue un poco más claro con relación al tema y estableció que el rasgo fundamental que distingue a las normas de *ius cogens* es su relativa indelibilidad. Se trata entonces de normas de derecho consuetudinario que no pueden ser puestas de lado por virtud de un tratado o por consentimiento, sino solo a través de la formación de una norma consuetudinaria posterior con efectos contrarios. Entre los ejemplos más aceptados de tales normas, Brownlie se refirió a las normas que prohíben el uso de la fuerza, la prohibición del

---

<sup>19</sup> Cfr. FITZMAURICE, Gerald. *General Principles of International Law. Recueil des Cours*. Vol. 92 (1957-II), pp. 1-227, págs. 125-126.

<sup>20</sup> Cfr. McNAIR, Lord. *The Law of Treaties*. Oxford The Clarendon Press. United Kingdom, 1961 págs. 213-215.

<sup>21</sup> Cfr. BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford The Clarendon Press. United Kingdom, 1963. pág. 409.

genocidio, el principio de no discriminación, los crímenes contra la humanidad y las normas que prohíben el comercio de esclavos y la piratería<sup>22</sup>.

Por otro lado, es también conveniente tomar en consideración la opinión del profesor holandés **Eric Suy**, quien en 1965 durante la Conferencia de Langonissi, se pronunció a favor de la existencia del *ius cogens* y explicó, sin referirse al derecho internacional de modo estricto, que tal concepto podía ser definido como *“el cuerpo de aquellas normas jurídicas generales cuya no observancia podría afectar la esencia misma del sistema legal al cual pertenecen, a tal punto que el sujeto de derecho no puede, bajo pena de nulidad absoluta, apartarse de ellas, por medio de convenios particulares”*<sup>23</sup>.

Años después, en 1968, la profesora **Krystina Marek**, quien fuera discípulo del célebre *iusinternacionalista* **Paul Guggenheim**, sólo en un principio fuerte negador del concepto de *ius cogens*, reprodujo la última idea de su maestro y señaló que:

*“el ius cogens, en tanto conjunto de normas imperativas que limitan la libertad contractual de las partes, existe no solamente en derecho interno sino igualmente en derecho internacional; más aún, no es posible que no exista, ya que de lo contrario el derecho internacional no sería un orden jurídico”*<sup>24</sup>.

Sin lugar a dudas, la doctrina socialista respecto del *ius cogens* ocupa un lugar de gran importancia para nuestro estudio. Así, podemos decir que uno de los principales exponentes es el jurista soviético **Grigory Tunkin** quien fungió también como representante de la Unión Soviética ante la Conferencia de Viena, que de acuerdo con sus ideas positivistas y otorgando al *ius cogens* un carácter meramente consensual, las normas de derecho internacional general que poseen tal naturaleza son creadas, al igual que el resto de normas de derecho internacional general, a través del acuerdo entre los Estados, ya sea por tratado o a través de la costumbre, o por ambos y en consecuencia, lo que distingue a unas y otras es precisamente el contenido jurídico de cada una de ellas y no su modo de creación. Más aún, en el caso de las normas de *ius cogens* tal contenido se halla reflejado en el consentimiento que dan los Estados para el efecto de que este tipo de normas no puedan ser derogadas y que, en virtud de esto, un acuerdo derogatorio de éstas sea considerado nulo.

<sup>22</sup> Cfr. BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Fifth Edition. Oxford University Press. New York, 1998. pág. 515.

<sup>23</sup> SUY, Eric. *The Concept of Jus Cogens in Public International Law...* Op. Cit. pág.18.

<sup>24</sup> MAREK, Krystina. *Contribution à l'étude du jus cogens en droit international*, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim. IUHEI. Génova, 1968. p. 458, en GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El ius cogens internacional... Op. Cit. pág. 61.

En 1971, en su trabajo titulado '*JUS COGENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW*', el profesor de la Universidad de Moscú admitió que estas normas han adquirido tal carácter imperativo dado su fuerte sustento moral y afirmó también que la mayoría de las veces se trata de normas de derecho internacional general ordinarias ya existentes las que adquieren el carácter de *ius cogens*, aunque en ningún caso puede descartarse la idea de que ciertas normas puedan ser consideradas como *ius cogens* desde el principio. Sin embargo, a pesar de todo esto y del estrecho vínculo existente entre los principios de *ius cogens* y aquellos que conforman a la moral internacional, una norma de derecho internacional general con carácter de *ius cogens* se encuentra siempre dentro del ámbito del derecho y no de la moral<sup>25</sup>.

Por último, es pertinente analizar los argumentos planteados por los autores que estudiaron al *ius cogens* y negaron la existencia de este concepto, en consideración de la naturaleza misma del derecho internacional. Si bien es cierto fueron varios los autores que se opusieron doctrinariamente a la idea de *ius cogens*, hemos de referirnos sólo a dos de ellos que en nuestra opinión, son quienes sustentan de un modo claro su postura: Dionisio Anzilotti y Georg Schwarzenberger.

En primer lugar, el jurista italiano **Dionisio Anzilotti** quien durante el primer tercio del siglo XX y con una postura meramente positivista, afirmó que podría decirse que todas las normas que conforman al derecho internacional son de naturaleza dispositiva, en razón de que son los Estados los sujetos creadores de la norma jurídica y al mismo tiempo, a quienes se imponen los derechos y obligaciones consagradas por ésta. Sin embargo, esta facultad ilimitada de derogar y sustituir a unas normas por otras, requiere del consentimiento de todos los Estados que en un momento dado participaron en su creación, y de este modo, tendríamos que tal facultad no existiría, sino solo para aquellos tratados en que han tomado parte dos Estados o algunos más. Ahora bien, en opinión del autor, el problema de las normas imperativas y dispositivas en derecho internacional se reduce a determinar si al tratarse de normas generales o bien, de normas que afectan a un importante número de Estados, tales normas excluyen de un modo absoluto o bien, permiten dentro de ciertos límites, la posibilidad de celebrar acuerdos particulares derogatorios de ellas<sup>26</sup>.

Por otro lado en 1965, el profesor inglés **Georg Schwarzenberger**, principal negador del concepto de *ius cogens* durante esta época, explicó que los términos '*international*

<sup>25</sup> Cfr. TUNKIN, Grigory. *Jus Cogens in Contemporary International Law*. *Toledo Law Review*, Vol. 1971 (fall-winter). pp. 115-117.

<sup>26</sup> Cfr. ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de derecho internacional*. Traducción a la tercera edición italiana por Julio López Olivan, serie Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, CLXXIX. Reus. Madrid, 1937. pp. 89-90.

*ius cogens*, '*international public policy*' y '*ordre international public*' eran simplemente conceptos análogos a aquellos como '*public policy*', '*ordre public*', '*öffentliche ordnung*', utilizados en el derecho interno. Sin embargo, tanto el contenido que abarca cada uno de estos conceptos, como los efectos jurídicos de las normas que se ubican dentro de esta categoría, varían según el Estado de que se trate. Empero, al hablar estrictamente de derecho internacional, el autor tomó como fundamento principal para negar la existencia de *ius cogens*, a una sociedad mundial no organizada, carente de un poder centralizado dotado de fuerza física incuestionable y de tribunales con jurisdicción obligatoria y competencia para crear normas parecidas aquellas de orden público en el derecho interno<sup>27</sup>.

En su crítica a la inclusión del concepto de *ius cogens* en derecho internacional, el autor señaló que el establecer una fórmula general y no específica que sirviera para identificar a este tipo de normas, dejaría a todos los Estados en libertad de alegar en favor o en contra del carácter de *ius cogens* de una determinada norma de derecho internacional, según conviniera a los intereses particulares de éstos. Además, al tratar las normas de *ius cogens* como concepto análogo al orden público en el derecho interno, cualquier violación a éstas, se convertiría en una cuestión en la que todos pudieran tener ingerencia y todo ello traería como consecuencia, grandes oportunidades para que terceros Estados pudieran expresarse sobre determinadas materias, que en otro caso no habrían implicado un interés para éstos. Por último, acorde con la opinión del profesor inglés, de aceptar una idea de *ius cogens* en derecho internacional podría resultar que algunos Estados encontrarán en ésta una especie de justificación para no cumplir con sus obligaciones, al invocar siempre la existencia de una norma de esta naturaleza.

Sin embargo, en la última parte de su artículo titulado '*INTERNATIONAL JUS COGENS?*', Schwarzenberger parece haber concedido un poco en favor de la idea de normas de orden público en derecho internacional, al establecer que en una sociedad mundial organizada, los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, así como otras figuras correspondientes recogidas por otros instrumentos internacionales, pudiera ser considerado un intento para la creación de normas consensuales de orden público internacional. En todo caso, aclaró que tales esfuerzos eran demasiado precarios, como en el caso de las Naciones Unidas, o muy limitados *ratione personae*

---

<sup>27</sup> Cfr. SCHWARZENBERGER, Georg. *International Jus Cogens?*. Texas Law Review, Vol. 43 (1965) pp. 455-478. pág. 476.

o *ratione materiae*, tratándose de organismos especializados de las Naciones Unidas o de las comunidades europeas supranacionales<sup>28</sup>.

### 1.3. DEFINICIÓN CONVENCIONAL DEL CONCEPTO DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (*IUS COGENS*)

A finales de la década de los sesenta surgió, principalmente entre los Estados socialistas y aquellos otros en vías de desarrollo, la necesidad de plantear ante los distintos miembros de la Conferencia de Viena la posible existencia de ciertas normas fundamentales que se ubicaran, dentro de la estructura del derecho internacional, por encima de otras normas ordinarias derivadas tanto del derecho consuetudinario como de la celebración de algún tratado. En consecuencia, tendríamos que cualquier tratado, dentro del ámbito específico del derecho convencional, podría ser declarado nulo en el caso de que éste contraviniera a alguna de tales normas tan fundamentales.

Fue de este modo que como resultado de las distintas ideologías políticas y sociológicas prevalecientes en aquel momento y sobretodo, seguramente ante el temor de posibles abusos cometidos por los países occidentales en la conclusión de algunos tratados, se incluyó dentro de las discusiones de la Conferencia de Viena el tema relativo a las normas de *ius cogens*. Así, para los países en vías de desarrollo, particularmente los africanos, la proclamación de esta idea representó un modo de lucha en contra del colonialismo, según estableció el representante de Sierra Leona podía considerarse a la idea de *ius cogens* como una gran oportunidad para condenar al imperialismo, la esclavitud, el trabajo forzado y todas aquellas prácticas que pudieran violar los principios de igualdad entre todos los seres humanos y el igualdad soberana de los Estados<sup>29</sup>.

Por otro lado, para los países socialistas la idea de *ius cogens* representaba un medio político para cristalizar de una vez y para todas las normas internacionales relativas a la coexistencia pacífica entre los países orientales y occidentales. Finalmente, en cuanto a los Estados de la Europa occidental, aunque en principio algunos de ellos, tales como Francia y un poco menos Suiza manifestaron serias dudas respecto al concepto mismo de *ius cogens*, la mayoría de éstos terminaron por aceptar, junto con el apoyo de algunos Estados latinoamericanos y afroasiáticos la propuesta de inclusión de normas jurídicas internacionales de carácter imperativo, de las cuales ningún Estado pudiera apartarse, bajo la condición de que se estableciera algún

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 477.

<sup>29</sup> Cfr. United Nations. *Conference on the Law of Treaties*. First Session, Official Records, Summary Records of the Committee of the Whole, pág. 300, párrafo 9.

mecanismo judicial para su determinación. De este tema nos ocuparemos en otro momento.

### 1.3.1. LA EXPRESIÓN *IUS COGENS* DENTRO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

La expresión *ius cogens* como tal, es empleada en la Convención de Viena. En primer término, el artículo 53 de dicho instrumento se refiere a los tratados que se hallan en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general y en segundo lugar, el artículo 64 trata lo relativo a la aparición también de una norma imperativa de derecho internacional general. Sin embargo, en cuanto al uso de la expresión misma *ius cogens*, ésta sólo fue incluida entre paréntesis al final de los encabezados de ambos artículos, para quedar del siguiente modo:

***“Artículo 53. Tratados que están 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”.*

***“Artículo 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (ius 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”.*

Conforme a lo anterior, parece entonces que quienes redactaron el texto de dicha Convención prefirieron aclarar el enunciado ‘normas imperativas de derecho internacional’ al añadir entre paréntesis el término latino ‘*ius cogens*’ y consecuentemente, utilizar ambas expresiones como sinónimos.

Acorde con la opinión del profesor **Jerzy Sztucky**<sup>30</sup>, intentar asimilar ambos conceptos provoca confusión y trae consigo la existencia objetiva de algunas normas

---

<sup>30</sup> SZTUCKI, Jerzy. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*. Ed. Springer – Verlag. Nueva York, 1974. pág. 103.

independientes al consenso de los miembros de la comunidad internacional. Tal implicación dista mucho de la idea de normas imperativas de derecho internacional general a que se refiere la propia Convención de Viena, las cuales para su existencia sí requieren de la aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Con respecto al empleo de la terminología *ius cogens* a lo largo de los trabajos que dieron lugar al texto definitivo de la Convención de Viena, es de hacer notar que en el primero de ellos, es decir, en el texto presentado por el relator especial del Proyecto de Convención, sir **Hersch Lauterpacht**, apareció el siguiente artículo: “*Artículo 15. Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su ejecución involucra un acto que resulte ilegal bajo el derecho internacional y de ese modo es declarado por la Corte Internacional de Justicia*”<sup>31</sup>.

El texto anterior parece tan sólo evidencia de que hasta 1953, año en que se presentó este proyecto ante la Comisión de Derecho Internacional, la expresión *ius cogens* no fue utilizada con el sentido que algunos años después le dieron quienes se encargaron de la redacción del texto final de la Convención de Viena.

Según los comentarios hechos por el *iusinternacionalista* inglés a su artículo, la libertad de contratación entre Estados, tal y como se concebía hasta aquel momento, se mantenía casi igual. De acuerdo con el primer relator, éstos podrían siempre, en sus relaciones recíprocas, modificar por acuerdo mutuo no sólo el derecho convencional sino el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, en ningún momento se refirió a una libertad de contratación sin límites, por el contrario, distinguió siempre la ilicitud de aquellos tratados cuyo efecto fuera causar un daño a un tercer Estado, es decir, para el mismo Lauterpacht:

*“... el criterio que permitiría determinar si el objeto de un tratado es ilícito y si, por esta razón, el tratado es nulo, no es la incompatibilidad con el derecho internacional consuetudinario puro y simple, sino la incompatibilidad con los principios superiores de derecho internacional que pueden considerarse como los principios de orden público internacional ... Pueden expresar reglas de moral internacional tan indiscutibles como para permitir a un tribunal*

<sup>31</sup> “Article 15. A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice”. UN Doc. A/CN.4/63, Report by Lauterpacht. Special Rapporteur on the Law of Treaties en GOMEZ ROBLEDÓ, Antonio. El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico... Op. Cit. pág. 23.

*internacional pensar que forman parte de estos principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas ...*<sup>32</sup>.

Si bien es cierto entonces, según señala **Don Antonio Gómez Robledo**, que en el pasaje anterior podía distinguirse ya implícito el concepto de *ius cogens*, como el conjunto de normas imperativas y por ende, condicionantes de la voluntad de los Estados, al distinguirlos en su comentario como ‘principios superiores de derecho internacional’ -*overriding principles*-, o bien como ‘principios de orden público internacional’ -*principles of international public policy*-<sup>33</sup>, también lo es que el autor en ningún momento recurrió al empleo de la expresión *ius cogens* en alguna parte de su texto.

En 1957, el segundo relator especial, **sir Gerald Fitzmaurice**, sometió también ante la Comisión de Derecho Internacional, un segundo proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados. En dicho reporte, el jurista inglés al hacer referencia a la cuestión de la validez temporal de los tratados, incluyó un concepto similar a aquél establecido en el artículo 64 del texto final de la Convención de Viena, es decir, a aquél relativo al concepto de ‘normas imperativas de derecho internacional’ de carácter superveniente. Sin embargo, parece que en ningún momento utilizó la expresión objeto de nuestra investigación. Fue hasta 1958, cuando el mismo Fitzmaurice por primera vez hizo uso del *ius cogens* como terminología dentro del texto de su proyecto de convención. Conforme a su artículo 16, entonces establecía que “1. *El objeto de un tratado debe ser lícito (lawful) ... 2. Es requisito esencial para la validez de un tratado que esté en conformidad o que no contravenga aquellos principios y normas que son por su naturaleza de ius cogens*”<sup>34</sup>.

Ahora bien, en su comentario relativo a este artículo, únicamente se refirió a la distinción entre las normas de naturaleza obligatoria e imperativa en cualquier circunstancia -*ius cogens*- y aquellas normas cuya aplicación es posible en ausencia de un régimen convencional, o mejor, aquellas normas de las que uno no puede apartarse o modificar convencionalmente, a condición que la posición y los derechos de los Estados terceros no resulten afectados -*ius dispositivum*-<sup>35</sup>. Finalmente, en 1959, el mismo relator presentó su cuarto informe en el que nuevamente utilizó tal expresión en el proyecto de artículo 21, al ubicar, en primer lugar, nuestro concepto

<sup>32</sup> UN Doc. A/CN.4/63, pág. 218 en *Ibidem*, pág. 24 (negritas propias)

<sup>33</sup> *Ibidem*, págs. 24-25.

<sup>34</sup> *Yearbook of the International Law Commission* (YILC) 1958, II, pág. 26 en GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003. pág. 25.

<sup>35</sup> *Annuaire Canadien de Droit International (ACDI)*, 1958, II, p. 42 en *Idem*,

como una 'norma o una prohibición de derecho internacional general' y en segundo término, al incorporar la idea de *ius cogens superveniens*, idea que más adelante se incluyó en el artículo 64 de la Convención de Viena.

Aquí, en todo caso la pregunta es ¿a qué quiso referirse el profesor Fitzmaurice al hablar de una 'norma o prohibición de derecho internacional general'? De cualquier modo, el célebre publicista en sus textos jamás aludió al modo de creación de lo que él denominó normas de *ius cogens*, y más aún, en ningún momento se desprende que el autor hubiera tenido la intención de dotar a este tipo de normas con un carácter esencialmente consensual, de la forma en que lo hizo posteriormente la Convención de Viena, al requerir para su existencia del reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional de Estados, según señalamos al inicio de este apartado.

Cuatro años después, en mayo de 1963, cuando comenzaron los grandes discusiones respecto del proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, al examinar el nuevo proyecto presentado por el nuevo relator especial, **sir Humphrey Waldock**, quien en su proyecto de artículo 13, empleó en tres ocasiones la expresión latina *ius cogens*, así estableció que:

*“1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de **ius cogens**.*

*2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo. Si su objeto o ejecución entraña: a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; b) Cualquier acto u omisión calificador por el derecho internacional como delito internacional o; c) Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional.*

*3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de **ius cogens** no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esta estipulación será nula.*

4. Las disposiciones de este artículo no serán aplicables, sin embargo, a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *ius cogens*<sup>36</sup>.

Además de las novedades introducidas en este artículo, con respecto del uso de la locución *ius cogens* tenemos que aún cuando el profesor inglés incluyó en su proyecto de artículo 13 al concepto de *ius cogens*, al momento de su presentación oral ante la Comisión, el mismo Waldock manifestó que 'a falta de término mejor' había utilizado la expresión *ius cogens*, bajo la aclaración que éste no era un concepto nuevo en derecho internacional y al que determinados autores, entre los que contaba McNair, había aludido en sus obras aún si haberle dado un desarrollo completo<sup>37</sup>.

Tal vez, según señala don Antonio Gómez Robledo, fue el modo en que Waldock defendió el término *ius cogens* lo que provocó que esta expresión fuera tan poco aceptada entre los distintos miembros de la Comisión de Derecho Internacional, pero no así la idea misma de *ius cogens*. Así, señala el profesor Eric Suy, que ante la oposición a dicho término surgieron propuestas como 'normas imperativas de derecho internacional'; 'orden público internacional'; 'principios de derecho internacional generalmente reconocidos de los cuales los Estados no pueden apartarse'; 'principios fundamentales de derecho internacional'; 'norma imperativa general de derecho internacional'; 'norma general o principio de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario' y finalmente, 'normas fundamentales que no admiten acuerdo en contrario durante un determinado periodo'<sup>38</sup>.

Como consecuencia de todo esto y aún ante la oposición de los representantes de los distintos Estados miembros, el término *ius cogens* fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional, si bien no incluido en el texto del artículo, sí como parte adicional del título 'entre paréntesis', al quedar del siguiente modo en el artículo 37 de su proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados y más adelante en el artículo 50, texto que llegó hasta los debates ya en la Conferencia de Viena en el año 1968:

***“Tratados en contraposición a una norma imperativa de derecho internacional (ius cogens)***

<sup>36</sup> Cfr. United Nations Doc. A/CN.4/156. Second Report on the Law of Treaties by sir Humphrey Waldock (1963).

<sup>37</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional...* Op. Cit. pág. 28. Al respecto, J. Stuzcky aclara que McNair en su obra hizo uso de los conceptos 'disposiciones imperativas' (*imperative provisions*) u 'orden público' (*public policy*) y sólo en una nota al pie añadió el enunciado: "*ius cogens in Fitzmaurice*" (McNair, p. 214) SZTUCKI, Jerzy. *Jus Cogens and the Vienna Convention...* Op. Cit. pág. 104.

<sup>38</sup> SUY, Eric. *The Concept of Jus Cogens in Public International Law...* Op. Cit. págs. 50-51.

*Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general 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*<sup>39</sup>.

Por último, es preciso aclarar que hasta este momento las discusiones en torno al concepto de *ius cogens*, nada tuvieron que ver con el carácter voluntarista que se dio a ellas en el texto final del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, la cuestión relativa a la ‘aceptación y reconocimiento de las normas imperativas de derecho internacional general’ o bien, *ius cogens*, en el sentido de la propia Convención lo abordaremos en los puntos que siguen.

### 1.3.2 LA NOCIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL DENTRO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Durante el segundo periodo de sesiones plenarias de la Conferencia de Viena, celebrado durante los meses de abril y mayo de 1969 y después de un sinnúmero de debates entre las distintas delegaciones, finalmente se aprobó en votación nominal el artículo 50, mismo que posteriormente hubo de conformar el texto del artículo 53 en el texto definitivo de la Convención.

#### 1.3.2.1. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

Con respecto a la imperatividad de las normas de *ius cogens*, puede decirse en primer término, que visto desde un plano meramente semántico, la expresión ‘imperativa’ o bien, ‘*peremptory*’ o ‘*impérative*’, según aparece en los textos de la propia Convención de Viena en los idiomas inglés y francés, respectivamente, denota un sentido de deber o exigencia de carácter inexcusable. Sin embargo tenemos que, según señala el profesor Michel Virally, la expresión ‘norma imperativa’ en ningún caso debe entenderse como sinónimo de ‘norma obligatoria’<sup>40</sup>. Es evidente que al ser la obligatoriedad una característica propia al derecho mismo, las normas jurídicas internacionales son en principio, obligatorias para todos los sujetos de derecho

<sup>39</sup> En el idioma inglés el texto quedó de la siguiente forma: “*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (ius cogens) A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*” 1963, *International Law Commission Yearbook* pág. 291 en VERDROSS, Alfred. *Jus Cogens and Jus Dispositivum in International Law...* Op. Cit. pág. 60.

<sup>40</sup> VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. Fondo de Cultura Económica: México, 1998. pág. 168.

internacional<sup>41</sup>, salvo aquellas normas de carácter meramente declarativo y que no traen consigo el cumplimiento de algún deber por parte de éstos.

Para nuestro fin de acercamiento a la noción de *ius cogens*, es pertinente aclarar que en ningún caso quienes formaron parte de la Conferencia de Viena tuvieron la intención de quitarle obligatoriedad a las normas de carácter dispositivo y mucho menos en la forma en que el publicista belga **Joseph Nissot** trató a dicha noción, al oponerse a la distinción entre los conceptos de *ius cogens* y *ius dispositivum* y con relación a esto, señalar que tal diferenciación sería imposible en el sentido de que es propio a la naturaleza de toda norma jurídica esta imperatividad, es decir, toda norma jurídica, a diferencia de la moral es de inexorable cumplimiento, y al distinguir a la noción de *ius cogens* encontraríamos que toda norma jurídica constituiría precisamente *ius cogens* y por consecuencia, todo ello devendría en ser una mera tautología<sup>42</sup>.

Según señalamos entonces, la noción de *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo no debe traer en sí la duda acerca de su obligatoriedad. Sin embargo, dado que el derecho internacional es en su mayor parte de naturaleza dispositiva, es decir, debido a que son los mismos sujetos que intervienen en su creación y aplicación, principalmente los Estados, quienes se encargan de dar origen y al mismo tiempo son los destinatarios de las normas que les son aplicables, cualesquiera de ellos pueden, en sus relaciones recíprocas, renunciar a la aplicación de una determinada norma existente en el derecho internacional general o particular para dar lugar a otra u otras que únicamente sean aplicables de modo particular entre tales sujetos, pero ello en ningún momento significa que el derecho internacional pierda su naturaleza obligatoria para convertirse así en una serie de actos cuya realización se vuelva una cuestión de carácter meramente potestativo.

Por el contrario, ante la concepción de la idea de *ius cogens* en el derecho internacional, tenemos que éste actúa como una limitante a la autonomía de la voluntad de los Estados, es decir, como un límite a su libertad contractual, en virtud de hallarse el *ius cogens* por encima de los intereses de cada uno de ellos como entes separados e individuales y por el contrario, comprender en sí mismo a los valores éticos propios de toda la comunidad internacional y por lo tanto, no conocer de límites geográficos en su aplicación.

---

<sup>41</sup> Si bien no constituye el objetivo principal de esta investigación, la cuestión relativa al fundamento del derecho internacional, será tratada en un capítulo posterior.

<sup>42</sup> NISSOT, Joseph. *Le concept de ius cogens envisagé par rapport au droit international*. *Revue Belge de droit international*, 1968, pp. 1 y ss. En GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. *El ius cogens internacional...* Op. Cit. pág. 6.

Por otro lado, parece necesario distinguir también a aquellas normas cuyo carácter imperativo les impide ser consideradas como parte de la idea misma de *ius cogens*. Así entonces, tenemos que de acuerdo al mismo profesor Virally, aquello que constituye un objeto imposible para el poder de negociación de los Estados queda fuera del campo de aplicación del *ius cogens*. En razón de esto, a pesar de que algunos autores han ubicado al principio '*pacta sunt servanda*' como una norma imperativa de derecho internacional general, en opinión del profesor francés tal afirmación no encuentra justificación alguna, puesto que sería verdaderamente ilógico y carecería de todo sentido el solo hecho de contemplar que los Estados pudieran acordar por virtud de un tratado la derogación de esta norma que confiere precisamente a aquél, su carácter obligatorio<sup>43</sup> pero en ningún momento se trataría entonces, de una contravención al *ius cogens*.

Del mismo modo, podríamos decir que, en el ámbito del derecho de los tratados, específicamente en el caso de tratados multilaterales, en 1966, la Comisión de Derecho Internacional previó y al mismo tiempo, consideró lícito que dos o más partes en un tratado de esta especie pudieran en un momento dado, celebrar un nuevo acuerdo cuyo objetivo fuera de manera exclusiva modificar las obligaciones de aquél tratado, sólo en sus relaciones mutuas<sup>44</sup>. Sin embargo, esta libertad en ningún momento es ilimitada y por tanto, presenta también excepciones.

En primer lugar, con respecto a la situación jurídica del resto de Estados partes en un tratado, las disposiciones contenidas en éste no pueden ser modificadas sin su consentimiento. En segundo término, con relación a la derogación de aquellas cuya derogación sería de plano incompatible con el objeto y propósito del tratado y por último, en el supuesto que el mismo tratado previera en su propio texto un impedimento para realizar una modificación a través de un determinado procedimiento. Así pues, podríamos también hablar en este caso de normas de carácter imperativo, que en consecuencia, serían inderogables por dos o más Estados partes en un tratado, pero que en ningún caso podrían considerárseles como normas que consagrarán en sí principios de *ius cogens*.

A partir de lo anterior, podemos decir de manera preliminar, que desde este momento y a lo largo de nuestra investigación, será siempre preciso reconocer que la esencia de la noción de *ius cogens* no radica en su inderogabilidad. Al hablar de inderogabilidad, hemos de referirnos necesariamente a una consecuencia lógica

---

<sup>43</sup> VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional...* Op. Cit. pág. 170.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 176.

inherente a estas normas imperativas, más no a la naturaleza misma de los principios de *ius cogens*, cuya esencia responde más bien a la existencia de determinados valores éticos universales, considerados como supremos por la comunidad internacional y que se hallan consagrados en tales principios.

### 1.3.2.2. DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

El artículo 53 y aquellos otros relativos al tratamiento de las normas de *ius cogens* en la Convención de Viena, se refieren a éstas como ‘normas imperativas de derecho internacional general’. Así entonces, respecto del significado de la expresión ‘general’, don Antonio Gómez Robledo, señala que este término se refiere “no a una mayoría cualquiera, sino a una mayoría que se aproxima bastante a la universalidad”, de donde para nuestro autor “la norma de derecho internacional general es la norma que recibe una aplicación general en el seno de la comunidad internacional”<sup>45</sup>.

Durante la decimaquinta sesión de la Comisión de Derecho Internacional, celebrada en 1963, el comité en aquel entonces encargado de elaborar el proyecto de Convención determinó conveniente dejar claro que el artículo 53 se relacionaba directamente con el derecho internacional universal. Por tal razón, en el título de dicho artículo se estableció el término derecho internacional general, en oposición al derecho internacional regional.

Ya en la doctrina, en la concepción del profesor Michel Virally, por derecho internacional general, debemos entender a aquel “conjunto de las normas aplicables a todos los Estados miembros de la sociedad internacional, por oposición a las normas internacionales aplicables sólo a algunos de ellos y que constituyen el derecho internacional particular, ya sea regional, local o bilateral”<sup>46</sup>.

Acorde con la opinión del jurista español **Manuel Diez de Velasco**, el derecho convencional no puede ser considerado como parte del derecho internacional general y este último prácticamente “consiste en normas consuetudinarias y principios generales del derecho”<sup>47</sup>. Por su parte, la profesora **Krystina Marek** se pronuncia de manera categórica al respecto y explica que “el derecho internacional general existe

<sup>45</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional...* Op. Cit. págs. 77-78

<sup>46</sup> VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional...* Op. Cit. págs. 174-175

<sup>47</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Técnos. Madrid, 1975. pág. 80.

*única y exclusivamente como derecho consuetudinario; no se conoce un derecho general de tratados.*<sup>48</sup>.

La propia Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en la sentencia de fondo sobre el CASO DE LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN Y EN CONTRA DE NICARAGUA de 1986, señaló que cuando dos Estados acuerdan incorporar una determinada norma en un tratado, tal acuerdo es suficiente para hacer de ésta, una norma jurídica obligatoria entre ellos; sin embargo, en la esfera del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida de las partes con respecto a su contenido o lo que ellas consideran como norma no es suficiente. La Corte debe autosatisfacerse que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados sea confirmada por la práctica de éstos<sup>49</sup>.

Sin embargo, aún cuando hasta este momento pareciera que la mayor parte de la doctrina se orientara en el sentido de que el derecho internacional general sólo puede estar presente en la forma de derecho consuetudinario y por tanto, no puede hablarse de un derecho convencional general, **Hans Kelsen**, ya en 1952 escribió que:

*“... el término derecho internacional general comprende las normas de derecho internacional que son válidas para todos los Estados del mundo, mientras que la expresión 'derecho internacional particular' comprende las normas de derecho internacional válidas sólo para ciertos Estados. El derecho internacional es en realidad derecho consuetudinario. Como los tratados son en principio vinculantes para las partes contratantes, y no existe un tratado que haya sido celebrado o al cual se hayan adherido todos los Estados del mundo, solamente hay un derecho general consuetudinario y no un derecho general convencional”*<sup>50</sup>.

De lo anterior podemos decir que acorde con la opinión del filósofo austriaco, podría también hablarse de derecho internacional general creado a través de un tratado, sólo si en un caso dado, fueran partes en tal tratado todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional.

Más aún, conforme a la visión del representante soviético ante la Conferencia de Viena, el profesor **Grigory Tunkin**, los doctrinarios deben aceptar que el derecho

<sup>48</sup> MAREK, Krystina, *Thought on codification*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und VR*, vol. 3, 1971, pág. 497, en GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio. *El ius cogens internacional...* *Op. Cit.* pág. 81.

<sup>49</sup> *Cfr. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 p. 14, pág. 97, párrafo. 183.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público...* *Op. Cit.* pág. 161.

internacional general hoy en día comprende tanto normas consuetudinarias como normas convencionales de derecho internacional. Tal concepción traería consigo implicaciones en dos niveles, primero, la codificación y el desarrollo progresivo de derecho internacional, actualmente efectuado comúnmente a través de tratados, ocuparían el lugar que les es apropiado; luego, la Carta de las Naciones Unidas, la cual al ser considerada como documento básico del derecho internacional general contemporáneo, sería entonces aceptada por la doctrina como una especie de constitución de la comunidad internacional, esto de considerable importancia para el futuro de la humanidad<sup>51</sup>.

De todo lo anterior tenemos entonces que, al hablar de *ius cogens*, según se refiere a éste el artículo 53 de la Convención de Viena, es decir, como una 'norma imperativa de derecho internacional general', debemos referirnos necesariamente a una norma jurídica internacional cuya aplicación no se limita a determinadas relaciones particulares o a ciertas regiones geográficas, por el contrario, su imperatividad se extiende así a todos los Estados que forman hoy parte de la comunidad internacional. Por tal razón, en principio salta a la vista la idea de algunos autores, entre quienes se cuentan al publicista francés Paul Reuter<sup>52</sup>, que sostienen la posibilidad de existencia de un *ius cogens* regional o mejor, la idea de que una comunidad dada reconozca para sí ciertas normas jurídicas cuya importancia impida que los miembros de tal comunidad puedan apartarse de su cumplimiento.

En opinión del profesor Virally, esta posibilidad que recuerda más directamente a lo que constituye el orden público en el derecho estatal es posible. sin embargo, en ningún momento estas normas deben ser reconocidas y sancionadas por el derecho internacional general<sup>53</sup>. Más aún, en el caso específico en que una comunidad de Estados tal como lo es, por ejemplo, la Unión Europea, adoptara para sí una norma de este tipo, cuya aplicación se restringiera necesariamente a tal región, estaría siempre supeditada a lo establecido por el *ius cogens* universal, dado que, como según hemos visto, es a través de este concepto como el derecho internacional intenta proteger los valores éticos que le son propios a la sociedad internacional y en consecuencia, ningún grupo de Estados pudiera apartarse de estos principios primordiales, incluso en sus relaciones particulares.

### 1.3.2.3. COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS EN SU CONJUNTO

<sup>51</sup> Cfr. TUNKIN, Grigory. *Is General International Customary Law Only?*. European Journal of International Law Vol. 4, No. 4 (1993) pp. 534-541. pág. 541.

<sup>52</sup> Cfr. REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados...* Op. Cit. pág. 169.

<sup>53</sup> Cfr. VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional...* Op. Cit. pág. 174.

Según hemos ya señalado, uno de los conflictos más importantes que ha generado la inclusión del concepto de *ius cogens* en la Convención de Viena, es precisamente la naturaleza consensual que ha pretendido dársele a las normas imperativas de derecho internacional general.

Como bien sabemos, el artículo 53 de dicho instrumento establece la necesidad de que este tipo de normas sean reconocidas y aceptadas como tales, por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Ahora bien, es propósito de este apartado analizar lo que la Comisión de Derecho Internacional, al momento de elaborar el texto de la Convención, pretendió dar a entender al utilizar la frase ‘comunidad internacional de Estados en su conjunto’.

La inclusión de esta frase en el artículo 53 tuvo como origen la enmienda presentada al artículo 50 del proyecto, presentada por España, Finlandia y Grecia, en la que dichos países proponían que se insertaran en el texto final de tal artículo las palabras ‘reconocida por la comunidad internacional como una norma’ entre las palabras ‘derecho internacional general’ y ‘que no admita acuerdo en contrario’<sup>54</sup>. La justificación de esta enmienda, conforme al pensamiento del delegado de Grecia ante la Conferencia, radicaba en que precisamente la universalidad de su aceptación por la comunidad internacional constituía el elemento esencial del *ius cogens* internacional, en razón de esto, las normas a que se refería debían ser aceptadas por la conciencia jurídica de la comunidad de los Estados como constitutivas de un orden público internacional<sup>55</sup>. Aunque en principio esta enmienda fue aceptada, el Comité de Redacción de la Convención de Viena decidió regresar el texto y agregar las palabras ‘en su conjunto’.

Así, el embajador Yasseen, entonces presidente de dicho Comité estableció que al añadir las palabras ‘en su conjunto’ en el artículo 50, el Comité de Redacción había querido subrayar que no se trata de exigir que una norma fuera aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Bastaba así, una mayoría muy amplia, es decir, si un Estado se rehusaba aisladamente a aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si tal Estado era apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello en ningún caso podía afectar a la aceptación y

---

<sup>54</sup> United Nations Conference on the Law of Treaties, official records. UN Doc. A/CONF.39/11 Add. 9 (1968) pág. 187.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 326, párrafo 20.

reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto<sup>56</sup>.

A partir de esto, la tendencia en derecho internacional para explicar la frase 'en su conjunto' se dio en el sentido de entender a ésta como 'una mayoría muy amplia' con la excepción admisible de 'un pequeño número de Estados'. Pero al mismo tiempo, señala el profesor Stuzcky, parece existir otra postura que intenta interpretar este requisito de universalidad de un modo más flexible, o bien, que supone la existencia de otro criterio que explica esta universalidad desde una perspectiva distinta, que desde luego, no toma tanto en cuenta el número de Estados.

Por su parte, el célebre *iusinternacionalista* **Roberto Ago**, sostuvo que:

*“... la convicción del carácter imperativo de la norma debe ser compartida por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional, y no sólo, por ejemplo, por los Estados orientales u occidentales, por los países desarrollados o por los subdesarrollados, o por todos aquellos de un continente o de otro”<sup>57</sup>.*

De acuerdo con esto, es imposible considerar una norma como imperativa de derecho internacional general si la convicción de este carácter perentorio se limita a ciertas regiones geográficas o a determinadas agrupaciones de Estados y en consecuencia, para que una norma imperativa de derecho internacional general sea reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, es suficiente si todos los componentes esenciales de esta comunidad la reconocen como tal. En este sentido, la mayor parte de los delegados ante la Conferencia de Viena coincidieron en que la falta de aceptación o incluso la expresión de oposición por parte de uno o un pequeño número de Estados no constituía un obstáculo para que una norma pudiera ser caracterizada como imperativa, tal opinión se vio reflejada en el resultado de la votación a que convocó el mismo embajador Yasseen para incluir dentro del texto final a la frase 'en su conjunto', en español, o 'as a whole' y 'dans son ensemble', en los idiomas inglés y francés, respectivamente<sup>58</sup>.

Así, de acuerdo con el criterio entonces establecido por la Comisión de Derecho Internacional, a fin de que pudiera cumplirse con el requisito establecido por el artículo

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 519, párrafo 12.

<sup>57</sup> AGO, Roberto. *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*. *Recueil des cours*, Vol. 134 (1971-III), pp. 297-331, pág. 323 (Traducción propia).

<sup>58</sup> La frase fue aprobada por 57 votos a favor, 3 en contra y 27 abstenciones. UN Doc. A/CONF.39/11 Add. 9 (1968) págs. 471-72.

53 de la Convención de Viena no es necesario que la totalidad de Estados que conforman a la comunidad internacional expresen su aceptación y reconocimiento respecto de una norma imperativa de derecho internacional general, como tal.

Finalmente, todo esto nos lleva a reflexionar nuevamente sobre el carácter voluntarista con que se pretende identificar a este tipo de normas. Es decir, desde nuestro punto de vista, si aceptamos la naturaleza consensual de las normas de *ius cogens*, entonces habría que hacernos, al menos las preguntas siguientes: ¿cuál podría ser entonces la diferencia entre el *ius cogens*, y las normas de derecho consuetudinario?; ¿en qué forma y momento puede considerarse que la comunidad internacional en su conjunto ha reconocido y aceptado el carácter imperativo de una norma de derecho internacional general?; ¿son obligatorias las normas de *ius cogens* incluso para aquellos Estados que no sólo no expresaron su aceptación y reconocimiento, sino que se opusieron a su surgimiento?; ¿cómo debe expresarse la aceptación y el reconocimiento por parte de la comunidad internacional en su conjunto cuando nos encontramos ante el surgimiento de una nueva norma de *ius cogens* que deroga a una anterior de la misma categoría?.

#### 1.4. FIGURAS ANÁLOGAS AL *IUS COGENS*

En razón de ser la inderogabilidad una consecuencia lógica presente siempre en toda norma caracterizada como de *ius cogens*, es conveniente abordar aunque de modo menudo, el tratamiento de otras figuras que dada su esencia y los valores que tienden éstas a proteger, son también de naturaleza inderogable. Así entonces, tenemos que de manera análoga a la noción de *ius cogens*, se encuentran, entre otros, el concepto de derecho público en el derecho romano; el derecho divino en el contexto del derecho canónico y finalmente, la idea de orden público en el derecho interno.

##### 1.4.1. EL *IUS PUBLICUM* EN EL DERECHO ROMANO

De acuerdo con el Maestro Gómez Robledo<sup>59</sup>, si bien es cierto parece no haber existido en el derecho romano evidencia del uso del término *ius cogens*, también lo es que los romanos tuvieron ya conocimiento de la idea de un derecho inderogable. Sin embargo, dicha figura jamás fue visualizada con base en la dualidad de conceptos *ius cogens* – *ius dispositivum* que en la actualidad conocemos, sino en los términos siguientes: ‘derecho público –derecho privado’ -*ius publicum* – *ius privatum* -.

<sup>59</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. *ius cogens y Ius Naturale*, en IRIGOYEN TROCONIS, Martha. *Iusnaturalistas y Iuspositivistas Mexicanos* (ss. XVI - XX). Universidad Nacional Autónoma de México. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas. México, 1998. págs. 93-101.

Por lo que toca a esta dicotomía, es decir, a la división que se hace entre el *ius publicum* y *ius privatum* romano, se tiene por un lado que '*publicus*' es la expresión utilizada al hacer referencia a aquello que pertenece al '*populus*', a la *civitas* o Estado. Asimismo, en el Libro I de la República de Cicerón, párrafo XXV, subpárrafo 39, este mismo establece que: "*Es pues, la 'República' la 'cosa del pueblo', y el pueblo, no toda agrupación de hombres congregada de cualquier manera, sino la agrupación de una multitud de, asociada por un consenso de derecho y la comunidad de intereses*"<sup>60</sup>. Por otro lado, el término '*privatus*' refiere a todo aquello que pertenece al *privus*, esto es, al particular.

Las expresiones *ius publicum* y *ius privatum* comenzaron a ser utilizadas a finales de la república y evidencia de su uso puede encontrarse en el primer fragmento del Digesto (D. I, 1, 1, 2), de esta forma, **Ulpiano** nos dice que el derecho puede ser estudiado bajo dos aspectos:

*"... el público y el privado. Derecho público es el que atañe al gobierno de la república; privado el que vela por los intereses de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado. El derecho público consiste en el ordenamiento referente a la religión, al sacerdocio y a las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues está recogido en preceptos naturales, de derecho de gentes y civiles"*<sup>61</sup>.

De acuerdo con esto, puede observarse de las distintas fuentes que el derecho público y el derecho privado en Roma podían diferenciarse entre sí, a través de distintos criterios. Para efectos de este trabajo, seguiremos la opinión del **Maestro Fernández de Buján** para diferenciar ambos conceptos. Ambas expresiones pueden ser distinguidas: (a) con relación a su origen, (b) con relación al contenido, (c) con relación a su utilidad y (d) con relación a la derogabilidad de sus normas. Si bien, hemos de referirnos de manera concreta a cada uno de los anteriores matices diferenciales, son los dos últimos, es decir, la utilidad y la derogabilidad de sus

<sup>60</sup> "*Est igitur respublica, res populi; populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*" CICERÓN, Marco Tulio. *De la República*. Introducción, traducción y notas de Julio Pimentel Álvarez. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filológicas, 1984 (BIBLIOTHECA SCRIPTORUM GRAECORVM ET ROMANORVM MEXICANA). pág 128.

<sup>61</sup> "*... publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam public utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*" IGLESIAS- REDONDO, Juan. *Derecho Romano*. Editorial Ariel, S.A. España., 1999. pág. 61.

normas los que finalmente resultan de mayor interés para fines de esta investigación<sup>62</sup>.

De esta forma, con relación al origen de unas y otras normas, se tiene que son normas de derecho público aquellas contenidas en las *leges publicae*, los senadoconsultos, los edictos de los pretores y las constituciones imperiales. En tanto que al Derecho privado corresponden todas aquellas normas contenidas en la costumbre, las interpretaciones de los juristas y los pactos y negocios que los particulares hacen con la finalidad de regular la protección de sus intereses y siempre en uso la autonomía de la voluntad.

Por su contenido, son normas de derecho público, aquellas que tienen relación con la organización y gestión de la ciudad, gestión de los tributos, relaciones con otras comunidades, delitos públicos y proceso penal. Por otro lado, son normas de Derecho privado, las disposiciones normativas de las relaciones patrimoniales y familiares, los delitos privados y el proceso civil.

Con relación a su utilidad, son disposiciones de derecho público aquellas en las que lo más importante es la preservación del interés común, general o social. En tanto las normas que tienden a proteger estrictamente el interés de los particulares, a través de la celebración de distintos pactos y negocios corresponden, desde luego, al derecho privado.

Finalmente, hemos llegado ya al criterio de diferenciación que más relación guarda con la idea de *ius cogens*, aquel que se refiere a la derogabilidad de las normas. Así entonces, se considera que las normas de *ius publicum* son de carácter imperativo, por lo que las partes no pueden incumplirlas ni pactar otra norma que vaya en contra de aquellas, en tanto que la naturaleza de las normas de *ius privatum* es dispositiva y, en consecuencia, pueden ser no tomadas en cuenta por los particulares.

Esta noción, relativa a la inderogabilidad del derecho público por las partes, se encuentra inserta principalmente en los siguientes principios contenidos en el Digesto. Puede decirse que dos son los más importantes, el primero se trata de una sentencia de Papiniano que establece que: "*el derecho público no puede ser alterado por los particulares*"<sup>63</sup>; y por otra parte, en el segundo, Ulpiano indicó que "*el convenio privado*

<sup>62</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa. Ed. Civitas. España, 2000. págs. 279-280.

<sup>63</sup> "*ius privatorum pactis mutari non potest*" (D. II, 14, 38). El Digesto de Justiniano... Op. Cit. Tomo I (Instituciones Preliminares y libros 1-19) pág. 126.

*no puede derogar el derecho público*"<sup>64</sup>, sin embargo, aparece también esta idea en otras sentencias, así, el mismo Ulpiano destacó que *"Dice el pretor: <<mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos>>"*<sup>65</sup>.

En otra parte del Digesto, Papiniano advirtió lo siguiente:

*"<<Quiero que se manumita a Kerdón, mi esclavo, de forma que prometa sus servicios a mi heredero>>. El manumitido no puede ser obligado a prometer nada, pero, aunque lo hubiera prometido no se dará acción contra él, pues no podría alterar un derecho que es público quien dio libertad <tan sólo> mediante un fideicomiso."*<sup>66</sup>

En otra sentencia, Ulpiano observó que:

*"Pregunta Neracio: si el que había dado la dote por la mujer estipuló que se le devolviesen dos partes de la dote y que la tercera quedase en poder del marido, y que hubiese pactado que el marido no aportase nada para el entierro, ¿quedará obligado el marido por la acción funeraria? Y dice que, si enterró el estipulante a la mujer, se aplicará lo pactado y sería inútil la acción funeraria, pero que si la enterró otro, puede demandar éste al marido porque por este pacto no podría infringirse un derecho que es público ..."*<sup>67</sup>.

Por otro lado, en el Libro XXVII del Digesto, Título 8, Ley 1, Párrafo 9, Ulpiano estableció también que:

*"Si se hubiera convenido entre los magistrados que el nombramiento de tutores fuera tan sólo a riesgo de uno solo de ellos, dispuso por rescripto Adriano, de consagrada memoria, que esos convenios no fueran en perjuicio del pupilo, pues el derecho público no puede alterarse por el convenio de los diunviros ..."*<sup>68</sup>.

Para finalizar con esta idea, me permito citar la sentencia de Gayo, acorde con quien:

<sup>64</sup> *"privatorum conventio iuri publico non derogat"* (D. L. 17, 45, 1) *Ibidem*, Tomo III (Libros 37-50), pág. 873.

<sup>65</sup> D. II, 14, 7, 7. *Ibidem*, Tomo I (Instituciones Preliminares y libros 1-19) pág. 118.

<sup>66</sup> D. XXXVIII, 1, 42, *Ibidem*, Tomo III (Libros 37-50), pág. 80.

<sup>67</sup> D. XI, 7, 20 pr. *Ibidem*, Tomo I (Instituciones Preliminares y libros 1-19) pág. 460.

<sup>68</sup> D. XXVII, 8, 1, 9 en *Ibidem*, Tomo II (Libros 20-49) pág. 158.

"Son cofrades los que pertenecen a una misma asociación, que los griegos llaman *hetairea*. La ley les permite establecer los pactos que quieran, con tal de no infringir la ley pública. Esta ley parece copiada de la ley de Solón que dice (en griego): <<Si no se oponen las leyes públicas, sea válido lo que convienen entre sí para sus fines los de un pueblo o <<fratría>>, los socios para un culto, los comensales, los cofrades de sepultura o de religión, o los que emprenden una captura o negocio>>"<sup>69</sup>.

Ahora, de acuerdo con las precisiones anteriores es cierto que la equiparación que se ha hecho entre la idea de *ius cogens* y el *ius publicum* romano no es exacta por completo, siguiendo este orden, es necesario considerar al *ius publicum* en su más amplio sentido, y considerar que ya desde el derecho romano existieron determinadas normas encargadas de regular las relaciones entre los particulares que, en atención a la relevancia del interés social o general contenido en los preceptos no podían ser derogables en uso de la autonomía de la voluntad de los particulares.

Con relación a esto, el mismo Maestro Fernández de Buján<sup>70</sup> señala los siguientes ejemplos: la no exención de responsabilidad por dolo; la imposibilidad de eximir de responsabilidad a los empresarios de transportes marítimos, la imposibilidad de pactar la no responsabilidad por delitos privados<sup>71</sup>; la imposibilidad de pactar que no se ejercerá el interdicto en caso de violencia, en cuanto tiene lugar por razón pública<sup>72</sup>, entre otros. Es decir, no debe considerarse al *ius publicum* solo como aquél derecho creado por el Estado, sino también todas aquellas normas de las cuales las partes no pueden apartarse a través de acuerdos particulares.

A este respecto, parece prudente hacer notar la clasificación que del derecho romano hace el Doctor **Guillermo Floris Margadant** en la que señala que, además de la división *ius publicum* – *ius privatum*, a la que ya nos hemos referido, las instituciones de derecho romano nos muestran otra pareja de conceptos: derecho taxativo o *ius cogens* y derecho dispositivo, o bien, *ius dispositivum*. Por cuanto al derecho taxativo, es el derecho en el cual se encuentran las normas que no admiten pacto en contrario, en tanto que en el Derecho dispositivo, se encuentran aquellas mediante las cuales el legislador únicamente interpreta la voluntad de las partes o llena las lagunas jurídicas existentes, en la forma que éste considera más justa; empero, las partes siempre

<sup>69</sup> D. XLVII, 22, 4 en *Ibidem*, Tomo III (Libros 37-50), pág. 666.

<sup>70</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *El derecho público romano ... Op. Cit.* pág. 280.

<sup>71</sup> Cfr. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I (Instituciones Preliminares y libros 1-19)... *Op. Cit.* D. II, 14, 27, 4. pág. 124.

<sup>72</sup> *Idem*.

pueden derogar de común acuerdo e inter se dichas disposiciones de carácter dispositivo<sup>73</sup>.

#### 1.4.2. EL DERECHO DIVINO EN EL DERECHO CANÓNICO

Respecto al derecho canónico y a la ubicación de la idea de *ius cogens* dentro de éste, tampoco parece haber evidencia del uso de dicha expresión en el derecho de la Iglesia para referirse así a la idea de un derecho superior e inderogable. Sin embargo, por virtud del origen y naturaleza propios de esta rama, y según haremos ver más adelante, es posible encontrar dentro de ésta una noción afín o, en un momento dado, equiparable a la idea que hoy se tiene sobre las normas de *ius cogens*.

Para poder llegar a esta conclusión es conveniente entender, en principio, la existencia misma del derecho canónico, esto es, asumir a éste como al derecho de la Iglesia y a ésta última como una realidad de doble naturaleza: divina y humana. Así entonces, es de tener en consideración que cualquiera que sea la definición que se dé sobre derecho canónico, ésta debe derivar de diversas circunstancias específicas. En primer lugar, del hecho de que varios individuos crean en la existencia de un ente divino, un ser supremo o un Dios; luego, que dicha creencia lleve a éstos a conformar una agrupación que a su vez requiera de la presencia de un orden jurídico, pero antes de poder hablar acerca de la existencia de un orden jurídico, es necesario que haya ámbitos de autoridad de donde tal derecho derive, por ello es preciso que esta creencia se concrete en la idea de que tal divinidad tiene el carácter de autoridad, de un Dios que se muestra, entre otras formas, a través de órdenes y normas que deben ser cumplidas por los hombres en la Tierra y por lo tanto, frente al cual el ser humano se encuentra colocado en un lugar inferior.

Por otro lado, al ser la Iglesia no sólo una institución de carácter espiritual, sino simplemente una sociedad compuesta por individuos, completamente perceptible, no debemos dejar de lado que como tal, está dotada de un orden jerárquico y como en toda jerarquía, en la Iglesia también se halla presente una autoridad de naturaleza humana, en este caso, constituida por voluntad divina, cuya misión es propiamente servir de guía al pueblo de Dios a través de los distintos medios terrenales y espirituales y que además, independientemente de cualquier otra competencia, tendrá

---

<sup>73</sup>Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho romano privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993. pág. 103.

una competencia propia para regular todas aquellas cuestiones relativas a la existencia de esta institución en la Tierra.

Así entonces, se distinguen dos ámbitos propios de la autoridad humana y de esta forma, se tiene por un lado, a la autoridad humana como medio de manifestación de la autoridad divina, y en este sentido es el Papa quien, en la Iglesia católica, actúa como máxima autoridad humana, al ser él el medio por el cual se expresa la voluntad de Dios, a través del instituto de la infalibilidad<sup>74</sup>. Por otro lado, se tiene a la autoridad humana como tal, encargada de regular todos aquellos aspectos resultado de las relaciones entre individuos generadas en esta sociedad llamada Iglesia.

La relación entre ambas autoridades parece entonces incuestionable, pues en principio, la existencia de la autoridad humana se muestra simplemente como un acto de la autoridad divina, esto es, aquella debe su origen y naturaleza a la voluntad de Dios. Sin embargo, la principal forma en que estas dos autoridades aparecen unidas es precisamente en su actuar, pues la existencia de la autoridad humana sólo se verá justificada en el modo en que su actuación se encamine siempre hacia la consecución del fin de la Iglesia.

Ahora bien, si la Iglesia constituye una realidad compleja conformada por un doble componente, el elemento divino y por debajo de éste, el elemento humano, puede decirse que de manera igual, el derecho canónico, como escenario jurídico de dicha realidad, presenta también este doble fundamento. Es así que al no ser la Iglesia una institución derivada únicamente de la voluntad humana, así tampoco son resultado exclusivo del legislador humano todos aquellos mandatos y normas de comportamiento traducibles en Derecho y puede observarse entonces, que el Derecho canónico también está constituido por normas jurídicas de carácter divino y normas jurídicas de naturaleza humana.

Para fines de este apartado es precisamente esta doble composición que presenta el derecho de la Iglesia y la relación que se da entre ambos elementos, el punto que más interesa para poder concluir que en el derecho canónico existe algo que, por su inderogabilidad, pudiera ser equiparable a la noción de *ius cogens*, como derecho fundamental e imperativo.

---

<sup>74</sup> “El Romano Pontífice, cuando habla *ex cathedra*, esto es, cuando en el ejercicio de su oficio de pastor y maestro de todos los cristianos, en virtud de su suprema autoridad apostólica, define una doctrina de fe o costumbres como que debe ser sostenida por toda la Iglesia, posee, por la asistencia divina que le fue prometida en el bienaventurado Pedro, aquella infalibilidad de la que el divino Redentor quiso que gozara su Iglesia en la definición de la doctrina de fe y costumbres. Por esto, dichas definiciones del Romano Pontífice son en sí mismas, y no por el consentimiento de la Iglesia, irreformables”. *Constitución Dogmática sobre la Iglesia de Cristo (1870)*. Biblioteca electrónica Cristiana. Lima, 2003. [[www.multimedios.org/docs/d000443/p000013.htm#h1](http://www.multimedios.org/docs/d000443/p000013.htm#h1)], con acceso el día 17 de junio de 2006.

Por derecho humano, éste en sentido objetivo, y como elemento integrador del derecho canónico, se entiende al conjunto de normas jurídicas que conforman al sistema canónico y pueden ser perceptibles en un momento dado.

Por lo que toca al derecho divino, se tiene que acorde con el canonista *Pedro-Juan Viladrich*, el auténtico derecho divino es aquél que “*está formado por aquellas normas, exigencias y principios que constituyen un orden social justo, imperativo y vinculante, intersubjetivo e histórico, que surge de la voluntad legisladora de Dios o, en la Iglesia, de la voluntad fundacional de Cristo*”<sup>75</sup>. Cabe mencionar que una de las más grandes discusiones que se han dado en la doctrina, es precisamente aquella relativa a la juridicidad o metajuridicidad del derecho divino, es decir, si aquellas normas, exigencias y principios ordenadores que lo conforman, constituyen un auténtico orden jurídico o bien, poseen una naturaleza distinta.

En cuanto al modo que tiene para ser manifestado el derecho divino, se dice que este derecho se exterioriza por un lado, a través de la propia naturaleza humana, en lo que ha de llamarse derecho divino natural. La forma en que éste es conocido se encuentra en el propio hombre, sea parte o no del pueblo de Dios y en consecuencia, este derecho es en principio, uno sólo y vigente para toda la humanidad.

Por otra parte, el derecho divino también se manifiesta a través de la revelación, y para transmitir a los hombres dicha revelación dos son los métodos a utilizar: la sagrada escritura y la tradición, a esto entonces, le ha sido llamado derecho divino positivo. Consecuentemente, conforman al derecho divino positivo, por una parte, los preceptos del Antiguo Testamento, confirmados por Cristo y todos los libros del Nuevo Testamento, y por otro lado, la tradición, a través de la cual se transmite y se precisa en la historia de la Iglesia el mensaje que constituye la voluntad divina y que ha de ser dirigido al pueblo de Dios.

Apartados de la discusión acerca de la propia naturaleza del derecho divino y apoyándonos en la mayoría de los autores para asumir que, tanto éste como el derecho humano son auténtica y verdaderamente derecho, y que ambos conforman una unidad que viene finalmente a constituir al ordenamiento canónico, es ahora necesario tratar la relación presente entre ambos dentro de este sistema.

---

<sup>75</sup> VILADRICH, Pedro Juan. *El Derecho Canónico* en BERNARDEZ CANTÓN, Alberto. Derecho Canónico. Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades Españolas. Universidad de Navarra. España, 1974. pág. 68.

Con respecto a esto, es conveniente recurrir a **Alfons Maria Stickler** quien señala que:

*“... entre los presupuestos básicos generales de la Iglesia en el derecho canónico, se debe considerar la actividad puramente humana en el manejo de la potestad eclesiástica conferida por Dios. Teóricamente, esta actividad es en la Iglesia tan independiente y libre como en los otros órdenes jurídicos primarios e independientes, principalmente en el Estado, pero de hecho bajo más de un respecto tiene mayores trabas y limitaciones que los poderes mundanos de gobierno. En efecto, la actividad eclesiástica está ligada a las inmutables disposiciones del derecho divino ... que para ella son intangibles”<sup>76</sup>.*

En este sentido, parece acertado el comentario del célebre Cardenal austriaco, al colocar a la autoridad humana en una posición de subordinación con respecto a la autoridad divina y ello, como un primer acercamiento a la relación presente entre los aspectos divino y humano del derecho canónico, en consecuencia, todo ello nos lleva a pensar que el derecho humano debe ser siempre un reflejo del derecho divino, y por tanto, en ningún momento, podrá aquél contravenir a éste.

Por un lado, una postura muy generalizada y que de manera tradicional se ha mantenido entre los canonistas respecto del papel que juega el derecho divino con relación al derecho humano, es aquella que le da al derecho divino una doble función. Así, en primer lugar, el derecho divino es la base o fundamento mismo del derecho canónico, es decir, el derecho divino actúa como el origen del derecho humano en el sistema canónico, y éste recibe de aquél su fuerza vinculante.

En segundo término, ambos órdenes jurídicos concurren de forma paralela en la regulación de las cuestiones propias de la Iglesia, pero en todo momento prevalecerá el derecho divino sobre aquello que disponga el derecho humano, a este propósito, podemos citar al célebre canonista **José Maldonado** quien de manera atinada señala que *“... [El Derecho divino] es un límite del que éste [el Derecho canónico] no puede exceder; el Derecho canónico no puede derogar al Derecho divino, ni cambiarlo, ni dispensar su cumplimiento, ni comprometerse en relación con el Derecho civil en lo que pueda afectar a sus normas o principios”<sup>77</sup>*. Consecuentemente, el derecho divino no sólo es fundamento sino también límite e instancia legitimadora del derecho

<sup>76</sup> STICKLER, Alfons. *El misterio de la Iglesia en el Derecho canónico* en IBÁN C, Iván. *Derecho canónico y Ciencia jurídica*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1984. pág. 317.

<sup>77</sup> MALDONADO, José. *Curso de derecho canónico para juristas civiles (parte general)*. Marsiega. Madrid, 1970. pág. 44.

humano, pues éste sólo podrá ser legítimo en la medida en que su actuación se adecue al derecho divino.

Por otra parte, en cuanto al papel que en todo esto desempeña el derecho humano con respecto al derecho divino, puede decirse en principio, que este último requiere ser de algún modo formalizado por aquél, esto significa que a fin de que la concepción que se tiene sobre el derecho divino no se quede en un simple cúmulo de normas, exigencias y principios derivados de la voluntad de Dios o de Cristo, en la Iglesia, y por el contrario, sea vista como un todo, congruentemente constituido por todos sus componentes, se hace necesario entonces, tecnificar, a través del Derecho humano, a los distintos elementos constitutivos del derecho divino, es decir, darles una determinada forma, atribuirles una eficacia precisa mediante la elaboración de distintos instrumentos jurídicos que la garanticen y, en general crear todas las condiciones para la existencia válida de este derecho en la Tierra. Es de esta forma como el legislador humano interviene con relación al derecho divino, de tal forma que son principalmente la ley y la costumbre los modos en que el derecho divino se manifiesta a través del derecho humano, esto según se deriva de la lectura de los primeros cánones del *CODEX IURIS CANONICI* de 1983.

A partir de todo esto, surge entonces la necesidad de plantearnos una pregunta, ¿podríamos hablar de la existencia de disposiciones de derecho humano, es decir, ley o costumbre, que pudieran contraponerse al derecho divino?. Con todo lo que ya he dicho, la respuesta parece evidente. Ya el canon 24 del Código de derecho canónico vigente, parece ofrecer una solución a este planteamiento al señalar que ninguna costumbre podrá alcanzar fuerza de ley si ésta resulta contraria al derecho divino, y en el párrafo siguiente establece que tampoco una costumbre contra la ley o extralegal podrá alcanzar fuerza de ley si dicha costumbre no es razonable. Si bien es cierto que este canon únicamente se refiere a la costumbre, es digno señalar que según el **Doctor Juan Arias**<sup>78</sup>, el requisito de la racionalidad es primordial tanto para la costumbre como para la ley. De esta forma, parece ser que la *rationabilitas*, es el criterio que hace que una norma producto del legislador humano esté de acuerdo con el derecho divino y en este sentido, dicha norma pueda existir como derecho.

En razón de esto, finalmente es digno mencionar que fue Santo Tomás de Aquino, quien con más claridad relacionó a la costumbre y a la ley humana con respecto a la racionalidad y trató a ésta como requisito esencial para que ambas pudieran ser

---

<sup>78</sup> Cfr. IBÁN C, Iván. *Derecho canónico y Ciencia jurídica... Op. Cit.* pág. 328.

propriadamente derecho. Así en la cuestión 90 de su Tratado de la Ley presenta a la racionalidad como elemento básico de la ley.

Santo Tomás afirmó que la ley tenía su fundamento en la razón, pues para él ésta era el primer principio regente de todos los actos humanos y por lo tanto, la regla y medida de todos ellos. Sostuvo además, que era propio de la razón, el ordenar las cosas a su fin, es decir, el orden para alcanzar la felicidad del hombre en el seno de una comunidad. Así, la ley es una cierta regla y medida de todos los actos del ser humano, en tanto que por ella éstos actúan o se abstienen de hacerlo. De este modo, ésta debe estar siempre basada en la razón y, por tanto, dirigida hacia el orden de la felicidad común del hombre.

Como señalamos al inicio de este apartado, si bien es cierto que en el derecho canónico no hay evidencia de que la expresión *ius cogens* sea utilizada para referirse así a la existencia de un derecho imperativo e inderogable, también lo es que a lo largo de este apartado en el que hemos intentado explicar el doble componente de la Iglesia, como institución y de su derecho, como escenario jurídico de la misma, puede distinguirse la presencia de un derecho superior, un derecho del cual, dada su propia naturaleza, esto es, divina y humana, el legislador humano no debe apartarse, para que pueda ser considerado como tal.

Así las cosas, podemos concluir que la idea de un derecho divino o bien, la ley eterna a decir de Santo Tomás, en este sentido podría corresponder análogamente a la noción de *ius cogens*, esto es, a la idea de un derecho de carácter imperativo e inderogable, que funge siempre como factor límite a la voluntad del legislador humano, en el caso del primero, y a la voluntad de los Estados, principalmente, en el campo específico del derecho internacional.

#### 1.4.3. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNO

A mediados del siglo XX, principalmente durante el curso de las discusiones entre las distintas delegaciones acerca de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la inclusión dentro de ella de la idea de un derecho de carácter incondicionalmente imperativo, algunos doctrinarios, aunque cabe aclarar, no la mayoría, vieron en el *ius cogens* internacional una figura equiparable a la noción de orden público, presente en todos los órdenes jurídicos internos del planeta, surgiendo a partir de entonces una nueva expresión utilizada en el derecho internacional público: 'orden público internacional'.

Esto necesariamente nos lleva a realizar un análisis acerca de esta noción y su relación con las normas de *ius cogens*. A lo largo de la historia jurídica, en torno al orden público han fluido en la doctrina un gran número de teorías e intentos por dar alguna definición sobre dicho concepto, la mayor de las veces en el contexto estricto del derecho público, aunque indudablemente vigente también, en algunas relaciones jurídicas pertenecientes al derecho privado.

Parece ser entonces que, al igual que la misma idea de *ius cogens*, nuevamente el concepto de orden público toma como punto de partida al antiguo derecho romano y específicamente a aquellas sentencias de Papiniano y Ulpiano, respectivamente, a las que ya me refería con anterioridad; por un lado, *'ius privatorum pactis mutari non potest'*<sup>79</sup> y, por otro, *'privatorum conventio iuri publico non derogat'*<sup>80</sup>. Es decir, es alrededor de estos dos principios jurídicos asentados en el Digesto, en torno a los cuales se han generado dentro de la doctrina del derecho civil, de manera especial, bajo la influencia de la escuela alemana y francesa del siglo XIX, las principales teorías sobre el mismo.

La primera de ellas es la denominada 'Teoría clásica del orden público', cuyo principal exponente fue el civilista francés **Jean Etienne Portalis** y que tuvo como origen a los debates producidos con respecto al artículo 8 del proyecto que posterior en el tiempo vendría a aparecer como el artículo 6 del Código civil francés. De acuerdo con la concepción de dicho autor, los romanos al utilizar la expresión *'ius publicum'*, se referían única y exclusivamente al derecho público, esto es, según señalábamos en el apartado anterior, a aquellas disposiciones jurídicas para las que, lo más importante es la preservación del interés público, general o social, todo ello en contraposición al derecho privado o, bien, aquél cuyo propósito principal es la protección de los intereses de los particulares, al momento de celebrar determinados pactos.

En consecuencia, para el autor francés, el orden público es completamente equiparable a aquél *ius publicum* romano, en razón de los intereses que se encuentran protegidos por las normas contenidas dentro de éste y apuntó que la noción de orden público tiene:

*"... el carácter de una ley suprema constitutiva del orden en que se asienta una sociedad organizada. Esta ley se impone imperativamente a todos, subordinando el interés individual al interés social. Pues proteger los efectos*

<sup>79</sup> D. II, 14, 38 en *El Digesto de Justiniano...* Op. Cit. Tomo I (Instituciones Preliminares y libros 1-19) pág. 126.

<sup>80</sup> D. L. 17, 45, 1 en *Ibidem*, Tomo III (Libros 37-50), pág. 873.

*de las convenciones particulares contra los efectos de aquella ley suprema, implicaría colocar la voluntad de los individuos por encima de la voluntad general de Sociedad*<sup>81</sup>.

Para uno de los autores clásicos del derecho civil alemán del siglo XIX, **Friedrich Carl von Savigny**, el término *ius publicum*, fue utilizado por los jurisconsultos romanos para referirse así, a aquellas normas jurídicas cuya nota esencial radicaba en su carácter imperativo, y por ende, en la imposibilidad de ser derogadas por las partes, a través de su voluntad común.

Así también nos lo dice **Ludwig Enneccerus** para quien el término *ius publicum* se empleaba para hacer referencia al derecho necesariamente imperativo o prohibitivo, es decir, dicho autor dio al *ius publicum* un significado más amplio y fue más allá del propio derecho público, para entonces interpretar aquel término como todo 'derecho forzoso', es decir, inderogable. Consecuentemente, de este criterio se deriva que el orden público como tal, no sólo lo encontramos de manera exclusiva, en disposiciones jurídicas de derecho público, sino en algunas otras que, aunque de derecho privado, resultan inmodificables por la mera voluntad de los individuos<sup>82</sup>.

También en el siglo XIX, el célebre jurista español **Florencio García Goyena**, en sus comentarios al Código civil español de 1888 hizo referencia al *ius publicum* romano, esto con relación al artículo 11 de dicho código, tomado directamente del artículo 6 del Código civil francés y conforme al cual, no pueden ser derogadas a través de convenios particulares las leyes, en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. De acuerdo con el pensamiento de García Goyena, resultaba más propio el utilizar la expresión romana *ius publicum* que la de orden público empleada en el Código civil francés, puesto que en su consideración, la primera era más amplia y abarcaba aquellos casos que 'rigurosamente' no se hallaban comprendidos dentro la legislación francesa y, sin embargo, lo estaban<sup>83</sup>.

Así, aún cuando en numerosas ocasiones el concepto de orden público ha sido claramente asimilado con el *ius publicum* romano, lo cierto es que en la doctrina contemporánea esta similitud ha sido poco aceptada, en virtud de que el 'orden público' se hace presente no sólo en las ramas propias del derecho público, sino

<sup>81</sup> PORTALIS, Jean E. Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil* en *Enciclopedia Omeba* tomo XXI (OPCI-PENI) Ed. Driskill, S.A. Buenos Aires, 1990. s.v. orden público.

<sup>82</sup> Cfr. ENNECCERUS, Ludwig, *et. al. Tratado de Derecho civil parte general* (tomo 1º). Ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Madrid, 1934-1951, págs. 186-187.

<sup>83</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Editorial Cometa, S.A. Zaragoza, 1974. pág. 8.

también en algunas relaciones jurídicas originadas dentro del marco del derecho privado cuya vigilancia, de cualquier modo, resulta de interés supremo para el Estado.

Sin embargo, a pesar de la importancia de este concepto en todos los sistemas jurídicos, éste ha sido concebido en todos ellos de manera distinta. Cada sistema jurídico tiene su propia concepción sobre el orden público y en opinión de lo que fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, la definición de tal orden público depende en gran medida de la opinión prevaleciente en un momento dado dentro del propio país<sup>84</sup>.

Así pues, no ha sido fácil dar una definición precisa de lo que pudiera significar este concepto. Aun cuando en principio todos los autores que han dedicado sus escritos al estudio del concepto 'orden público', coinciden en la existencia de tal figura, dicho acuerdo desaparece al momento en que tratan de precisar su contenido. Conforme a la opinión de los juristas franceses Henry Solus y Roger Perrot, el concepto de orden público es en su esencia contingente, variable y relativo, es decir, el orden público debe ser definido conforme a las circunstancias económicas, políticas y sociales de la época<sup>85</sup>.

Respecto a esto mismo, **Sir Percy Spender**, quien fuera juez de la Corte Internacional de Justicia, en una de sus opiniones separadas se refirió al orden público '*ordre public*' y apuntó que éste, dentro de cada país, se encuentra siempre en constante estado de flujo y por lo tanto, es imposible afirmar un criterio absoluto y determinar su contenido dentro de alguna fórmula<sup>86</sup>. De hecho, parece ser que tratándose del *ius cogens* internacional concretamente, la misma Comisión de Derecho Internacional reconoció el carácter variable de tales normas y más aún, esta variabilidad fue reconocida en la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, al establecer en el artículo 53 que:

*“... una norma imperativa de derecho internacional general ... sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*

Y más adelante, en el artículo 64:

<sup>84</sup> Cfr. *Case of Serbian and Brazilian Loans* (France and Brazil). Series A, No. 20/21, PCIJ p. 46.

<sup>85</sup> Cfr. SOLUS, Henry & PERROT, Roger. *Le droit judiciaire privé*. Sirey. París, 1961. pág. 24.

<sup>86</sup> Cfr. *Case concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianships of Infants* (Netherlands v. Sweden). Judgment. ICJ Reports 1958, p. 55, págs. 122-123.

*“si surge una norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.*

Sin embargo, a pesar de todo, esto no ha impedido que se formulen en la doctrina y la jurisprudencia diversas definiciones sobre orden público. Así por ejemplo, según señala el maestro **Eduardo J. Couture** el orden público *“es el conjunto de valoraciones de carácter político, social económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar”*<sup>87</sup>.

Para el jurista argentino **Alfonsín Quintín**, el orden público depende exclusivamente de la voluntad del Estado, y comprende en primer lugar, a todas aquellas leyes necesarias para la protección de éste; en segundo término, a los principios superiores de la moral humana y social, tal como son entendidos y profesados en ese país; las buenas costumbres, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana, y las libertades a las cuales ni las instituciones positivas, ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana podrán aportar derogaciones cálidas y obligatorias para esos Estados; y finalmente, el orden económico<sup>88</sup>.

Resulta conveniente ahora tomar en cuenta el criterio tomado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país, al establecer que:

*“... el orden público que tiene en cuenta la ley y la jurisprudencia para establecer una norma sobre nulidades radicales, no puede estar constituido por una suma de intereses meramente privados. Para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses de que se trate sean de tal manera importantes que, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación”*<sup>89</sup>.

De igual modo, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dedicado a dar una interpretación acerca de la utilización del término orden público, esto con respecto al artículo 13.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente a la libertad de pensamiento y de expresión, y evidentemente,

<sup>87</sup> COUTURE, Eduardo. Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Depalma. Buenos Aires, 1976. pág. 437.

<sup>88</sup> Cfr. QUINTÍN ALFONSÍN. El orden público. Universidad de la República- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Peña y Cia. Montevideo. Sección III, 19. pág. 186.

<sup>89</sup> ORDEN PUBLICO, LEYES DE. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta época. Tercera Sala (XXXVII) p. 1834.

como fundamento para justificar ciertas limitaciones a los derechos humanos. De esta forma, este tribunal estableció que:

*“Una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”<sup>90</sup>.*

Con respecto a las normas de orden público y la relación que éstas guardan con la idea de *ius cogens* en el derecho internacional, el tipo de normas que interesan para el desarrollo de nuestro tema no son precisamente aquellas pertenecientes al campo del derecho público, sino por el contrario, las normas de derecho privado que tienden a garantizar los principios considerados esenciales para la organización de un grupo social determinado.

Como bien sabemos, en el derecho privado es de vital importancia el papel que desempeña la voluntad de los particulares al momento en que éstos llevan a cabo ciertos actos jurídicos. Conforme a esto, la voluntad privada se convierte entonces en fuente reguladora de las relaciones jurídicas que se generan exclusivamente de individuo frente a individuo y de acuerdo siempre, con sus propios intereses. En nuestro derecho, esta denominada ‘autonomía de la voluntad privada’ se halla cristalizada principalmente en los artículos 6 y 8 del Código civil federal, cuyo antecedente directo se encuentra en el ya citado artículo 6 del Código civil francés. Sin embargo, según se deriva de ambas disposiciones jurídicas, esta libertad no es ilimitada y como consecuencia de ello, está sujeta a no contravenir a las normas consideradas de orden o interés público.

En este sentido, los civilistas franceses, **Marcel Planiol y Georges Ripert**, afirman que una norma de derecho privado es considerada como de orden público cuando ésta se encuentra motivada por un interés general, que pudiera verse comprometido, en caso de que los particulares pudiesen oponerse a su legislación. De esta forma, ambos autores agrupan en cuatro categorías a este tipo de leyes: (a) aquellas que rigen lo relativo al estado y capacidad de las personas; (b) las que reglamentan la propiedad, y específicamente, la propiedad inmueble; (c) las normas jurídicas que

---

<sup>90</sup> Opinión Consultiva La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) OC-5/85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 1985. párrafo 64.

imponen a las partes prohibiciones o medidas dictadas en interés de los terceros; y (d) aquellas que tienden a la protección de uno de los contratantes frente a otro<sup>91</sup>.

Por virtud entonces del interés general que las leyes de orden público tutelan, éstas tienen como principal nota característica su imperatividad absoluta. Así entonces, a diferencia de las leyes de interés privado, la aplicación de las normas de orden público, sean preceptivas o prohibitivas, se impone por encima de la voluntad privada y en consecuencia, resultan inderogables por las partes *inter se*, al momento de celebrar un determinado acto jurídico.

En ocasiones es el propio legislador quien manifiesta expresamente que una norma jurídica determinada pertenece al orden público. Sin embargo, existen otras circunstancias, en que corresponde exclusivamente a los órganos encargados de la aplicación del derecho, interpretar si una norma jurídica es de carácter imperativo o bien, permisivo, siempre en consideración de la relación que existe entre el acto jurídico celebrado y el valor que se dé a tal norma jurídica.

En el caso específico de las normas de *ius cogens*, cabe aclarar que en el derecho internacional, ante la ausencia de un 'poder legislativo supranacional', son principalmente los tribunales internacionales, sean éstos de carácter temporal *-ad hoc-* o permanente, creados por la misma comunidad internacional y de manera primordial, la Corte Internacional de Justicia, quienes en un momento dado, podrían tener la facultad de interpretar si una determinada conducta llevada a cabo por uno o varios Estados, se ajusta a una norma de *ius cogens* o no. En un capítulo posterior abordaremos este punto con mayor profundidad.

---

<sup>91</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. Derecho civil, volumen 8 (primera serie). Oxford University Press. México, 1999. pág. 44.

## CAPÍTULO 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y COMUNIDAD INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON LA IDEA DE *IUS COGENS*

### 2.1. LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL

Previo a abordar el modo en que ha evolucionado la idea misma de comunidad internacional a lo largo de la historia del derecho de gentes, es oportuno precisar la forma en que tradicionalmente algunos autores han intentado comprender a dicha figura. En primer término, el profesor inglés **Thomas Franck** se refiere al término 'comunidad' como un sistema social de continua interacción y transacción, basado en la reciprocidad común y conciente entre cada una de las partes que lo constituyen, misma que conduce hacia un diálogo de justicia. El elemento de reciprocidad sobre el cual se apoya el surgimiento de una comunidad cualquiera, tiene que ver no solamente con derechos y obligaciones de carácter jurídico, por el contrario concierne también la idea valores morales compartidos entre todos sus miembros. Así, a fin de apreciar tal naturaleza recíproca de una cierta comunidad –acorde con el mismo autor– es necesario comprender que quienes la integran comparten no sólo normas jurídicas comunes, sino junto a ellas, imperativos morales afines a todos sus miembros<sup>1</sup>.

Según el profesor egipcio, **Georges Abi-Saab**, desde una concepción sociológica, la idea de 'comunidad' resulta ser sólo un concepto relativo y su existencia, una cuestión de grado. Así, en términos sociológicos, una comunidad puede existir dentro de un grupo, pero sólo en cuestión de un punto determinado y no precisamente con relación a otros y también, no en un mismo grado de intensidad, sino en varios<sup>2</sup>.

Abi-Saab difiere sin embargo, un tanto de aquella concepción y establece que para poder hablar de un concepto de 'comunidad' dentro de un grupo determinado, es necesario que éste constituya en principio, una 'sociedad', es decir, las relaciones entre los miembros que lo conformen deben primero alcanzar un cierto grado de intensidad y estabilidad, haciéndolos capaces de trazar una línea divisoria entre aquel grupo y el ambiente que lo rodea. Subsecuentemente, sólo en la medida en que los individuos que componen a aquella sociedad, se encuentren unidos por un verdadero sentido de comunidad, que implique no sólo una mera relación de coexistencia, sino al contrario una gran variedad de intereses y valores compartidos, aun en

---

<sup>1</sup> Cfr. FRANCK, M, Thomas. *Fairness in International Law and Institutions*. Clarendon Press Oxford. N.Y. 1995, págs. 10-11.

<sup>2</sup> Cfr. ABI-SAAB, Georges. *Whither the International Community*. *European Journal of International Law*. Vol. 9 (1998) No. 2 pp. 248-265, pág. 248.

distintos grados de intensidad, podremos de la existencia de una ‘comunidad’, como tal<sup>3</sup>.

Por su parte, el profesor alemán **Christian Tomuschat** establece que una comunidad en ningún momento supone la simple yuxtaposición de sus miembros y por el contrario, exige siempre un mínimo de normas jurídicas que habrán de regular las distintas relaciones emergentes entre aquellos<sup>4</sup>. De esta forma, acorde con el *iusinternacionalista*, el concepto de comunidad internacional es concebido como una especie de autoridad que sigue de cerca cada evento mundial y se enfrenta a la responsabilidad de mantener un ambiente pacífico y ordenado y asegurar condiciones esenciales de existencia a todos los seres humanos<sup>5</sup>. Todo aquello, a pesar de las diferencias e incluso contradicciones, choque de intereses y disputas sobre la distribución de los recursos mundiales entre cada uno de los miembros que la conforman<sup>6</sup>.

En este mismo sentido, **Bruno Simma** y **Andrea Paulus** se han referido también al término ‘comunidad internacional’ y acorde con ambos autores, a diferencia de la idea de ‘sociedad’, que implica simplemente una simple relación de interdependencia entre todos aquellos que la integran, el concepto de ‘comunidad internacional’ denota la existencia de un cierto tipo de intereses compartidos que trascienden a aquellos intereses individuales de cada uno de los Estados –*uti singuli*– y por lo tanto, no se encuentran incluidos, o al menos no completamente, dentro del paradigma clásico bilateral<sup>7</sup>.

## 2.2. LA COMUNIDAD DE ESTADOS DURANTE LA EDAD MEDIA

Las incesantes invasiones a Roma por parte de los diversos pueblos bárbaros, desde finales del siglo II, a partir del gobierno del Emperador Marco Aurelio, y hasta la ocupación de los hunos, hacia el siglo V, además de la fuerte crisis económica, la decadencia de la vida urbana, el aumento de la burocracia estatal, la debilidad de los sucesivos emperadores y la creciente presencia de elementos germanos dentro del ejército romano, trajeron consigo la disolución y por tanto, la consecuente decadencia de aquello que en su momento fue, el majestuoso Imperio romano de Occidente, marcando así, el final de la época antigua.

<sup>3</sup> Cfr. ABI-SAAB, Georges. *Whither the International Community...* Op. Cit. pág. 248.

<sup>4</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will*. Recueil des cours. Vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374, pág. 219.

<sup>5</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 222.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 238.

<sup>7</sup> Cfr. SIMMA, Bruno et. al. *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*. European Journal of International Law, Vol. 9, No. 2, pp. 266- 277. pág. 268.

Así, durante los tres siglos que siguieron a la invasión de los Hunos, el mundo mediterráneo, en apariencia homogéneo, sufrió una radical transformación, en cuanto a su contexto político, cultural y étnico. Las migraciones de los pueblos germanos, eslavos y árabes dieron como resultado el regreso a su antigua conformación en tres mundos culturales distintos, a saber: el Oriente semítico, el centro griego y el Occidente latino. Tal transformación en el mundo mediterráneo trajo consigo una triple división eclesiástica: las Iglesias populares orientales, la Iglesia imperial bizantina y la Iglesia pontificia latina.

Por supuesto, en el ámbito del derecho internacional esta dislocación también tuvo importantes consecuencias. Aquellos tres mundos culturales, políticamente separados, se desarrollaron en sistemas de Estados distintos entre sí. El mundo árabe formó a lo largo de un siglo y medio un poderoso Estado unitario, que sólo a partir del siglo IX se dividió en distintos Estados. Por su parte, el imperio bizantino, conformado por eslavos -búlgaros- y árabes, durante dos siglos, luchó de manera incesante por mantenerse en pie, para al final, recuperar aquellos territorios perdidos y convertirse así, en el centro de la comunidad de Estados de la Europa oriental. En el Occidente latino existió una multiplicidad de Estados germánicos, todos ellos agrupados alrededor del poderío político que representó hasta el siglo IX, el Imperio Carolingio.

En la temprana Edad Media, entre los años 600 y 1000 d. C., durante la época de la gran Cristianización, a la que refiere G. Statdmuller<sup>8</sup>, tuvieron origen dos comunidades cristianas de Estados europeos. Aunque así lo pareciera en principio, esta cristianización no fue sólo un proceso de naturaleza meramente religiosa, y por el contrario, consideraciones de tipo político y cultural jugaron un importante papel en la conciencia de aquellos Estados paganos decididos a convertirse.

Asimismo, la aceptación del cristianismo significó también la recepción de una nueva cultura y la admisión dentro de una comunidad cristiana de Estados. De este modo, en este proceso intervinieron por un lado, la Iglesia occidental latina y la Iglesia oriental griega, formándose así, junto a la entonces existente Comunidad de Estados arábigo-islámica, dos comunidades cristianas de Estados, una de ellas, orientada hacia Constantinopla, y la otra, hacia Roma. En ambas, pudo observarse una relación jerárquica entre los Estados que las conformaron, así como un claro vínculo de parentesco entre las diversas casas reinantes.

---

<sup>8</sup> Cfr. STADTMULLER, Georg. *Historia del derecho internacional público. Parte I hasta el Congreso de Viena (1815)*. Aguilar. Madrid, 1961. pág. 53.

### 2.2.1. LA COMUNIDAD ARABIGO-ISLÁMICA DE ESTADOS

Según hemos señalado en párrafos anteriores, el poderío del Imperio universal árabe, bajo el gobierno del Califa, fue siempre considerable. En cuanto a su extensión territorial, éste corrió desde España y Marruecos hasta las fronteras con la India. Al principio su capital fue Damasco, después, Bagdad. A partir del año 750, surgieron dentro del Imperio fuertes tendencias separatistas, de este modo España logró separarse y poco después de la muerte del gran Califa Harun Al-Raschid, tuvo lugar la creación de Estados particulares, como consecuencia de los anhelos de independencia en otras provincias. Desde el siglo IX, el Califato comenzó a decaer internamente y el entonces imperio universal, se dividió en diversos Estados. Fue de este modo, como surgió el sistema de Estados arábigo-islámico, conocido desde la época de las Cruzadas y seguramente, la aparición de una idea de derecho y comunidad internacional al interior del Islam.

En el antiguo imperio universal árabe, fue imposible identificar la existencia de un derecho internacional, propiamente dicho. Todo lo que podría haber constituido un mundo de Estados se hallaba claramente dividido en dos ámbitos: el primero de ellos, el ámbito del Islam, es decir, el mundo comprendido dentro del Islam y el segundo, el ámbito de la guerra, esto es, los Estados ajenos al Islam, frente a los cuales, de acuerdo con su 'Sagrada Ley', la única relación posible fue la 'Guerra Santa'.

De acuerdo con lo anterior entonces, parece que la Guerra Santa fue el punto cardinal, a través del cual imperio árabe llevó sus relaciones hacia el exterior. Conforme a la doctrina islámica, la humanidad se hallaba dividida en tres sectores, a saber: los musulmanes, los no musulmanes, es decir, los fieles de otras religiones reveladas y finalmente, los paganos. De esta manera, fue un deber religioso emprender la guerra santa contra todos aquellos pueblos no musulmanes. Así, a través de la fuerza, los paganos fueron obligados a aceptar el Islam y cuando así no lo hicieron, fueron exterminados sin piedad. Por el contrario, a aquellos fieles de otras religiones les fue ofrecido dar por terminada la guerra a cambio de una capitulación, por la cual reconocían la soberanía del Califa y quedaban bajo su protección.

Antes de iniciar la Guerra Santa en contra de los infieles, siempre precedió una intimación al sometimiento y no una declaración de guerra, como ocurrió en las antiguas Grecia y Roma. Así, Statdmuller se refiere a un manual de derecho de la guerra, escrito en el año 1280, en el que se estableció que *"No es lícito atacar un*

*enemigo sin antes invitarle. La invitación se dirigirá con generosidad al que ya una vez la hubiere recibido ...*<sup>9</sup>.

A diferencia de las anteriores culturas, en cuanto al modo y los medios para llevar a cabo la guerra, al menos en la teoría del derecho islámico existió una idea de humanización. Así, de acuerdo con algunos juristas islámicos, en la guerra estaba prohibida la muerte de los enfermos mentales, los niños y mujeres, aun cuando éstas hubieran auxiliado a los varones; la muerte de los mediadores; la mutilación de los infieles; el alargamiento innecesario de las guerras hasta la conclusión de la paz; el envenenamiento de las fuentes y de las aguas potables, entre otras cosas.

Por otro lado, también en la teoría del derecho islámico pudo distinguirse la protección jurídica del esclavo, la censura al tráfico de los eunucos, el buen trato a aquellos seres indefensos y a los prisioneros<sup>10</sup>. A pesar de todo esto, parece necesario precisar que la práctica militar superó a aquella teoría ideal y así, muchos prisioneros y adversarios políticos fueron acuchillados, mutilados y atormentados hasta morir.

Por último, desde finales del siglo IX, cuando la desintegración del imperio árabe se hizo patente y la Guerra Santa perdió su prestigio ante la conciencia pública, tuvo lugar la creación de una multitud de Estados islámicos con igualdad de derechos entre sí y con valores e intereses compartidos, lo que conllevaría a hablar entonces, de una especie de comunidad interestatal, que poco a poco fue perfeccionándose en virtud de los contactos bélicos y comerciales con los Estados cristianos, a través del nacimiento del tráfico jurídico internacional y el desarrollo de un primer derecho internacional consuetudinario.

### 2.2.2. COMUNIDAD CATÓLICA DE ESTADOS

La comunidad católica de Estados tuvo lugar como consecuencia de la cristianización occidental, que se acentuaría en 1054 con la gran separación eclesiástica entre oriente y occidente. Así, la Edad Media occidental es aquella época de la humanidad en que podemos decir, los valores religiosos ocuparon un lugar predominante sobre el resto de los valores, no sólo entre los grandes teólogos medievales, sino más aún, en la conciencia pública, contribuyendo éstos a conformar la vida política y social de cada Estados.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 58

<sup>10</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 59

La comunidad cristiana de la Edad Media, estuvo conformada por todos los Estados pertenecientes a la Iglesia católica en aquel momento, que en cuanto a sus relaciones hacia el exterior, se halló siempre en constante lucha con el mundo pagano. Los Estados católicos formaron una comunidad de pueblos, organizados de manera jerárquica y gobernados por el Emperador, en lo político, y en lo espiritual por el Papa, quien ejercía una jurisdicción universal en virtud de aquella misión encomendada por Dios, cuyo fin era la expansión del cristianismo.

A diferencia de los Estados griegos o el Imperio romano antiguo, en esta época, el concepto de soberanía debió ser entendido de un modo distinto. La misma influencia de los valores religiosos logró penetrar también en dicho concepto y a decir de Stadtmüller, dentro de la comunidad católica, la idea de soberanía política jamás significó un poder ilimitado por parte de los Estados. Por el contrario, la soberanía y por ende, las relaciones jurídicas entre los diversos Estados que conformaron al mundo católico e incluso hasta aquellas que tuvieron que ver con los Estados no cristianos, estuvieron siempre limitados por el eterno derecho natural y el derecho divino revelado por Dios, aplicado a través la autoridad del Papa a fin de legitimar sus invasiones sobre los territorios de los pueblos paganos.

El derecho fue parte central de aquella concepción religiosa. Conforme a lo anterior, éste se halló dividido en tres rubros: *lex aeterna*, *lex divina* y *lex humana*. Acorde con el pensamiento de **Santo Tomás de Aquino** en su Tratado de la Ley<sup>11</sup>, las relaciones humanas se hallaron gobernadas por cuatro tipos de ley, a saber: (a) La **Ley eterna**. Entendida como la misma sabiduría divina que dirigía los actos y movimientos de toda criatura. De este modo, cualquier otra ley derivaría su fuerza en virtud siempre, de la razón divina y por tanto, resultaría imposible concebir la existencia de algo justo o recto en alguna otra ley, cuyo fundamento no fuera precisamente aquella ley eterna; (b) la **Ley natural**. Definida como la participación de la ley eterna en el hombre, a fin de lograr el debido orden de sus actos y la felicidad común; (c) La **Ley humana**. Como fuerza encausadora del hombre hacia los buenos hábitos en búsqueda de la virtud. Conforme a esto, la fuerza de la ley humana derivaría siempre de su total apego a las normas de la razón, manifestadas a través de la ley natural y (d) la **Ley divina**. En razón de que el hombre se ordenaba también al fin de la felicidad eterna y ésta sobrepasaba toda facultad humana natural; era preciso que, por encima de la ley natural y humana, el mismo hombre se dirigiera hacia ese último fin, por medio de una ley revelada por Dios.

---

<sup>11</sup> Cfr. AQUINO, Tomás de. Tratado de la Ley. "Sepan cuantos..." No. 301. Editorial Porrúa. México, 2000. pp. 3-114.

No obstante, a pesar de aquellos grandes ideales de paz y prohibición de la guerra, presentes en la conciencia pública de aquel momento, prevaleció una cruda realidad política, y las disputas armadas siguieron siendo frecuentes en aquel mundo cristiano, siendo las más importantes para el *ius gentium* de la época, sin duda, las guerras emprendidas en contra de los pueblos no cristianos.

### 2.3. INFLUENCIA DE LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA EN LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES.

Durante los siglos XV y XVI, el continente europeo vivió el paso de grandes acontecimientos que definitivamente, cambiaron la imagen que hasta entonces había conservado el mundo occidental. El fin del imperio bizantino y la conquista del sudeste europeo por los turcos, cambiaron el sistema de poder europeo. Los descubrimientos realizados por España y Portugal expandieron el horizonte geográfico y con ello creció también la posibilidad de ampliar el comercio y la colonización de los pueblos de la Europa de occidente. Asimismo, la invención de la imprenta provocó una más amplia difusión de las ideas de aquel tiempo y la Reforma protestante trajo consigo el fin de la unidad de que gozaba la Iglesia católica. El arte de la guerra sufrió también importantes transformaciones, como resultado de la invención de la pólvora, la fabricación de armas de fuego y la formación de infantería que hubieron de replantear la idea de derecho internacional de aquél tiempo, específicamente en aquello relacionado con los derechos de la guerra.

En aquel momento histórico España, donde la tradición católica de la Edad Media alcanzó una continuidad, fue la primera potencia de Europa y precisamente ahí, nació la ciencia del derecho internacional, cuyo origen español determinó su estructura espiritual. Así, precisa G. Statdmüller, el Siglo de Oro de la supremacía española, apareció como un periodo de transición entre la Edad Media y la Edad Moderna. Estuvo conformado aun, bajo las ideas religiosas que configuraron al mundo medieval. Las doctrinas de los grandes Maestros españoles conservaron, en sus rasgos fundamentales, la estructura de la teología clásica del Medioevo. Sin embargo, principalmente en los ámbitos de la ética colonial y del derecho internacional ultramarino, tales doctrinas ofrecieron nuevas perspectivas.<sup>12</sup>

Una de las doctrinas de singular importancia para el desarrollo del derecho de gentes que entonces surgía, fue la elaborada por el padre español **Francisco de Vitoria**<sup>13</sup>,

<sup>12</sup> Cfr. STADTMULLER, Georg. Historia del derecho internacional público... Op. Cit. págs. 132-133.

<sup>13</sup> Cfr. VITORIA, Francisco De. Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra. "Sepan cuantos..." Núm. 261. Editorial Porrúa. México, 1985. pp. 101.

hacia el siglo XVI. Las ideas que predominaron durante la época medieval, es decir, por un lado, la supremacía del derecho divino sobre el derecho natural y el humano en el gobierno de las relaciones humanas y por otro, el dominio universal ejercido por el Papa, bajo el argumento de aquella misión divina a él encomendada, de expandir el cristianismo, fueron negadas de modo vehemente en el nuevo pensamiento del padre Vitoria, que esencialmente desplazó al derecho divino y por tanto, a quien lo administraba, al Papa, y lo reemplazó por el derecho natural, éste, bajo la jurisdicción de un soberano secular, mismo que constituiría las bases del nuevo derecho de gentes.

La doctrina del teólogo español estuvo orientada, no tanto hacia un problema de orden entre Estados soberanos. Por el contrario, a partir del análisis del encuentro de dos mundos pertenecientes a sistemas culturales diversos, a saber: la España soberana y los indios no soberanos, Vitoria concluyó que estos últimos se hallaban en constante violación al derecho natural universal, fundamento principal de aquél derecho de gentes moderno, y quizá de nuestro concepto mismo de *ius cogens*.

De este modo, Francisco de Vitoria tomó como fundamento para su doctrina la condición civil y social del ser humano. Así, en su Relección sobre la potestad civil - *potestate civili*-, estableció que:

*“... habiéndose, pues, constituido las sociedades humanas para este fin, esto es, para que los **unos lleven las cargas de los otros**, y siendo entre las sociedades la sociedad civil aquella en que con más comodidad los hombres se prestan ayuda, síguese que la sociedad es como si dijéramos una naturalísima comunicación y muy conveniente a la naturaleza”<sup>14</sup>.*

De acuerdo con Vitoria, aquella fragilidad que caracterizaba al hombre y lo diferenciaba de otros animales, lo impulsó a buscar la ayuda de otros seres iguales, de tal forma que *“la fuente y origen de las ciudades y de las repúblicas no fue una invención de los hombres, ni se ha de considerar como algo artificial, sino como algo que procede de la naturaleza misma, que para defensa y conservación sugirió este modo de vivir social a los mortales”<sup>15</sup>.*

A partir de esto, Francisco de Vitoria refirió también a la idea de poder público dentro de aquella sociedad, desde luego, también de carácter natural, *“porque si para guarda*

<sup>14</sup> Cfr. *Ibidem*, De la Potestad Civil, párrafo 4 pág. 5. (negritas propias).

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafo 5, págs. 5-6.

*de los mortales son necesarias las congregaciones y asociaciones de hombres, ninguna sociedad puede persistir sin alguna fuerza o potestad que gobierne y provea. La misma es, pues, la utilidad y el uso del poder público que el de la comunidad y sociedad*<sup>16</sup>.

Más aún, en su primera Relección sobre el poder de la Iglesia -*potestate ecclesiae*-, el teólogo español precisó que: “... *la república temporal es una comunidad perfecta y completa; si lo es por sí, no puede estar sometida a algún poder exterior, porque entonces ya no sería íntegra. Luego por sí misma puede constituir su propio soberano, que en lo temporal no está sujeto a otro*”<sup>17</sup>.

Sin duda alguna, la idea de ‘república’ fue también aplicada por Vitoria a la noción misma de comunidad internacional, concebida por el célebre maestro español como una comunidad jurídico-política de origen autónomo, caracterizada por una solidaridad natural entre las diversas repúblicas, un bien común a todas ellas, una autoridad de todo el orbe y un derecho, dado por esta autoridad, vinculante para todas las naciones.<sup>18</sup> De este modo, la idea de ‘todo el orbe’, plasmada en el pensamiento de Vitoria, fue más allá de la noción misma de república cristiana, quedando esta última convertida sólo en una parte integrante de una comunidad jurídica-política, propia de todo el género humano o mejor, *Totus orbis*.

Así, en la Relección sobre la potestad civil se halla establecido que:

*“... El orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocante a la guerra, en los asuntos graves como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe”*.<sup>19</sup>

Al ser las repúblicas, comunidades perfectas, partes integrantes de aquél todo orbe, la soberanía de cada una de ellas fue entendida de un modo no ilimitado. Por el contrario, se consideraría siempre, la existencia de un bien superior, común a todas las naciones, razón por la cual había sido constituido todo el orbe, que limitó así, la acción política de la república.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Cfr. VIEJO-XIMENEZ, José Miguel. “*Totus orbis, qui aliquo modo est una republica*”: Francisco de Vitoria, el Derecho de Gentes y la expansión atlántica castellana”. *Revista de estudios históricos – jurídicos*. No.26, (2004), pp.359-391.

<sup>18</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>19</sup> VITORIA, Francisco De. *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra ... Op. Cit.* pág. 17.

De la idea anterior parece desprenderse entonces, que dentro del contexto mismo de la idea de comunidad internacional, acorde con el pensamiento de Vitoria, ésta debía funcionar en razón de la cooperación y ayuda mutua entre las diversas repúblicas y en consecuencia, aquél bien superior y común a todas ellas, también debía hallarse siempre por encima del bien individual de cada república. Como evidencia de tal afirmación, aparece la consideración de Francisco de Vitoria respecto de la guerra como injusta, si acaso ésta fuera útil a la república, pero dañina a todo el orbe.

Ahora bien, respecto de la autoridad de aquel todo orbe, el teólogo español estableció en su Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos, que ni del derecho divino, del derecho natural o bien, del derecho humano podía desprenderse que el emperador fuera señor de todo el orbe. Por lo tanto, el sujeto originario de aquella autoridad que se ejercía sobre aquella comunidad internacional no fue el emperador, por el contrario, lo fue precisamente aquella misma comunidad jurídico-política de todo el género humano.

Conforme a esto, en el pensamiento de quien hoy es considerado por muchos como el fundador del derecho internacional moderno, el orbe apareció como una especie de legislador universal, a través del consentimiento de todas las gentes y naciones, constituyéndose así, como fuente del derecho de gentes positivo. De acuerdo con lo anterior, parece que Vitoria consideró al *ius gentium* como parte del derecho positivo.

Así, el *ius*, como objeto de la virtud de la justicia, podía entenderse como lo justo o equitativo por la naturaleza de las cosas o bien, como lo justo o equitativo que había sido establecido por un pacto entre los hombres, fuera éste público o privado. El primero fue el derecho natural, el segundo, el derecho positivo, es decir, un derecho que para su existencia dependía de la voluntad y el beneplácito de todos los hombres y no de manera absoluta, en consecuencia, el derecho de gentes, al requerir del consentimiento de todas las repúblicas, sería entonces, derecho positivo. Sin embargo, tal afirmación en la doctrina de Vitoria jamás implicó que el derecho de gentes pudiera ser abrogado, puesto que cuando algo ha sido establecido y admitido '*semen ex virtuali consensu totius orbis*', su misma abrogación requeriría del consentimiento de todo el orbe, lo cual en principio, habría de resultar imposible<sup>20</sup>.

Tal visión positivista de Vitoria, apareció un tanto atenuada al comienzo de la segunda parte de su Relección sobre los indios, cuando concluyó que el derecho de gentes "es

---

<sup>20</sup> Cfr. VIEJO-XIMÉNEZ. "*Totus orbis, qui aliquo modo est una republica*"... *Op. Cit.* pág. 11.

*derecho natural o se deriva del derecho natural*<sup>21</sup>. Para conciliar aquella aparente contradicción, Vitoria más adelante precisó que “*si el derecho de gentes se deriva suficientemente del derecho natural, tiene manifiesta fuerza para conceder derechos y crear obligaciones. Y aunque no siempre se derive del derecho natural, parece que basta el consentimiento de la mayor parte del orbe, sobre todo si está encaminado al bien común de todos*”<sup>22</sup>.

Conforme a lo anterior, en el pensamiento de Vitoria el derecho que habría de normar las relaciones de ‘todo el orbe’, habría de responder entonces, a dos exigencias fundamentales del derecho natural, a saber: la amistad entre todos los hombres y el carácter común del aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los puertos.

De este modo, el contenido de aquél derecho de gentes de carácter universal se conformó principalmente por: el derecho de los transeúntes a recibir un trato humanitario; el derecho de la comunicación entre todos los hombres; la prohibición de entrada en la ciudad a los enemigos o el derecho de expulsar a los enemigos residentes; el derecho de atraque de las naves en los puertos; el derecho a la utilización de las vías públicas; el derecho de los extranjeros a comerciar sin detrimento de los nacionales; el derecho a ocupar las *res nullius*; la inviolabilidad de los embajadores; como consecuencia de su carácter común, la libertad de los mares; el derecho a reducir a esclavitud a los prisioneros de guerra; la adquisición de la ciudadanía por nacimiento y finalmente, la apropiación de la cosas ganadas en la guerra, por parte del vencedor.

Por otra parte, dentro del desarrollo del derecho internacional, de vital importancia lo fue también la doctrina que sobre el derecho de gentes y la comunidad internacional elaboró el padre español **Francisco Suárez**<sup>23</sup>. Según se desprende de su pensamiento, el filósofo español fue un firme proponente del derecho natural y una teoría sobre el gobierno, conforme a la cual, el poder era transmitido al pueblo a través de Dios. Así, el mismo Dios creó a los seres humanos libres, pero con un impulso natural tendiente hacia la asociación política. De este modo, acorde con el pensamiento de Suárez, cada Estado surgió a través de un contrato social, o bien, un consenso, fuera éste expreso o tácito, concluido de manera libre por una comunidad de hombres.

<sup>21</sup> VITORIA, Francisco De. Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra... *Op. Cit.* De los indios, 1, pág. 60.

<sup>22</sup> *Ibidem*, De los indios, 4, pág. 63.

<sup>23</sup> SUAREZ, Francisco. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Reproducción anastática de la edición Príncipe de Coimbra 162. Versión española por José Ramón Eguillor Muniozgueren, S.I. (seis tomos). Instituto de Estudios Políticos. Sección de Teólogos Juristas. Madrid, 1967.

Acorde con esto, Francisco Suárez se refirió al Estado como “*supremo en su propio orden*”<sup>24</sup>; es decir, cada Estado tenía el poder de emitir sus propias leyes, sin que existiese en contra de ellas recurso alguno, más allá de sí mismo. Sin embargo, aunque ordinariamente casi lo fuera, de ningún modo podía decirse que tal supremacía de gozaba el Estado o bien, el príncipe, fuera absoluta. Así, según el bien común lo demandara, aquél poder podía ser limitado o cambiado, de acuerdo con los diferentes tiempos y circunstancias.

Quizá la limitación a la supremacía estatal que más relación guarda con nuestro objeto de investigación, fue aquella que tuvo que ver con la coexistencia de diversos Estados, o mejor con la existencia de una comunidad internacional. Si bien es cierto, cada Estado, según Francisco Suárez, era ‘supremo en su propio orden’, absolutamente ninguno tenía un derecho incondicionado para invadir a algún otro. De este modo, el padre español estableció que “*el poder y las leyes de uno terminan cuando aquellas del otro comienzan*”<sup>25</sup>.

Así, Suárez, determinó que:

*“el género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad no sólo específica, sino también cuasi política y moral, que indica el precepto natural del mutuo amor y de la misericordia, que se extiende a todos aun a los extraños y de cualquier nación. Por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí una comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí, que no necesiten de alguna mutua ayuda y sociedad y comunicación, a veces para mejor ser y mayor utilidad, y a veces también por moral necesidad e indigencia, como consta del mismo uso...”*<sup>26</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, refirió entonces a la necesidad de un derecho que se encargase de ordenar y dirigir de manera recta, a todo el género humano. Fue de este modo que el célebre teólogo precisó que:

*“... aunque el género humano no estuvo reunido en un cuerpo político sino dividido en distintas comunidades, sin embargo, para que esas comunidades*

<sup>24</sup> Cfr. *Ibidem*, Tomo 2, Libro III, c. 1 (6). pág. 199.

<sup>25</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*, Libro II. c. 19, pág. 158.

*puadiesen ayudarse mutuamente y conservarse en la justicia y en la paz –cosa que era necesaria para el bien de la humanidad- convino que, como por un pacto y consentimiento común, observasen entre sí algunos derechos comunes: esto es lo que se llama derecho de gentes, el cual, según hemos dicho, se introdujo más por tradición y costumbre que por constitución alguna”.*<sup>27</sup>

Ahora bien, para intentar comprender de un mejor modo aquella idea de derecho de gentes, formulada por el mismo Francisco Suárez, es preciso ahora hacer referencia a dos cuestiones, a saber: (a) el concepto de derecho en general, así entendido por el filósofo español y (b) el estrecho vínculo presente entre la noción de *ius gentium*, por un lado y el derecho civil y natural, por el otro.

Conforme a su doctrina, la expresión ‘derecho’ guardaba dos significados distintos. Algunas veces era entendido como la facultad moral para alguna cosa o sobre alguna cosa, ya fuera verdadero dominio, ya alguna participación de él. Otras veces, el término ‘derecho’ habría de identificarse con el concepto mismo de ley, que de acuerdo con Suárez, era regla de obrar honestamente y ponía cierta equidad en las cosas. Así, podemos decir, la primera acepción ha de referirse al derecho, en sentido subjetivo, en tanto que la última, al derecho en sentido objetivo.

En este sentido, ambos derechos podían dividirse en natural, de gentes y civil. Así, la libertad, el derecho de servidumbre introducido por la guerra y el derecho de prescripción, pueden ser citados, respectivamente, como ejemplos de aquél derecho en su primer significado. Sin embargo, así como Francisco Suárez, hemos de referirnos al derecho de gentes, y por lo tanto, al derecho natural y al derecho civil, en tanto ‘ley’.

Así, de los diez libros que integraron la magna obra del teólogo español ‘*DE LEGIBUS AC DEO LEGISLATORE*’, sólo dedicó los últimos cuatro capítulos de su libro III al análisis de su concepción sobre el derecho de gentes, donde a través de las distintas sentencias consideradas por él como falsas, intentó distinguir al *ius gentium* –a través de una perspectiva meramente voluntarista- del derecho natural y el derecho civil.

En cuanto al vínculo existente entre el derecho natural y la idea concebida por Suárez como derecho de gentes, después de negar distintas opiniones sobre el tema, el padre jesuita se refirió en primer término, a los rasgos convergentes entre ambos derechos y

---

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*, Libro III c. 2, pág 203.

así determinó que el derecho de gentes, considerado éste como 'ley' no podía comprenderse en el derecho natural, pues aunque con múltiples similitudes, ambos se distinguían en la propia moral.

De acuerdo con la doctrina expuesta por Francisco Suárez, era cierto que los dos eran de algún modo, comunes a todos los hombres. En segundo término, convenían ambos en que así como la materia propia del derecho de gentes sólo había lugar entre los hombres, así también la materia del derecho natural era propia de todos o, al menos, casi todos los hombres. Finalmente, también era cierto que tanto el derecho de gentes y el derecho natural contenían en sí preceptos, prohibiciones, concesiones y permisiones.

El derecho de gentes sin embargo, difería del derecho natural en cuanto a los preceptos afirmativos del primero, no imponía necesidad de la cosa mandada por la sola naturaleza de ésta mediante evidente ilación de los principios naturales, de donde se hacía necesario que tal necesidad surgiera de otra parte. De igual modo, en cuanto a sus preceptos negativos, no prohibían algo porque fuera malo de suyo, tal cuestión era propia al derecho natural. Así, de parte de la razón humana no podría hablarse de un derecho de gentes ostensivo de la malicia, sino constitutivo de ella. Es decir, el derecho de gentes no prohibiría algo porque fuera malo, por el contrario, al prohibir una cosa, hacía que esta fuera mala.

En segundo término, ambos derechos eran distintos en razón de su mutabilidad o su inmutabilidad. En este orden de ideas, el derecho de gentes no podía ser tan inmutable como lo era el mismo derecho natural. Esto debido a que la inmutabilidad nacía de la necesidad y por lo tanto, lo que no era igualmente necesario, no podía ser igualmente inmutable. Por último, y aunque pareciera que en este aspecto ambos derechos convergían, acorde con la filosofía del Doctor eximio, en la universalidad y comunidad a todas las gentes, el derecho natural era común a todos y sólo por algún error podía no guardarse en algún lugar, en tanto el derecho de gentes era común no siempre a todos, sino regularmente y casi a todos.

Así, después de analizar las diferencias y convergencias entre uno y otro, concluyó que el derecho de gentes, al igual que el derecho civil, era derecho positivo y humano. En este orden de ideas, parece ahora preciso intentar explicar las diferencias entre el derecho de gentes y el derecho civil. Respecto a ello, el teólogo de Salamanca, estableció en primer término, que los preceptos del derecho de gentes eran no por

escrito, sino introducidos a través de las costumbres de todas las gentes o de casi todas ellas y por lo tanto, obligadas todas a él.

Más aún, estableció que aquellas cosas que pertenecían al derecho de gentes en sentido estricto, eran muy pocas y muy próximas al derecho natural, tan útiles y conformes a la misma naturaleza, que aunque no hubieran sido deducción evidente de él, eran sin embargo, convenientes a la naturaleza, y por lo tanto, aceptables por todos.

Por otro lado, estableció que, a diferencia del anterior, un segundo modo del derecho de gentes, o bien el derecho civil no iba dirigido a todos los hombres y por lo tanto, no tenía como fin próximo lograr una conveniente sociedad y la comunicación entre todas las naciones. Por el contrario, se trataba entonces de preceptos constituidos dentro de cada república para su adecuado gobierno interno. Sin embargo, en tal situación podía surgir el uso de semejantes ritos o leyes semejantes o convenidas entre casi todas las naciones.

En segundo lugar, dentro del derecho de gentes se hallaron preceptos más generales, considerados útiles a toda la naturaleza y conformes a los primeros y universales principios de la naturaleza, mismos que fueron introducidos por los hombres a través de determinadas costumbres en donde intervino más la necesidad que la voluntad, como en el caso del derecho civil.

En tercer término, en razón de su mutabilidad, el derecho de gentes se distinguió así, del derecho civil. Los preceptos del derecho civil podían ser fácilmente abrogados en todo, o sustituidos por otros, incluso sin el consentimiento de otras naciones, en tanto que el derecho de gentes al ser un derecho común a todas ellas e introducido por la autoridad de todos requería para su mutabilidad del consentimiento expreso de todas las naciones o bien, de la introducción paulatina de una nueva costumbre contraria a la anterior. En nuestro derecho internacional, tal afirmación nos lleva a pensar en la derogabilidad de una norma de derecho internacional consuetudinario, o quizá en la idea de una norma de *ius cogens superveniens*, cristalizada en artículo 64 de la Convención de Viena.

Según precisa el profesor alemán G. Stadtmüller, el pensamiento de Francisco Suárez, se asemejó en sus rasgos fundamentales a la doctrina elaborada por el padre dominico. Sin embargo, a diferencia de este último, Suárez conoció ya, por una parte, sobre el dogma, formulado entonces por Juan Bodino, sobre la soberanía, rechazando

por supuesto, su carácter ilimitado y por otra, destacó la importancia del derecho internacional positivo, de naturaleza convencional, no deteniéndose así, como sus predecesores, en su fundamento meramente en derecho natural<sup>28</sup>.

Acorde con todo lo anterior, cabe ahora recurrir a la opinión del célebre maestro **César Sepúlveda**, quien se refirió a los pensamientos de los teólogos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suárez y determinó que:

*“Se trata, en suma, de dos posiciones sobre la misma preocupación intelectual: el Estado, la idea de comunidad internacional, aunque concebida de diferente manera o, si se prefiere, con un matiz diferente, esto es, el de cada escuela: la dominica o la jesuita. Pero en casi todos los demás aspectos ambos pensadores, coinciden, por ejemplo en la igualdad entre los miembros de esa comunidad; en la concepción del Estado como organización humana y en su papel para el mejoramiento de la sociedad; en los atisbos de la tesis de la cooperación internacional hacia los miembros más débiles. Vitoria era el jurista por excelencia, Suárez, el filósofo.”*<sup>29</sup>

#### 2.4. LA PAZ DE WESTFALIA: EL NACIENTE SISTEMA DE ESTADOS EUROPEOS

La Reforma protestante iniciada hacia el siglo XVI, por Martín Lutero en contra de la autoridad de la Iglesia católica en Roma, trajo consigo la desintegración de todo un mundo de ideas y creencias que predominaron durante toda la Edad Media. Sin duda alguna, aquel movimiento representó un fuerte golpe para la doctrina hasta entonces impuesta por la Iglesia católica, lo que originó el surgimiento de diversos cultos extremistas a lo largo de todo el continente europeo.

Así, fundada en los reclamos del pueblo bohemio –entonces parte del Santo Imperio romano-, gobernado por los Habsburgo, y de la mayor parte de principados y monarquías que formaron el norte de Europa, consistentes en que los pueblos con un idioma, sociedad y tradición determinadas, tenían el derecho de gobernarse a sí mismos y de escoger de manera libre, su propia religión, más allá de toda determinación tomada por el emperador o el Papa, tuvo lugar, en 1618, dentro del territorio del Imperio romano -las naciones alemanas- el inicio de la guerra de los Treinta Años misma que, de manera eventual, a lo largo de toda ella, involucró a todas las potencias europeas continentales, antes de su fin, en 1648. En razón de esta larga

<sup>28</sup> Cfr. STADTMULLER, Georg. *Historia del derecho internacional público...* Op. Cit. pág. 144.

<sup>29</sup> SEPÚLVEDA, César. *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. Facultad de Derecho- UNAM- FCE. México, 1995. pág. 30.

guerra, se perpetuaría en Europa la desunión y el caos provocados por la Reforma, así como la marcada división, ya existente entre protestantes y católicos.

Sin lugar a dudas, la guerra de los Treinta Años confirmó el fin definitivo de la supremacía que por más de un siglo había gozado España y su reemplazo por la supremacía francesa, a cargo del famoso primer ministro francés, Armando Juan du Plessis, cardenal de Richelieu, quien habría de intervenir en la guerra a fin de defender los intereses protestantes, pero no motivado por ello, sino por encontrar tal intervención como la oportunidad perfecta para derrotar a los Habsburgo, antiguos enemigos de Francia.

En 1648, en las ciudades de Osnabruck con Suecia y Munster con Francia, fueron firmados los tratados que conformarían a la paz de Westfalia. Ambos tratados establecieron un nuevo orden internacional que en términos generales significó en gran medida la legitimación de los Estados soberanos para poder gobernarse a sí mismos, libres de cualquier interferencia externa fundada en principios políticos, jurídicos o religiosos.

Como resultado de esta paz también se eliminó la supremacía de los Habsburgo y en su lugar, se instauró el triunfo de la política exterior francesa, al tiempo en que Francia extendió sus fronteras hasta las proximidades del Alto Rin. Por su parte, el Imperio alemán fue mutilado hacia el exterior y hacia el interior debilitado, al precisar ambos documentos que todos los Estados alemanes poseerían en el futuro plena soberanía política y por lo tanto, podrían, sin el consentimiento del Emperador, celebrar tratados y alianzas con potencias extranjeras, siempre que tales alianzas no fueran dirigidas en contra del emperador ni del Imperio mismo. Más aun, a través de la paz de Westfalia, fueron reconocidos como Estados plenamente independientes en el orden jurídico internacional, dos territorios que hasta entonces habían integrado el devastado Imperio alemán, a saber: la Confederación helvética y la República de las provincias unidas de los Países Bajos.

La concertación de la paz de Westfalia implicó el abandono total de la idea cristiana del Estado-mundial que había prevalecido durante la Edad Media, y por el contrario, tomó como postulado fundamental la existencia de Estados seculares, nacionales y territoriales, que sin embargo, ante el temor de que las relaciones entre aquellos se volvieran incontrolables y más aún, llegaran a carecer de un ideal unificador, les fue

negado el absoluto separatismo al igual que la total irresponsabilidad y proclamó así, su común vinculación bajo la supremacía de la ley<sup>30</sup>.

#### 2.4.1. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA IUSNATURALISTA DEL SIGLO XVII EN EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES

En 1625, el escritor holandés **Hugo Grocio**<sup>31</sup>, movido por los horrores de la guerras religiosas, publicó su obra titulada *DE JURE BELLI AC PACIS*, a través de la cual intentó idear un nuevo sistema de derecho internacional que resultara mejor y más duradero.

De la obra del pensador holandés podemos desprender en primer término, que Grocio jamás entendió al *ius gentium* o mejor, al derecho de las naciones, con la misma amplitud con que fue tratado por el derecho romano antiguo o por los teólogos de la Escolástica española. Por el contrario, en *De jure belli ac pacis* hubo de referirse a él como “*el derecho cuya fuerza obligatoria derivaba de la voluntad de todas las naciones, o de muchas naciones*”<sup>32</sup>. Grocio enfatizó en el uso de la expresión ‘muchas naciones’ y precisó que fuera del derecho natural, frecuentemente llamado derecho de las naciones, era difícil poder hablar de cualquier otro que fuera común a todas ellas. De este modo, el derecho de las naciones expresaba la voluntad de la comunidad de naciones y establecía las obligaciones y los derechos dentro de los límites de la razón.

Hugo Grocio distinguió así, dos fuentes diversas del derecho de las naciones. Como consecuencia del naciente sistema de Estados europeos, tanto la identidad de cada uno de ellos como la de los individuos, así como la sociabilidad entre estos últimos, constituyeron en el sistema de Grocio, características determinantes. De acuerdo con Grocio, aquello que distinguía al hombre era su deseo por una vida social. Es decir, el hombre necesitaba vivir de un modo pacífico y organizado según la medida de su inteligencia con aquellos de su misma especie. De este modo, dotado de una capacidad bienhechora y altruista, podía entender los principios morales esenciales derivados de su misma naturaleza racional y social y en consecuencia, conforme al pensamiento Grociano, los preceptos de la recta razón constituirían así, la fuente última de derecho.

Empero, durante el Siglo XVII, cuando por un lado, las relaciones entre los diversos Estados parecían regirse más por su deseo de consolidar su poder político en el

<sup>30</sup> Cfr. BRIERLY, J.L. *La ley de las Naciones. Introducción al derecho internacional de la paz*. Editora Nacional. México, 1950, pág. 11.

<sup>31</sup> Cfr. GROTIUS, Hugo. *De Jure Belli ac Pacis. Libri Tres*. The Classics of International Law, 3. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1925.

<sup>32</sup> Cfr. GROTIUS, Hugo. *De Jure Belli ac Pacis. Libri Tres... Op Cit.* Libro I, cap. I, pág. 45

continente europeo, que por la recta razón y por otro, nuevas reflexiones acerca del origen de los gobiernos y de las relaciones existentes entre el individuo y el poder soberano surgían, aquella postura de Grocio pareció vulnerable. Así, surgieron al contrario numerosas hipótesis de un original estado de naturaleza. De este modo, el individuo, considerado como un ser egoísta y asocial se convirtió en el punto cardinal de aquella nueva filosofía.

El pensamiento del filósofo inglés **Thomas Hobbes**<sup>33</sup> confirmó esta nueva concepción. Acorde con la filosofía de Hobbes, en un estado de naturaleza existían individuos separados sin tendencia alguna a vivir en sociedad. Además de las instituciones políticas, cada hombre se hallaba dotado de utilizar su propio poder del modo en que él quisiera para la conservación de su naturaleza misma y en consecuencia, podía también hacer todo cuanto, a su juicio y razón, considerara necesario para lograr este fin.

Por su parte, aquel estado de naturaleza en que vivía el hombre era una condición de guerra de todos contra todos, en el que cada uno estaba gobernado por su propia razón ante la inexistencia de algo que pudiera servirle de instrumento para proteger su vida. De este modo, para superar aquel caos, los hombres, a través de un pacto, crearon una sociedad -el Estado- en la que dotaron a un poder soberano de todos los derechos necesarios que aseguraran la paz y la defensa común. Este Dios soberano mortal o como le llamó el pensador inglés, 'Leviatán', poseía un poder supremo e ilimitado, encargado principalmente de proteger a los individuos de la injuria mutua y de la invasión extranjera.

Del mismo modo en que hizo Grocio, Hobbes consideró también que los Estados, al ser instituidos, asumían cualidades semejantes a los hombres. Sin embargo, a pesar de esto, el primero consideró que las conductas de los príncipes y soberanos debían estar siempre orientadas por los principios de derecho natural y el amor cristiano, en tanto que para el filósofo inglés, los Estados, unos respecto de otros, se hallaban en una condición análoga a la que se encontraban los hombres en estado de naturaleza, es decir, en un estado de todos contra todos.

De esta manera, el derecho de las naciones y la ley de naturaleza eran lo mismo. Es decir, aquellas leyes que ordenaban a los hombres el modo en que habían de regirse, eran también dirigidas a los príncipes soberanos, en sus relaciones mutuas. A saber,

---

<sup>33</sup> Cfr. HOBBS, Thomas. Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1984. pp. 618.

así como cada individuo en un estado de naturaleza tenía el derecho de hacer todo cuanto fuera necesario para conservar su propia naturaleza, del mismo modo cada Soberano tenía también el derecho o incluso, el deber de hacer todo aquello posible a fin de lograr la paz y la seguridad comunes a su pueblo.

La teoría desarrollada por Thomas Hobbes representó un fuerte ataque al sistema de derecho internacional desarrollado por Hugo Grocio, donde los principios morales y el uso de la razón, sobre los que este último sustentó el desenvolvimiento de las relaciones entre los diversos Estados, vinieron con aquella teoría, a ser superados por la lucha en la conservación del poder; es decir, por la idea misma de hacer todo cuanto fuere a fin de preservar su existencia.

Empero, en cualquier caso habría sido intolerable que aquél sistema de Estados soberanos europeos que recién surgía al concretarse la Paz de Westfalia, estuviera regido por relaciones de poder. Las tensiones constantes y los conflictos entre ellos resultaban incompatibles con la idea de paz universal que sin duda, inspiró el fin de las guerras religiosas y la creación de un nuevo orden internacional. En consecuencia, surgió entonces la necesidad de desarrollar un innovador pensamiento que intentara considerar tanto la doctrina expuesta por Grocio en su '*DE IURE BELLI AC PACIS*', como la teoría del estado de naturaleza del hombre, emprendida principalmente por Thomas Hobbes.

En 1672 apareció la obra del jurista alemán **Samuel Puffendorf**, '*DE IURE NATURAE ET GENTIUM*'<sup>34</sup>, en que emprendió un tratamiento sistemático de cuestiones éticas fundamentales, tales como el origen de las ideas morales, la formación de la conciencia y la naturaleza de la obligación moral.

La libertad natural marcó el rasgo fundamental en la teoría del jurista alemán. Las leyes morales que habían de referirse a tal libertad debían tener un origen trascendente. Así, los preceptos de derecho natural eran deducidos a través de la razón que caracterizaba al ser humanos. Es decir, el hombre, a la luz de la razón, podía entender que si éste deseaba encaminarse a la felicidad, debía ordenar su vida acorde con el derecho natural. Empero, los dictados de la razón no podían ser autónomos, esto es, aquellos no podrían tener fuerza de ley a menos que se contemplase la existencia de un Dios y su providencia.

---

<sup>34</sup> Cfr. PUFFENDORF, Samuel. *De iure et gentium. Libri octo*. The Classics of International Law, 17. Oxford Clarendon Press, United Kingdom, 1934.

Respecto del derecho natural, a diferencia de Grocio y Hobbes, Samuel Puffendorf consideró que la inclinación del individuo hacia a una vida social era producto sólo del deseo mismo por su autoconservación. Así el hombre, como ser malicioso, petulante, fácilmente irritable y tendiente a dañar a los demás, en ningún momento podía subsistir sin la ayuda de los otros seres comunes a él. Por el contrario, para que de acuerdo a su condición, pudiera gozar de aquellas cosas buenas del mundo, el hombre debía reunirse con otros de su misma especie y conducirse hacia ellos de tal modo que, sintiera con esto la existencia de una verdadera razón para preservar su vida e incrementar su buena fortuna.

De lo anterior, para Puffendorf una ley fundamental de la naturaleza era el que todo individuo debía cultivar y preservar una actitud sociable y pacífica, de acuerdo a la propia naturaleza y fin de la raza humana. Por actitud sociable habría de entenderse entonces, la conducta que cada hombre debía mostrar hacia los otros, a través de la cual, aquél se hallaba obligado hacia los demás por medio de la bondad, la paz y el amor y en consecuencia, por la obligación mutua.

Según precisamos anteriormente, el jurista alemán se refirió a la existencia de la libertad natural del hombre. Sin embargo, aquella estuvo necesariamente condicionada por la razón y restringida por el mismo derecho natural. Asimismo, Puffendorf reconoció dentro de su doctrina, la igualdad entre todos los individuos dotados con un sentido de autoestima, derivado éste de la dignidad humana. De este modo, bajo el derecho natural, todo individuo se hallaba obligado a tratar a los otros como sus iguales.

Respecto de la existencia del derecho de las naciones, Samuel Puffendorf consideró que no podía hablarse de un derecho de gentes positivo. A la inversa, al igual que Thomas Hobbes, lo consideró también sólo como una parte del derecho natural y por lo tanto, los Estados considerados como entes separados y ante la ausencia de un ente político superior, común a todos ellos, permanecían uno respecto de otro, en la misma situación en que lo hacían los mismos hombres en estado de naturaleza.

Así, acorde con el pensamiento del mismo Samuel Puffendorf, a diferencia de los hombres, quienes una vez concientes de los peligros existentes en un estado de naturaleza se vieron obligados a constituir una sociedad organizada, las relaciones entre los Estados no podían tratarse del mismo modo. Por su misma naturaleza todos los reinos eran libres, independientes e iguales entre sí y en consecuencia, ninguno de ellos podía ser superior al otro. De este modo, no había la necesidad de una

organización social, dado que las relaciones entre los Estados, se hallaban reguladas únicamente por las obligaciones a ellos impuestas por el derecho natural y no así, por un derecho positivo.

En este sentido, pareciera entonces que Samuel Puffendorf se contrapuso al pensamiento de su antecesor Hugo Grocio, al negar la existencia de un derecho de las naciones derivado de la voluntad de los Estados, iguales entre ellos y al contrario, sostener que aquél no era un derecho, propiamente hablando, en tanto que no provenía de algún superior, sino sólo una parte del derecho natural aplicable a ellos.

El nuevo sistema de Estados independientes que surgió como resultado de la Paz de Westfalia, terminó por un lado, con aquél pensamiento que los teólogos españoles tuvieron respecto de la comunidad internacional y por el otro, con la idea de un vínculo de sumisión hacia una autoridad superior, como había sucedido durante largo tiempo con la existencia del Imperio romano. Lo anterior, condujo a la resistencia filosófica de una posible organización internacional que implicara la presencia de un ente superior a todos los demás y por el contrario, reflejó la existencia de una nueva sociedad mundial basada en la absoluta soberanía, libertad e igualdad de cada uno de sus miembros, cuyas relaciones habrían de regirse siempre, por los principios de razón y caridad, establecidos solo por el derecho natural.

#### 2.4.2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES EN EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA DEL SIGLO XVIII

Hacia el siglo XVIII entre el pensamiento naturalista clásico y la corriente *iuspositivista* que habría de acentuarse hasta el siglo XIX, surgió una nueva filosofía ecléctica que como tal, involucraría tanto al derecho natural como al derecho positivo, aunque mayormente orientado por el primero. Entre quienes hubieron de representar este nuevo pensamiento se encontraron principalmente los juristas Christian von Wolff y Emmerich de Vattel.

En su obra '*IUS GENTIUM METHODO SCIENTIFICA PETRACTATUM*', publicada en 1749, el filósofo alemán **Christian von Wolff**<sup>35</sup>, definió al derecho de las naciones como "*la ciencia de aquél derecho utilizado por las naciones y los pueblos en sus relaciones mutuas y las obligaciones correspondientes a ellas*". Acorde con su pensamiento, las naciones, consideradas del mismo modo que los seres humanos en un estado de naturaleza, se hallaban originalmente regidas sólo por el derecho natural. Así en

<sup>35</sup> Cfr. WOLFF, Christian. *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum*. The Classics of International Law, 13. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1934.

principio, el derecho necesario de las naciones, no era para Wolff, otra cosa sino el mismo derecho natural aplicado a las naciones.

A partir de lo anterior, al ser el derecho natural necesario e inmutable y a su vez tal inmutabilidad derivar de la esencia y naturaleza del ser humano, habría de surgir en el pensamiento de Wolff y por primera vez en la historia del derecho de gentes, la idea de un derecho natural aplicable a todas las naciones, cuyas obligaciones, en tanto derivadas de aquél, eran también necesarias e inmutables y por tanto, ninguna nación podía liberarse de ellas, en razón de su propia voluntad.

Como fundamento de aquél derecho de gentes necesario, Christian Wolff propuso la existencia de una *civitas maxima* o bien, de un súper Estado constituido por todas las naciones individualmente consideradas, todas ellas iguales entre sí y cuyo sentido de existencia se hallaba en lograr, a través de la asistencia mutua y la combinación de sus poderes, el bien común de todas ellas y asimismo, el perfeccionamiento mismo de aquella *civitas maxima*.

Respecto de las leyes que habrían de regir dentro de este Estado supremo, podemos precisar que según el filósofo alemán, así como la voluntad del legislador en el caso de las leyes civiles que prescribían los medios para lograr y mantener el bien común dentro de cada Estado o nación, se hallaba sujeta al derecho natural, así también, el mismo derecho natural imponía como límite a la voluntad de cada Estado, la preservación del bien común y el perfeccionamiento mismo de esta gran asociación de Estados.

En este sentido, por '*civitas maxima*', se entendía que cada Estado o nación estaba obligado hacia la totalidad de Estados en búsqueda del bien común y por su parte, la totalidad de aquellos se obligaba hacia cada uno, con el fin de lograr una vida adecuada, paz, seguridad y en general, el bien de todos los hombres. Ante tal situación y aunque más adelante hemos de referirnos al concepto de *erga omnes*, correlativo a esta obligación, todos los Estados o naciones individuales, en tanto miembros del Estado supremo, tenían un derecho de coerción sobre todas aquellas otras que por voluntad o negligencia se apartaran del cumplimiento de tales obligaciones.

Por otra parte, el jurista alemán consideró que el Estado supremo, constituido por Estados individuales, libres e iguales entre ellos, y cuya soberanía en consecuencia, estaba depositada en el conjunto de todos éstos, o mejor en la totalidad de la raza

humana, dividida en pueblos y naciones, era una especie de forma de gobierno democrático, donde como tal, la voluntad de las naciones habría de jugar un papel predominante.

De este modo, uno de los grandes méritos de Christian Wolff fue precisamente, el haber distinguido además del derecho natural o derecho necesario de las naciones, a los derechos voluntario, estipulativo y consuetudinario. Todos ellos, cuya fuente primera lo fue la voluntad de cada nación en aquella *civitas maxima*, conformaron lo que el mismo Wolff denominó como el derecho positivo de las naciones.

Así, identificó en primer término al derecho voluntario de las naciones con las leyes civiles, promulgadas por el legislador dentro de cada Estado y encargadas de regular los medios para mantener el bien común entre todos los individuos. De este modo, ante la igualdad de todos quienes conformaban el Estado supremo, Wolff se refirió a un 'legislador ficticio' que hubiera de crear las leyes que dispusieran los medios para lograr el bien común en aquél.

El soberano de cada Estado, o mejor, este 'legislador ficticio' era asumido por él, con la finalidad de adaptar así, el derecho necesario o natural de las naciones al mismo propósito de aquella *civitas maxima*, en la medida de lo permitido por la condición humana y promulgando las leyes que de acuerdo con la recta razón, habrían de considerarse como ley entre todas las naciones. En conclusión, el filósofo alemán entendió al derecho voluntario de las naciones como aquél emanado de cada soberano para mantener el bien común en el Estado supremo, apegado siempre al derecho natural.

Por su parte, el derecho estipulativo de las naciones no fue otra cosa que los pactos celebrados por ellas mismas. Según lo anterior, pareciera que de acuerdo con la distinción de Wolff, el derecho estipulativo representaba el consentimiento expreso de cada Estado y en este sentido, podríamos fácilmente asociarlo con el principio general de derecho '*res inter alios acta*'. Es decir, ningún Estado podía ser obligado o privado de derecho alguno, sin su consentimiento y mucho menos en contra de éste.

Finalmente, el derecho consuetudinario de las naciones representó el consentimiento tácito de los Estados, es decir, usos y prácticas consideradas por ellos como derecho. En consecuencia, al igual que el derecho estipulativo, se trató entonces de normas de carácter particular, obligatorias únicamente para aquellas naciones que hubieren manifestado tal tipo de consentimiento, a través de algún uso o práctica determinada.

En el mismo siglo XVIII, el filósofo suizo **Emmerich de Vattel**<sup>36</sup> reconoció en el prefacio de su obra '*LE DROIT DES GENS, OU PRINCIPES DE LA LOI NATURELLE*', un cercano vínculo entre su trabajo y el pensamiento de su antecesor, Christian Wolff.

Comenzó por definir a las naciones o Estados como cuerpos políticos o sociedades de hombres, cuya fuerzas reunidas procuraban su conservación y utilidad. Más aún, los concibió como verdaderas personas morales, con entendimiento propio y capacidad para obligarse y en consecuencia, tener derechos. En razón de esto, entendería al derecho de gentes como la ciencia del derecho guardado entre las naciones o Estados y de las obligaciones a ellos correspondientes.

De modo casi similar a Christian Wolff, Vattel consideró a la multitud de Estados soberanos como tantas personas libres conviviendo entre sí, en un estado de naturaleza. Luego entonces, así como los hombres en razón del derecho natural, gozaban de total libertad e independencia en aquél estado de naturaleza, sin poder perderlas sin su consentimiento, así también todo Estado o nación permanecía libre e independiente de cualquier otra y de todos los demás hombres, si no hubiera decidido antes someterse voluntariamente a ellos.

Acorde entonces con el pensamiento del diplomático suizo, las naciones, al estar conformadas necesariamente por individuos, se hallaban entre sí, también sometidas a las leyes de la naturaleza y en consecuencia, gozaban también de los derechos que ella misma daba a los hombres para cumplir sus deberes. Así pues, consideró preciso aplicar a las naciones o Estados soberanos el derecho natural para descubrir así, sus obligaciones y derechos.

En consecuencia, como Wolff, Emmerich de Vattel se refirió también a un derecho de gentes necesario, fundado en la naturaleza de las cosas y del hombre mismo y como tal, inmutable y obligatorio a todas ellas, sin poderlo variar a través de pactos recíprocos o conductas unilaterales. No obstante, estableció también que el mismo derecho de gentes necesario reconocía la existencia de cosas justas que las naciones podían pactar o convenir entre sí, ya fuera de un modo expreso, ya de un modo tácito, a través de la introducción de algún uso o costumbre conveniente.

De todo lo anterior, pareciera que ambas doctrinas convergieran casi en su totalidad. Sin embargo, para nuestro tratamiento de la idea de comunidad internacional, es

---

<sup>36</sup> Cfr. VATTEL, Emmerich De. Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos. Tomo I Preliminares. Traducción de Lucas Miguel Otareña. Casa de Masson y hijo. París, 1824. pág. 315.

preciso analizar el fundamento distinto que Vattel dio a la existencia de una sociedad de naciones y consecuentemente, del derecho de gentes mismo.

Rechazó la idea de una *civitas maxima* en la forma en que lo había planteado antes Christian Wolff. Al contrario, consideró que cada Estado, al ser una persona moral, con entendimiento, fuerza y voluntad propias, se hallaba obligada a vivir con el resto de ellas, acorde con las leyes de la sociedad universal de la especie humana y del mismo modo en que los hombres lo hacían antes de reunirse en él, desde luego, sin dejar de considerar las excepciones que pudieran surgir de las diferencias entre ambos objetos, a saber: el mismo ser humano y el Estado.

Conforme a su doctrina, el fin de la sociedad natural establecida entre los hombres, consistía básicamente en la prestación de la asistencia mutua para su propia perfección y para la del Estado mismo. De este modo, las naciones, al considerarse como otras tantas personas libres reunidas en estado de naturaleza, se hallaban obligadas a cultivar entre sí, la sociedad humana. Ahora bien, el fin de aquella gran sociedad natural establecida por todas las naciones, era también la asistencia mutua para lograr de ese modo, su perfeccionamiento individual y el de la sociedad de las naciones, como tal.

Ahora entonces, Emmerich de Vattel estableció que la primera ley general derivada de aquella sociedad de las naciones era el que *“cada una de ellas debía contribuir, en todo lo posible, a la felicidad y perfección de las demás”*<sup>37</sup>. Para entender el anterior postulado, Vattel consideró que los deberes consigo mismo eran superiores a los deberes para con los demás, de modo entonces, que cada nación debía primero, procurar con justicia y probidad su propia felicidad y perfección, pues aquella obligación cesaba, si acaso el bien de otra nación implicaba el daño a sí misma.

En este orden de ideas, la segunda ley general que correspondió a aquella sociedad era que *“a cada nación debía dejarse en posesión pacífica de la libertad concedida a ella por la naturaleza”*. De forma que, para que tal sociedad natural de las naciones pudiera subsistir, era necesario que cada una de ellas respetara los derechos de las demás que la naturaleza misma les había concedido. En consecuencia se sigue que, de tal libertad e independencia, correspondía a cada nación el derecho natural de juzgar lo que su conciencia exigía de ella, es decir, lo que podía o no podía hacer, lo conveniente o no conveniente, sin olvidar desde luego, que en primer término, toda nación se debía a sí misma. Por consiguiente, ninguna podía obligar a otra a actuar de

---

<sup>37</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 12.

un modo determinado porque de hacerlo, atentaría contra la libertad concedida a ellas por naturaleza<sup>38</sup>.

Advirtió que la obligación y por lo tanto, el derecho que le era correlativo, se dividía en interna y externa. Es decir, se trataba de una obligación interna cuando derivaba de las reglas de nuestra conciencia, y externa cuando era considerada respecto a los demás hombres y producía algún derecho a su favor. Así, la obligación interna era siempre la misma por naturaleza, en tanto que la obligación y el derecho externos, podían ser perfectos o imperfectos. Acorde con esto, la obligación perfecta se distinguía por producir un derecho de coacción y por consiguiente, el derecho perfecto era aquél que iba acompañado de esta coacción en contra de quienes no hubieran querido cumplir con la obligación impuesta. Al contrario, la obligación imperfecta sólo generaba un derecho de petición y por tanto, en ningún momento podía justificarse coacción alguna contra quien no cumpliera un deber de esta naturaleza.

A partir de lo anterior, se trataba siempre de un derecho imperfecto aquél derivado de una obligación que dependía del juicio de quien la había contraído. De este modo, se entiende que una nación era completamente dueña de sus acciones siempre que no perjudicara los derechos propios y perfectos de otra o bien, cuando se tratara de una obligación meramente interna. De tal forma que, al ser las naciones libres e independientes y por lo tanto, iguales entre sí, cada una podía juzgar en conciencia lo que había de hacer para cumplir sus obligaciones, sin que ninguna otra hubiera de intervenir en tal juicio, porque si tal fuera el caso estaría seguramente invadiendo la libertad a ella concedida por el derecho natural.

Hacia el exterior sin embargo, y entre los hombres cada nación debía actuar siempre con una perfecta igualdad de derechos entre las naciones, tratándose de la administración de sus negocios y en la búsqueda de sus pretensiones. Es decir, siempre debía proceder de modo que, la conducta permitida a una lo fuera también para el resto de ellas.

Como resultado de todo lo dicho, de la lectura de Vattel hemos de desprender que, acorde con el humanista francés, por derecho necesario de las naciones había de referirse únicamente a obligaciones y derechos universales de carácter interno. Es decir, las obligaciones del derecho natural de las naciones se generaban sólo en la conciencia de cada soberano y por lo tanto, los derechos correlativos de aquellas eran siempre imperfectos; a saber, respecto de ellos ninguna nación tenía derecho de

---

<sup>38</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 13.

coacción alguna sobre la conducta de las otras. Pero cuando se trataba de efectos hacia el exterior y en consecuencia, de derechos perfectos exigibles a los demás Estados, había de respetarse el derecho de gentes voluntario, esto es, el derecho que se presumía como consentido por todas las naciones y cuyas normas se dirigían en sí, específicamente a la conservación y beneficio de la sociedad universal de las naciones, esto es precisamente a lo que Emmerich de Vattel, denominó, lo mismo que Wolff, como "*derecho voluntario de las naciones*"<sup>39</sup>.

Respecto a la idea de *ius cogens*, de algún modo podríamos ubicarla en el pensamiento de Vattel al tratar a aquél derecho voluntario de las naciones. Esto significa que éste, al estar constituido por normas universales de carácter externo, dirigidas siempre a la conservación y beneficio de la sociedad de todo el género humano, agrupado en naciones, desde luego traía consigo un derecho perfecto a todas aquellas cosas que fuesen necesarias para lograr aquella conservación y derivado de este derecho, todos los Estados, podían a su vez, a través de la fuerza, reprimir a quienes se hubieren opuesto de manera abierta al bien común de esta sociedad. Empero, es conveniente precisar que aquél derecho de coacción de todas las naciones, manifestado por medio del uso de la fuerza, se halló limitado en la doctrina de Vattel, a los casos en que realmente hubiera resultado dañado el bienestar de todas las naciones en su conjunto y no el de alguna de ellas en lo particular.

Ahora bien, como parte del derecho positivo que habría de regular también las relaciones entre los diversos Estados soberanos, además del derecho voluntario, Emmerich de Vattel identificó por su parte, también al derecho convencional y al derecho consuetudinario. El primero de ellos, obligatorio sólo para los Estados partes en un pacto y cuya única limitación eran precisamente las reglas generales que habían de cumplir las naciones respecto de la formación de los tratados en tanto que el segundo, fundado en el consentimiento tácito de todas las naciones 'cultas del mundo' o sólo de las de alguna región determinada, a través de una práctica continua y considerada por ellas como derecho, siempre que aquella práctica fuera lícita y por supuesto, no fuera en contra de la ley natural y en consecuencia, del derecho voluntario de las naciones.

En otro orden de ideas, en razón del *status* que guardaban las relaciones internacionales del mundo europeo en el siglo XVIII, el pensamiento político del

---

<sup>39</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 21.

filósofo alemán **Immanuel Kant**<sup>40</sup> se halló claramente influenciado por los principios de igualdad soberana y el absoluto derecho a la autodeterminación interna de cada pueblo libre de interferencia extranjera alguna, engendrados ya desde un siglo antes como resultado de la Paz de Westfalia.

Si bien es cierto que su concertación en 1648, trajo consigo el origen del moderno Estado europeo y con él, las entonces innovadoras ideas de soberanía absoluta y el derecho de aquellos Estados a la libre autodeterminación interna, también lo es que de alguna manera, el nuevo sistema de Estados europeos representó, al menos en el pensamiento de Kant, la creación de un sistema global anárquico muy al estilo del pensamiento de Thomas Hobbes, donde predominaba el interés individual y la motivación por el mantenimiento de una balanza de poder entre los Estados europeos, sin la coordinación alguna de instituciones u organismos internacionales.

El célebre filósofo alemán fundó la existencia de su doctrina en el ideal de una ‘paz perpetua’ entre todas las naciones. Acorde con su doctrina, pensar que a través de un equilibrio de poderes entre los distintos Estados europeos se lograría una paz universal permanente, era una pura ilusión<sup>41</sup>. Por el contrario, para Kant, de ningún modo pareció que la Paz de Westfalia hubiere intentado eliminar totalmente a la guerra y mucho menos, por supuesto, que hubiere previsto algún mecanismo para lograr una sana y duradera convivencia entre todas las naciones que entonces surgían y su consecuente ‘paz perpetua’<sup>42</sup>.

En este sentido, para lograr una verdadera paz duradera entre todas las naciones y no tan sólo una tregua, Immanuel Kant consideró precisa la creación de una federación de Estados libres, orientada a alcanzar la paz perpetua entre todos ellos, a través del cumplimiento de un derecho universal y el reconocimiento público a la libertad externa y a la coexistencia de la totalidad de Estados.

Es conveniente señalar también, que aun cuando aquel concepto de paz perpetua, se identificó con el derecho natural, Immanuel Kant se negó a aceptar totalmente a aquella doctrina. Al contrario, el filósofo iluminista fue un fuerte crítico de las teorías *iushnaturalistas*, desarrolladas previamente por Grocio, Puffendorf y Vattel al establecer que los trabajos de aquellos juristas, aunque carentes de fuerza legal alguna, eran citados siempre por los Estados con el fin tan sólo de justificar validamente una

<sup>40</sup> Cfr. KANT, Immanuel. La Paz perpetua. Décimo tercera edición. “Sepan cuantos ... ” No. 212. Editorial Porrúa. México, 2003. pp.243- 287.

<sup>41</sup> Cfr. WALLACE B., Garret. “State Sovereignty, Federation and Kantian Cosmopolitanism”. European Journal of International Relations. SAGE Publications and ECPR Consortium for Political Research, Vol. II (4) 2005. p. 498.

<sup>42</sup> Cfr. *Idem*.

declaración de guerra, pero en ninguno de los casos, existió sin embargo, ejemplo alguno de que un Estado se hubiere conmovido ante lo dicho por aquellos autores y en tal virtud hubiere también abandonado sus propósitos de guerra.

Con relación a la idea concebida por él acerca de una comunidad universal y desde una perspectiva muy distinta a la de los autores de la época, en el segundo artículo definitivo de su ensayo '*LA PAZ PERPETUA*', publicado hacia 1795, el filósofo alemán sentó las bases acerca del modo en que según su pensamiento, habrían de regularse las relaciones internacionales entre los Estados, conforme a la situación jurídico-política de aquél momento.

A partir de la misma concepción hobbesiana, Immanuel Kant consideró a los pueblos, constituidos en Estados de la misma forma que los individuos en estado de naturaleza, a saber, no sujetos a ley externa alguna y por lo tanto, ante la amenaza constante de ver dañada su propia libertad y seguridad. De acuerdo con el filósofo, ante tal situación y en razón del sistema de Estados europeos que desde un siglo antes había surgido, ningún Estado podía disfrutar de su propia libertad, si paradójicamente, aquella era constantemente amenazada por fuerzas externas.

En este orden de ideas, en el artículo segundo definitivo de '*LA PAZ PERPETUA*' estableció que el derecho de gentes debía fundarse sobre las bases de una federación de Estados libres. Ahora bien, aquella federación en ningún momento habría de ser entendida como un Estado mundial con una autoridad coercitiva, al contrario debía concebirse sólo como una asociación voluntaria y progresiva de Estados independientes, cuyo propósito primordial fuese precisamente, el alejarse de todo propósito de guerra y en consecuencia, lograr para toda aquella federación una verdadera paz.

La federación de Estados distaba también de los tradicionales tratados de paz, que acorde con su pensamiento, consistían en simples armisticios, que de ninguna forma podían garantizar un estado permanente de paz, pues aun con ellos, existían siempre pretextos y motivos cualesquiera que abrían la posibilidad de reanudar aquel estado de guerra latente entre las naciones. Acorde con lo anterior, aquella federación de Estados republicanos habría de ser entendida como el fundamento constitucional que recogería los principios universales de derecho y que regirían a toda aquella comunidad, a los cuales cada Estado, individualmente considerado, se obligaría de manera voluntaria, siempre en búsqueda del bien común y de una paz duradera.

La idea concebida por Immanuel Kant y que hoy sin duda, en menor o mayor medida, vemos hoy reflejada en el concepto de comunidad internacional, originado a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, los Estados jugaron el papel más importante en el establecimiento de una ética internacional, orientada por el dictado de la razón y establecimiento de un derecho universal al que cada uno de ellos debía someterse voluntariamente, acorde en todo momento con la voluntad general y la idea del imperativo categórico, al que el mismo filósofo hizo referencia, sin que existiese en consecuencia, una autoridad central coercitiva, superior a todas las naciones, como sucedía en el caso de cada Estado hacia el interior, donde el soberano representaba a la autoridad suprema.

Finalmente, parece que dada la situación política que vivió Europa hacia el siglo XVIII, la mayor parte del pensamiento que se refería al derecho de las naciones se caracterizó por tener como premisa fundamental, la ideología política que sobre el individualismo se había desarrollado ya desde tiempo antes, esta vez aplicada enteramente a las relaciones interestatales. Así, tenemos que en aquél pensamiento hubieron de predominar siempre, las ideas de una soberanía absoluta hacia el interior de cada Estado, su consecuente derecho a la autodeterminación interna y otros derechos fundamentales, tales como el principio de no intervención y el concepto de frontera natural.

Sin lugar a dudas, aquellas ideas marcaron un verdadero parte aguas en la concepción del derecho de gentes y de la comunidad jurídica internacional, pues en principio, trajeron consigo el no reconocimiento de una autoridad absolutamente suprema y por lo tanto, sólo la libre voluntad de todos los Estados habría de constituir la fuente primera del derecho de las naciones. De este modo, podemos decir entonces, que a partir de aquel momento la doctrina del derecho natural, tal como vino siendo planteada, dejó de cobrar importancia y por el contrario, dio la bienvenida al pensamiento positivista que habría de caracterizar al derecho de gentes durante el siglo XIX.

#### *2.5. LA TRANSICIÓN EN COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL SIGLO XIX*

Como una de las consecuencias de la Revolución francesa de 1789, a inicios del siglo XIX, Europa habría de enfrentar una de las más grandes crisis de su historia, a saber, el intento emprendido por Napoleón Bonaparte, para lograr la existencia de una Confederación de Estados europeos bajo la supremacía absoluta francesa, intento que se vio reflejado en la realización de las históricamente conocidas ‘Guerras

napoleónicas', durante los años 1799 y 1815, entre Francia y varias coaliciones de países europeos, a cuyo frente se halló la Gran Bretaña.

Si bien es cierto, en muchas ocasiones Napoleón I resultó triunfante de aquellas batallas, también lo es que Inglaterra, gracias al gran poderío de armada británica, fue durante éstas su más fuerte enemigo. Tal fortaleza habría de acentuarse después de la derrota francesa en la batalla de Trafalgar en 1805. Desde entonces, fue parte de la estrategia británica el reunir nuevas alianzas en contra del emperador francés, a través de intervenciones diplomáticas y el pago de subsidios; el apoderamiento de colonias francesas y holandesas y en España, por medio de la sublevación del pueblo en contra de Bonaparte. Lo anterior, condujo a Napoleón a pensar, primero, en una campaña en contra del Imperio británico en la India y después, en un plan para derrotar militarmente a Rusia, resultando este último en una catástrofe, que marcaría el fin del poderío napoleónico.

De esta forma, tras dos décadas de revoluciones internas y de guerras externas que trajeron consigo grandes violaciones humanitarias e injusticias a lo largo del continente europeo, surgiría entre los diversos pueblos, principalmente aquellos adversarios al sistema instaurado por Napoleón Bonaparte, un verdadero anhelo por restablecer nuevamente al orden jurídico internacional. Según afirma el profesor G. Stadtmuller, *"cuánto mas triunfaba externamente la fuerza sobre el derecho, tanto más se fortalecía la creencia íntima en la necesidad y dignidad del derecho en la vida de los pueblos"*<sup>43</sup>.

De aquel anhelo apareció entonces el Congreso de Viena de 1815, uno de los momentos más determinantes en la historia del derecho internacional y cuyo origen se encontró en el texto mismo de la primera 'Paz de París', concertada entre las potencias vencedoras y vencidas ante la primera caída de Napoleón hacia 1814. Aquél Congreso reunió a los representantes de las principales naciones europeas: Austria, Inglaterra, Prusia, Rusia y Francia, con la finalidad de poner de acuerdo a todas ellas, acerca de un nuevo y definitivo ordenamiento en Europa después de la derrota napoleónica. Se hablaba pues, por primera vez, de un verdadero intento por construir una organización internacional que ayudara a aquel continente a lograr la paz, a la que tanto había aspirado desde décadas atrás.

A pesar de su interrupción, en 1815, debido a la huida de Napoleón Bonaparte de la Isla de Elba y la instauración del Imperio de los cien días, antes de su caída final en la batalla de Waterloo, el Congreso de Viena emprendió decisiones relevantes que

---

<sup>43</sup> STADTMULLER, Georg. *Historia del derecho internacional público...* Op. Cit. pág. 240.

indudablemente marcaron el futuro próximo de Europa, que en lo geopolítico habrían de beneficiar a las potencias vencedoras. Así, como resultado de las negociaciones emprendidas en aquél lugar, respecto de la división política europea, Francia perdió todos los territorios adquiridos por Napoleón y sus dominios se limitaron a los adquiridos por ella hasta 1792. Surgieron el Reino de los Países Bajos, la Prusia del Rhin, y Saboya-Piamonte, como Estados 'tapón', a fin de evitar algún otro engrandecimiento por parte de los franceses.

Por su parte, Noruega y Suecia, permanecieron unidas bajo el reinado de Carlos XIII. Se garantizó la independencia y neutralidad de los cantones suizos, reorganizados en el marco de la Confederación Helvética. Rusia recibió la mayor parte del recién creado Reino de Polonia y Finlandia. La zona de Hannover pasó a ser un nuevo reino y al Imperio austriaco le fueron restituidos los territorios tomados por Bonaparte y para compensar la pérdida de los Países Bajos austriacos, también le fueron concedidos otros nuevos en Baviera -Tirol y Salzburgo- e Italia -Lombardía y el Véneto-.

Por otro lado, Gran Bretaña sumó a sus posesiones a la Colonia de El Cabo en Sudáfrica, Ceilán, Islas Mauricio, Helgoland, Malta, las Islas Jónicas, Trinidad y Tobago y la Guyana, lo que representó la consolidación de su supremacía marítima. Fernando I de Borbón fue reinstalado en el Reino de las dos Sicilias y los ducados de Parma, Plascencia y Guastalla fueron otorgados a la Archiduquesa de Austria María Luisa de Habsburgo-Lorena, hija del Emperador Francisco I y esposa de Napoleón Bonaparte. Finalmente, la comisión territorial reunida en Frankfurt del Main decidió la creación de la Confederación Germánica en 1819, a saber, un conglomerado de 39 Estados soberanos, entre los que se contaban Austria-Hungría y Prusia.

Más allá de lo territorial, el Congreso tomó también otro tipo de decisiones. Así, en primer término, permitió la libre circulación sobre los cursos fluviales internacionales. En segundo lugar, condenó el comercio de esclavos, a través de la declaración contra la trata de negros del 8 de febrero de 1815, incluida en el acta final del Congreso; sin embargo, aquella declaración se limitó tan sólo a la condena moral de aquella crueldad humana, pues en ningún caso previó disposiciones concretas para una efectiva abolición. Asimismo, producto del Congreso de Viena fueron los inicios de un movimiento a favor de la protección de las minorías, mismo que viniera a repercutir en el derecho y la política internacionales, a lo largo de los siglos XIX y XX, en razón del principio de nacionalidad. Ejemplo de aquella protección de minorías lo fue la concesión de iguales derechos religiosos y económicos a las nuevas provincias meridionales belgas en el recién fundado Reino de los Países Bajos.

Sin negar los efectos positivos que indudablemente tuvo la celebración del Congreso, sobre todo el restablecimiento del equilibrio de poder entre las potencias europeas, la paz que pretendían alcanzar sólo fue posible mediante el establecimiento del absolutismo como principio básico de la política internacional, impuesto desde la organización de la Santa Alianza y que a partir de entonces, por medio de la celebración de congresos periódicos eliminaron todo aquello que pudiera sugerir la idea de una Europa de regímenes liberales o la independencia nacional de los pueblos integrados en las naciones más poderosas.

Junto al Congreso de Viena durante el primer cuarto del siglo XIX, cabe tomar en consideración también los escritos del diplomático alemán, **Wilhelm G. Grewe**<sup>44</sup>, acorde con quien, a principios de aquel siglo existieron de manera conjunta, tres factores que habrían de definir la existencia de una comunidad jurídica internacional y en consecuencia, el rumbo que seguiría entonces el derecho de las naciones.

En primer término, gracias al movimiento iluminista de finales del siglo XVIII y vinculado a las ideas de progreso y desarrollo que dejó tal movimiento. Se hizo presente en el continente europeo un cambio de conciencia que dejó atrás aquella idea de 'familia de naciones cristiano europeas', para dar lugar a una nueva concepción: la 'sociedad de naciones civilizadas'. De acuerdo Grewe, aún cuando los tratados celebrados dentro de la estructura de la Santa Alianza continuaron por un tiempo, utilizando el lenguaje tradicional, después de 1815 la mayor parte de los tratados internacionales dejaron de referirse a la 'cristiandad' como aquella comunidad sobre la cual estaba fundamentada la existencia misma del derecho de las naciones y en cambio, comenzaron a hacer uso del término 'civilización', según lo evidencia el texto de la declaración contra la trata de negros de 1815, en donde aparecen expresiones como '*Tous les pays civilisés*', '*Toutes les puissances de la chrétienté*' y '*toutes les nations civilisées de la terre*'.

Conviene establecer que si bien no obstante en razón de esto último, un mayor número de Estados y de manera importante, la recién creada 'Unión americana', parecían estar incluidos dentro de esta 'sociedad de naciones civilizadas', sin duda alguna, el concepto de 'civilización' en el derecho de las naciones pareció tan sólo ser el intento de los países de Europa de occidente, principalmente Gran Bretaña y Francia, por legitimar la supremacía de su poder político a lo largo de todos los continentes, acorde con las exigencias de las nuevas circunstancias jurídico-políticas

---

<sup>44</sup> Cfr. GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*. Walter de Gruyter. N.Y. 2000, pág. 445.

que hubieron de caracterizar al escenario de las relaciones internacionales durante el siglo XIX. Al respecto, podemos hacer referencia al escrito del célebre jurista inglés **Jeremy Bentham**, quien en el capítulo cuarto de su obra 'Principios de derecho internacional', publicada hacia finales del siglo XVIII, precisó lo siguiente: "*Las páginas siguientes serán dedicadas al bienestar común de todas las naciones civilizadas, pero especialmente a la Gran Bretaña y Francia*"<sup>45</sup>.

En segundo lugar, el sistema de Estados que emergiera a partir de la celebración de la Paz de Westfalia de 1648, expandió sus límites más allá del continente europeo a lo largo del siglo XIX, principalmente gracias a los movimientos independentistas de los diversos Estados americanos que recién surgían y al fenómeno de la colonización por parte de la Gran Bretaña en el continente africano. Así, los nuevos países y pueblos que conformaban a este orden internacional comenzaron entonces a jugar, a través de si mismos, un papel predominante en el contexto de la política mundial de aquella época.

En virtud de los grandes acontecimientos políticos, económicos y sociales que tuvieron lugar durante los siglos XVIII y XIX a lo largo de todo el mundo, pareciera que el desarrollo de aquél nuevo orden internacional en ningún momento vislumbró la verdadera existencia de preocupaciones fundamentales, comunes a todas las naciones que entonces lo integraron, por el contrario, su conformación parecía obedecer principalmente a la necesidad de lograr un nuevo reacomodo en el balance del poder en que habrían de participar de manera predominante sólo las grandes potencias.

Finalmente, parece que por un lado, el surgimiento de los Estados Unidos de América en 1776, junto a la incipiente emancipación de las posesiones españolas y portuguesas en centro y Sudamérica, durante el primer cuarto del siglo XIX, y por el otro, la situación predominante de la Gran Bretaña, como resultado del dominio que ejerció sobre los grandes océanos y la posesión de dominios coloniales extendidos a través del mundo, marcaron el inicio de un nuevo derecho internacional de aplicación universal y cuyo fundamento principal sería por primera vez, el consentimiento de todas las 'naciones civilizadas'.

De este modo, aquel derecho europeo de las naciones, concebido como tal desde 1648, se convirtió gradualmente en un orden jurídico de carácter universal. Respecto

---

<sup>45</sup> "*The ensuing sheets are dedicated to the common welfare of all civilised nations; but more particularly of Great Britain and France*", en *Ibidem*, pág. 450 (Traducción propia).

de esto último, es importante considerar que aquella dualidad existente hasta este momento, entre el derecho cristiano europeo de las naciones y el derecho natural universal que habría de regir las relaciones entre los Estados de Europa y los otros pueblos ajenos a ésta, fue disuelta en un único sistema jurídico global, olvidado del derecho natural y afectado principalmente por el surgimiento de las teorías positivistas del siglo XIX, defendidas esencialmente por autores como **Carl von Ihering, John Austin, Georg Jellinek y Heinrich Triepel**, entre otros. Sin embargo, cabe mencionar que aquel nuevo orden jurídico internacional dio luz a una nueva dualidad en el derecho internacional, basada en aquel principio de 'civilización', a saber, por una parte, el derecho que regularía al colonialismo, predominante durante aquél siglo, y por la otra, el derecho internacional general mismo.

## 2.6. UN NUEVO ORDEN MUNDIAL HACIA LOS INICIOS DEL SIGLO XX

Durante el primer cuarto del siglo XX, hacia el fin de la Primera Guerra Mundial, el orden político internacional experimentó en su estructura un cambio sustancial. Londres que desde el siglo XIX y hasta aquél momento se había constituido como el único centro de gravedad de las relaciones internacionales, no lo fue más y por el contrario, junto a esta ciudad apareció Washington, como un segundo punto gravitacional dentro de aquella nueva estructura que entonces mostraba el mundo.

La existencia de una multitud desorganizada de Estados soberanos, que al menos jurídicamente eran iguales entre sí, marcó la inminente necesidad de buscar un modo de organización que llevara a aquella comunidad internacional a crear un instrumento de carácter universal y obligatorio, cuyo fin sería precisamente, el curso pacífico de las relaciones internacionales, la seguridad colectiva, y la prevención y la solución de los conflictos armados, de tal necesidad emergió así, la denominada Sociedad de Naciones. Por último, y vinculado a la idea anterior, el fin de la Primera Guerra Mundial, trajo consigo el abandono del derecho soberano a la guerra con que hasta entonces habían contado los Estados, para reemplazarlo así, por las diversas disposiciones que respecto de ello, habrían de contener el Pacto de la Sociedad de Naciones, de 1919 y más adelante, en 1928 el Pacto *Briand-Kellog*.

A partir de lo anterior, no sólo el orden político mundial presentó cambios sustanciales. Por su parte, emergió también una nueva concepción respecto de la idea del derecho internacional que desde 1648 y hasta aquella época, se hallaba exclusivamente fundamentada en el Estado soberano, como sujeto único de este derecho. Por primera

vez, en razón del contexto histórico-político mundial que se vivía en la época, los Estados se autofijaron límites al ejercicio de sus derechos soberanos.

Así, aquél nuevo orden jurídico exigió un nuevo posicionamiento del ser humano dentro del contexto internacional. En primer término, las minorías nacionales, más que nunca, se convirtieron en grandes preocupaciones del momento, cuya protección se constituiría en uno de los deberes encomendados a la Sociedad de Naciones, a través de los diversos Tratados y declaraciones de paz que confirieron a tales grupos algunos derechos de carácter político, religioso, educativo y lingüístico<sup>46</sup>. En segundo lugar, el derecho internacional humanitario revistió especial importancia, al incluir dentro de las actividades de la Sociedad, la ayuda humanitaria a los refugiados desalojados de sus países a lo largo de la Primera Guerra Mundial, para lo cual se creó un Alto Comisionado quien, junto con la Oficina Internacional del Trabajo, habría de encargarse de supervisar tal ayuda<sup>47</sup>.

Como parte de las exigencias que presentaba la comunidad internacional, surgió en aquel momento la Organización Internacional del Trabajo, que si bien es cierto, al igual que el Pacto que dio origen a la Sociedad de Naciones, formaba parte del Tratado de Versalles, funcionaba como un organismo independiente a ella, lo que en cierto modo, podemos decir, permitió que sobreviviera a los tiempos de la primera posguerra y a la Segunda Guerra Mundial. Así, al igual que en nuestros tiempos, en 1919, la Organización Internacional del Trabajo se constituyó como una institución de carácter permanente en que habrían de estar representados los gobiernos, los patronos y los trabajadores y cuya fundación respondía esencialmente a tres motivaciones.

La primera de ellas, de carácter humanitario, que se refería a las condiciones cada vez menos aceptables con que contaban los trabajadores y que según el texto del preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo entrañaban “... *injusticia, miseria y privaciones a un gran número de seres humanos*”. La segunda, de carácter político, debido a la posible existencia de conflictos sociales, debido a la deplorable situación de los trabajadores y el creciente número de ellos debido al proceso de industrialización, lo que acorde con el mismo preámbulo podría constituir “... *una amenaza para la paz y la armonía universales*”. La última, de naturaleza económica, en razón de la exigencia, dirigida a toda industria o Estado, de adoptar medidas de reforma social que permitieran mejorar de manera universal las

---

<sup>46</sup> Cfr. EL-HERIAN, Abdullah. *Organización Jurídica de la Sociedad Internacional* en SORENSEN, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, México, 2000. pp. 99 – 148, pág. 103.

<sup>47</sup> Cfr. *Idem*.

condiciones de los trabajadores que tanto habían contribuido en los campos de batalla y en la guerra. Acorde con lo anterior, el texto constitutivo de aquél organismo internacional, vigente hasta nuestros días, estableció lo siguiente como párrafo inicial *“La paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”*<sup>48</sup>.

Hemos de referir ahora a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuyo fundamento se halló plasmado en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones y conforme al cual, al Consejo de Seguridad de tal organismo le fue conferida la facultad de formular planes para el establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional, competente no sólo para resolver controversias jurídicas de carácter internacional entre los Estados, sino también para decidir sobre las opiniones consultivas que le fueran sometidas por aquel mismo Consejo o bien, por la Asamblea de la Sociedad de Naciones.

Es conveniente precisar que aunque la Corte Permanente de Justicia Internacional en ningún momento fue considerada como parte integral de la Sociedad de Naciones, aquel Tribunal guardó siempre una estrecha relación con los órganos de ésta, en específico, con respecto a la elección de sus jueces y el sometimiento de las opiniones consultivas a través del Consejo o la Asamblea de la Sociedad de Naciones.

A lo largo de su historia, la Corte conoció acerca de un total de 59 casos presentados ante ella, la gran mayoría, durante el periodo de 1922 a 1932, justo cuando la Sociedad de Naciones se encontraba en su mejor momento. De este modo, el concepto de litigio internacional, desarrollado a través de la continua práctica judicial que desempeñó la Corte Permanente de Justicia Internacional, fue tan sólo el resultado de una de las más grandes preocupaciones que entonces guardaba aquella comunidad internacional que recién había sufrido los embates de la Primera Guerra Mundial, a saber, la inminente necesidad de resolver, de ahí en adelante, todas aquellas controversias que hubieran podido surgir de entre los Estados que la constituían.

Ahora bien, aun cuando los verdaderos intereses de las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial en el mantenimiento de aquella nueva estructura política mundial no pudieron ser expresados de modo abierto en el Pacto de la Sociedad de

---

<sup>48</sup> Organización Internacional del Trabajo, Constitución de la (Preámbulo) [[www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm#a1](http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm#a1)] con acceso el 19 de junio de 2007.

Naciones, o al menos de ese modo, nos lo hace ver el diplomático estadounidense **Henry Kissinger**<sup>49</sup>.

Asimismo, la estructura de tal Organización en ningún momento obedeció a homogeneidad alguna entre sus miembros, lo cierto es que constituyó el primer intento de organización de una comunidad internacional, de carácter universal que entonces intentaba englobar a toda la humanidad, a través del concepto de cooperación internacional, o tan sólo eso parecía mostrar el último de los catorce puntos presentados por el Presidente estadounidense Thomas Woodrow Wilson ante el Congreso de su país el 18 de enero de 1918, en que se refirió a *“la creación de una asociación general de naciones, a constituir mediante pactos específicos con el propósito de garantizar mutuamente la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños”*<sup>50</sup>.

No obstante, a pesar de algunos logros alcanzados durante la labor de la Sociedad de Naciones, tales como la conclusión del Tratado de Locarno en 1925, mediante el cual se acordó el mantenimiento de la Paz en la Europa occidental, la integración de Alemania como miembro de aquel organismo, en 1926, y la conclusión del Pacto Briand-Kellog, en 1928, que aunque inútil en resultados, representó en principio, el acuerdo de casi las naciones del mundo para renunciar a la guerra como instrumento de política internacional y solucionar pacíficamente todo conflicto internacional, el fracaso de la Sociedad de Naciones se debió a dos factores fundamentalmente. El primero de ellos, la estructura misma del Tratado de Versalles, del que formaba parte el Pacto de la Sociedad de Naciones que ocasionó la ausencia de todas las grandes potencias en la nueva organización mundial, a saber, la negativa por parte de los Estados Unidos a formar parte de la Sociedad de Naciones, el ingreso posterior de Alemania en 1926 y su salida en 1933, ante el ascenso político de Adolfo Hitler, el retiro de Japón en 1933, de Italia en 1936 y la expulsión de la URSS hacia 1939. El segundo, la falta de mecanismos económicos, jurídicos y de fuerza y la consecuente ausencia de autoridad para hacer cumplir sus resoluciones.

## 2.7. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL HACIA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Posterior en el tiempo, durante los años 1939 a 1945, el mundo vio ante sí la existencia de un nuevo conflicto bélico: La Segunda Guerra Mundial, cuyas

---

<sup>49</sup> KISSINGER, Henry. *La Diplomacia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. pp. 919.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 220.

consecuencias no conocerían límites y por el contrario, habrían de conmocionar a la humanidad entera.

Así, en lo que refiere al desarrollo del derecho internacional, de acuerdo el profesor chino **Bing Cheng**, los horrores acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial, el estallido de la bomba atómica y demás atrocidades cometidas en aquel tiempo, todo ello aunado a un sentimiento de inadecuación del derecho internacional existente entre las Naciones que emergerían como resultado de la descolonización, provocarían en la comunidad internacional una reacción en contra del estricto positivismo jurídico surgido en el siglo XIX, que provocaría en ella la necesidad de buscar nuevas normas jurídicas inmanentes, de mayor jerarquía, tendientes a evitar la repetición de las conductas ocurridas durante dicha guerra, de modo similar en que hicieron los pensadores europeos del siglo XVIII<sup>51</sup>.

De este modo, aunado al fracaso de la Sociedad de Naciones como primer intento por organizar aquella comunidad universal, el fin de la Segunda Guerra Mundial representó un giro en la concepción que entonces guardaba el mundo, respecto de la estructura del orden jurídico - político internacional de este tiempo. Fue así, que dentro de las repercusiones que esta guerra trajo consigo podemos referirnos a cuatro principalmente: la creación de la Organización de las Naciones Unidas, hasta hoy existente; la bipolarización del mundo, bajo el liderazgo de las dos más grandes potencias: Estados Unidos y la Unión Soviética, y la consecuente Guerra Fría; el creciente proceso de descolonización, lo que trajo como resultado el surgimiento de un gran número de nuevos Estados que habrían de formar parte de la misma comunidad internacional a partir de aquel momento y el fin de la Guerra Fría.

### 2.7.1. LA CREACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La creación de la Organización de las Naciones Unidas reflejó en sí misma el surgimiento de una nueva estructura mundial, que recogería en cada rasgo de su conformación, las máximas preocupaciones que un conflicto bélico de la magnitud de la Segunda Guerra Mundial, habría de sembrar en aquel mundo que recién intentaba reorganizarse. Así, el 26 de junio de 1945, los representantes de los 50 Estados fundadores se reunieron en la ciudad de San Francisco, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, para redactar y dar así origen a

---

<sup>51</sup> Cfr. CHENG, B. *Whither the International Community (The Josephine Onoh Memorial Lecture 1987)* en FREESTONE, D. *et. Al. Contemporary Issues of International Law. Kluwer International Law*. The Hague, 2002, pág. 39.

la Carta de las Naciones Unidas, documento constitutivo de este nuevo orden mundial y considerado hoy por algunos, como un embrión de constitución internacional<sup>52</sup>.

La Organización de las Naciones Unidas que oficialmente habría de funcionar a partir del 24 de octubre de ese mismo año, luego de la ratificación de China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la gran mayoría de los Estados que hasta entonces habían firmado la Carta, halló sus cimientos en dos cuestiones principales. En primer término, conformó un ambicioso esfuerzo por reunir a todas las naciones del mundo en una estructura de carácter universal, encaminada no sólo a estabilizar el *status* de las relaciones internacionales, sino directamente dirigido a lograr, en mejores términos que su predecesora, la Sociedad de Naciones, una especie de cooperación internacional entre todos los Estados, lo que significó un giro en la concepción que desde 1648, los Estados mantuvieron respecto de sus relaciones mutuas, a saber, aquel esfuerzo significó el paso de una sociedad internacional fundada tan sólo en la sana coexistencia de sus miembros a una comunidad internacional organizada, cuya razón de ser se encontraría principalmente en la noción misma de cooperación internacional.

Podemos decir que desde su creación, las Naciones Unidas constituyeron la piedra angular sobre la cual se erigiría este nuevo orden mundial, fundado en la existencia de una verdadera comunidad internacional, con lazos y preocupaciones comunes a todos quienes la conformaron, resultado tan sólo, de la conmoción sufrida entonces por la humanidad entera a partir de los dos grandes conflictos bélicos que protagonizaron la historia del mundo, durante la primera mitad del siglo XX: la Primera y Segunda Guerra Mundial.

Evidencia de tal precisión la encontramos en el texto del preámbulo de la Carta, conforme al cual, los pueblos que entonces decidieron constituir las Naciones Unidas exaltaron, en primer lugar, la necesidad de alejar a la humanidad del flagelo de la guerra que había sucumbido al mundo entero. Sin lugar a dudas, aquello exigió una nueva posición del ser humano en el contexto internacional, mismo que trajo consigo que tal Organización centrara también parte de sus preocupaciones en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y en la igualdad entre hombres y mujeres, a través del concepto de cooperación internacional. Asimismo, la justicia y el respeto al derecho internacional, junto con el progreso social

---

<sup>52</sup> Véase tan sólo como ejemplo a FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2002. pág. 152.

de todos pueblos fueron concebidos como algunos de los intereses primordiales de aquel nuevo mundo que entonces parecía integrarse.

Acorde con lo anterior, las circunstancias histórico-políticas que durante aquél momento marcaban el rumbo de las relaciones internacionales, determinaron cuales habrían de ser los pilares estructurales sobre los que debía fundarse esta nueva Organización y desde luego, la dirección que hacia aquellos tiempos tomaría la comunidad internacional. Tales pilares los hallamos establecidos a lo largo del texto de los dos primeros artículos de la Carta de San Francisco: la cooperación entre las naciones y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, lo que implicaría la igualdad soberana de todos los Estados miembros; el cumplimiento de buena fe y el respeto a las obligaciones jurídicas internacionales, de conformidad con la Carta<sup>53</sup>; la solución pacífica de las controversias; la proscripción del uso de la fuerza en contra de la independencia política e integridad territorial de cada Estado miembro; y la no intervención en los asuntos considerados como de jurisdicción interna.

En este orden de ideas, podemos concluir que el contexto de las relaciones internacionales que tras el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas había sido reestructurado con base en la creación de una confederación de Estados - muy al estilo de aquél planteado por Immanuel Kant- estuvo fundamentado sobre las bases de respeto y buena fe entre los diversos Estados, considerados como igualmente soberanos.

Más aún, a diferencia de aquél modelo clásico de orden internacional, predominante a partir del surgimiento del sistema Westfaliano de Estados europeos, cuya principal marca fue la idea de una paz mundial fundada tan sólo en las nociones de hegemonía política y el balance de poder entre aquellos Estados, equivalente así a un estado de naturaleza, en el nuevo orden mundial, consecuencia de la Segunda Guerra mundial, el concepto de paz mundial fue entendido como algo más que simplemente la ausencia temporal de un conflicto armado, por el contrario, tal concepto fue interpretado sobre las bases de la igualdad, libertad e independencia de todos los Estados miembros, acorde con lo establecido por el derecho internacional para ellos.

---

<sup>53</sup> El artículo 2(2) de la Carta de las Naciones Unidas establece lo siguiente: “Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta” (subrayado propio). De la transcripción anterior podemos desprender que quienes redactaron este documento, tuvieron la clara intención de darle un nivel jerárquico más elevado, respecto del resto de los tratados internacionales, pues según hemos establecido, en la Carta de las Naciones Unidas se encuentran consagrados aquellos valores que la comunidad internacional consideraba como fundamentales para su existencia, al fin de las dos guerras mundiales.

En segundo término, de modo paradójico a aquella primera intención, fue también parte de la esencia de la Organización de las Naciones Unidas que entonces se creaba, la posición de las grandes potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, a saber, China, Francia, Gran Bretaña, la Unión Soviética y los Estados Unidos, quienes como tales, en ningún momento estuvieron dispuestas a obligarse por las resoluciones aprobadas por la mayoría de los Estados, ni tampoco desde luego, aceptaron restricciones esenciales sobre su soberanía. Como consecuencia de lo anterior, apareció el Consejo de Seguridad como uno de los órganos principales de tal Organización, cuya primera responsabilidad fue, desde sus inicios, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Aun cuando en líneas anteriores precisamos que la Organización de las Naciones Unidas estuvo cimentada sobre la idea misma de igualdad jurídica de los Estados, lo cierto es que sus creadores jamás pensaron en la construcción de un nuevo orden internacional totalmente ideal y por el contrario, estuvieron siempre concientes de que aquel *status* de igualdad de los Estados ante las normas prescritas por el derecho internacional en ningún momento significó una igualdad de oportunidades políticas en el contexto de las relaciones internacionales hacia aquella época.

Esta situación se vio reflejada en la Carta de las Naciones Unidas. La tarea fundamental de mantener la paz y la seguridad internacionales fue encomendada al Consejo de Seguridad que desde sus inicios estuvo conformado por los representantes de 15 países, de los cuales habría de hacerse la distinción entre los miembros permanentes del Consejo y aquellos no permanentes.

Así acorde con la Carta, la Asamblea General tendría a su cargo el nombramiento de aquellos 15 miembros del Consejo de Seguridad, siempre en consideración de las contribuciones de los miembros de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a una distribución geográfica equitativa, en tanto que sólo China, Francia, Reino Unido, Unión Soviética y los Estados Unidos, constituyeron los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, dotados de la facultad de vetar todas las resoluciones, incluso las que pudieran decidir algo en contra de alguna de estas potencias, como una especie de 'hegemonía política', a cuya responsabilidad quedaría desde aquél momento, la preservación de la paz mundial, como principal motivo de existencia de una comunidad internacional.

Aquella estructura del Consejo de Seguridad obedeció a las ideas que los 'Tres Grandes': Roosevelt, Churchill y Stalin, que de acuerdo con sus respectivas

experiencias históricas nacionales, hubieron de desarrollar respecto del devenir del mundo durante el tiempo de la Posguerra europea, principalmente durante la Conferencia de Yalta, en 1945, donde serían fijadas las condiciones determinantes sobre las cuales habría de fundarse la Organización de las Naciones Unidas.

Acorde con el diplomático estadounidense Henry Kissinger, por un lado, el Primer Ministro Británico, Winston Churchill, sólo estuvo interesado en la reconstrucción del tradicional equilibrio de poder que caracterizó a Europa, principalmente durante el siglo XIX, para poder servir como contrapeso al colonialismo soviético del Este, lo que sin duda traía consigo la reconstrucción de la Gran Bretaña, Francia e incluso de Alemania y por supuesto, la participación de los Estados Unidos. Por otro lado, Franklin Roosevelt, influido por los ideales wilsonianos de 1919, el anticolonialismo y resuelto a enmendar los errores de la Sociedad de Naciones, pensó en un orden de posguerra, conocido como de 'Los cuatro policías', muy similar en estructura a aquel de la Santa Alianza del siglo XIX, pero diferente en esencia, dada la falta evidente de valores e intereses comunes entre los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial, principalmente con la Unión Soviética. Conforme al pensamiento del presidente de los Estados Unidos entonces, las tres potencias vencedoras, junto con China, actuarían como una especie de *Directorio*, a fin de producir y garantizar una paz universal, en contra de cualquier acto que intentara perturbarla, principalmente ante un posible resurgimiento por parte de Alemania.

Finalmente, las ideas comunistas se hicieron presentes en la figura de Stalin, quien consideró preciso expandir la influencia rusa a lo largo de la Europa central, a fin de lograr que los países conquistados por la Unión Soviética pudieran protegerla ante cualquier agresión eventual por parte de Alemania. Como consecuencia de lo anterior, China y Francia ocuparon los lugares de los otros dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, Según el mismo Kissinger, China, fue incluido un tanto por cortesía del Presidente de los Estados Unidos y otro poco, por creer éste que para alcanzar una paz universal era necesario incluir al continente asiático<sup>54</sup> y por su parte Francia, frente a la gran insistencia de Churchill de considerarla como una verdadera potencia mundial que habría de colaborar en la reconstrucción de la balanza de poder en Europa<sup>55</sup>.

A partir de lo anterior, hemos de concluir que si bien es cierto, tras los horrores ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, la sociedad de Estados exigió para sí

---

<sup>54</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 407.

<sup>55</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 381.

una nueva organización, cimentada en la existencia de valores fundamentales e intereses comunes a todos ellos y cuyo principal sentido de existencia lo fuera precisamente el restablecimiento de una verdadera paz no sólo universal, sino permanente, también lo es, que entre las grandes potencias vencedoras de aquel conflicto bélico, quienes establecieron las condiciones de creación de la Organización de las Naciones Unidas y más aún, conformaron a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad- órgano encargado de velar por la paz mundial- existió una inmensa brecha ideológica que tarde o temprano las llevaría a favorecer los intereses políticos individuales y alejarse de todo propósito sobre el cual se halló el sustento ideal de tal Organización, dando lugar desde entonces, a la bipolarización política, ideológica y militar del mundo en manos de las dos grandes potencias rivales que habrían de definir a partir de aquel momento, el rumbo a seguir en las relaciones internacionales.

Acorde con todo lo dicho hasta ahora, destacamos el pensamiento del célebre filósofo italiano **Luigi Ferrajoli**, quien al advertir la existencia de una crisis actual de la soberanía, advirtió que:

*“La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma –el modelo de Westfalia- .... Representa un auténtico pacto social internacional ... por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema pacticio, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal .... También porque la comunidad internacional que hasta la Primera Guerra Mundial se había identificado con la comunidad de las naciones cristianas o civilizadas – Europa y América-, se extiende por primera vez a todo el mundo como orden jurídico mundial”<sup>56</sup>.*

#### 2.7.2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DURANTE LA GUERRA FRÍA

A pesar del alto grado de organización que mostró el mundo hacia el fin de la Segunda Guerra Mundial, a través de la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional estuvo integrada por numerosos Estados, todos ellos distintos entre sí, en razón de su tamaño, su estructura interna, su desarrollo tecnológico y económico, su papel político hacia el exterior e incluso su constitución social. De tal modo que, aunado a las grandes divergencias políticas e ideológicas existentes entre las dos más

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil ... Op. Cit. pág. 145.

grandes potencias de la época, aquella estructura heterogénea del orden mundial, trajo consigo la ausencia total de valores universales que hubieran de justificar la existencia misma de la comunidad internacional.

Así entonces, aun cuando al finalizar la guerra, los 51 Estados firmantes de la Carta de San Francisco tuvieron como intención, definir a través de ella, la existencia de determinados principios morales y normas jurídicas fundamentales sobre los cuales habría de regirse toda relación interestatal, como lo fueron el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana, la igualdad entre todos los hombres y mujeres, la igualdad jurídica entre los Estados grandes y pequeños, el cumplimiento de las obligaciones internacionales, originada de la celebración de tratados, el progreso social y las relaciones amistosas entre los pueblos, la prohibición del uso de la fuerza, la autodeterminación de los pueblos y el concepto mismo de cooperación internacional, lo cierto es que durante las décadas que siguieron cada uno de aquellos Estados dio un significado distinto a cada uno de estos conceptos<sup>57</sup>.

Más aun, dentro de la teoría soviética del derecho internacional, el diplomático y *iurinternacionalista* Grigory Tunkin consideró que ante la esencia voluntarista del derecho internacional, los principios universales comunes a todas las naciones, eran simplemente imposibles, dada la existencia de dos sistemas jurídicos tan opuestos como lo eran los sistemas burgués y el socialista. De este modo, a pesar de que los diversos textos internacionales parecieran idénticos entre sí, lo cierto es que cada Estado dio a ellos un contenido sustancial completamente distinto, en virtud de su naturaleza de clase, su papel en la sociedad y sus propósitos, de la misma forma que la creación de normas jurídicas dentro de cada Estado reflejaban exclusivamente la voluntad de la clase dominante<sup>58</sup>.

Derivada de aquella situación, surgieron entonces dos nuevos planteamientos: A pesar de las grandes diferencias presentes principalmente entre oriente y occidente, ¿era todavía posible hablar de la existencia de una comunidad internacional a la cual todos los Estados estuvieran obligados? y ante tal circunstancia ¿podía pensarse entonces, en algo denominado como derecho internacional universal?

Al respecto, el profesor **Arthur Nussbaum**, en 1947, al comparar las teorías soviética y occidental del derecho internacional, concluyó en su obra '*A CONCISE HISTORY OF THE LAW OF NATIONS*', que existían de hecho, dos mundos distintos en el derecho

---

<sup>57</sup> Cfr. GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law...* Op. Cit. pág. 647.

<sup>58</sup> Cfr. *Idem*.

internacional y que tan sólo era cuestión de especulación, si acaso podía darse un paso intermedio hacia la existencia de un sólo mundo<sup>59</sup>. Por su parte, el internacionalista estadounidense, **Myres McDougal**, en su teoría del derecho internacional, desarrollada hacia los años 1950s y 1960s, al tocar el tema del orden político mundial y la dignidad humana, colocó al derecho internacional sobre una base ideológica, acorde con la cual era imposible hablar de la presencia de valores comunes entre oriente y occidente, lo que en consecuencia, ponía en duda la existencia de un derecho internacional de carácter universal<sup>60</sup>.

Aun cuando a lo largo de las décadas posteriores, a través de la doctrina, las sentencias de los tribunales internacionales y el desarrollo de la práctica estatal, el mundo asumió la evidente necesidad de un orden jurídico universal al que todos los Estados estuvieran obligados tanto en su creación, como en su desarrollo, lo cierto es que en numerosas ocasiones el derecho internacional se halló fuertemente debilitado, en razón de aquella gran brecha ideológica y falta de consenso entre dos mundos tan opuestos como lo fueron el oriente y el occidente. Así, según señala Grewe, en alusión al pensamiento del profesor **B. Meissner**, el costo de aquella universalidad en el desarrollo del orden jurídico internacional fue la evidente reducción en el contenido sustantivo de las normas de derecho internacional reconocidas por todos los Estados<sup>61</sup>.

### 2.7.3. LA DESCOLONIZACIÓN. EL SURGIMIENTO DE NUEVOS ESTADOS

Acorde con el *iusinternacionalista* australiano **Anthony Anghie**<sup>62</sup>, la gran tarea inicialmente emprendida a través del sistema de mandatos establecido por la Liga de las Naciones de 1919 y continuada de modo distinto, por la Organización de las Naciones Unidas desde 1945, hicieron del tema de la descolonización una de las más grandes preocupaciones de la comunidad internacional en los tiempos que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial.

De este modo, el principio de autodeterminación de los pueblos, desarrollado durante el periodo *ínter* guerras y primordialmente en relación con los países de la Europa del este, fue adoptado y adaptado al redactar la Carta de las Naciones Unidas, como uno de los propósitos de aquella nueva Organización.

---

<sup>59</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>60</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>61</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>62</sup> Cfr. ANGHIE, Anthony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, United Kingdom. 2005, pág. 10.

Aquel principio fue visto entonces como el camino idóneo a seguir por las colonias europeas para lograr su independencia y en consecuencia, apareció siempre vinculado al fenómeno mismo de descolonización que comenzaba a vivir el mundo en aquel momento, como resultado del creciente anhelo de emancipación o libertad existente entre los diversos pueblos de Asia y África. Evidencia de lo anterior, parecen ser las resoluciones de la Asamblea General adoptadas con respecto a este tema, principalmente la resolución 1514 (XV) DECLARACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN DE LA INDEPENDENCIA A LOS PAÍSES Y PUEBLOS COLONIALES DE 1960, así como las dos opiniones consultivas emitidas por la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a Namibia y al Sahara Occidental<sup>63</sup>.

En este orden de ideas, los Estados coloniales europeos como la Gran Bretaña, Francia, Italia, Los Países Bajos, Portugal y Bélgica se enfrentaron a diversos movimientos de liberalización que llevaron a la independencia y al surgimiento de un gran número de Estados nuevos, como lo fueron Siria, Líbano, India, Pakistán, Israel, Indonesia, Libia, Túnez y Marruecos, entre otros, que habrían de integrarse entonces a la comunidad internacional entonces existente.

Desde finales de aquella década, el número de Estados se elevó a cerca 130, casi la mitad de ellos recién emergentes, principalmente de Asia y África, lo que significó de nuevo un giro en la concepción del sistema internacional y principalmente en la composición misma de la Asamblea General de las Naciones Unidas que hasta entonces había estado básicamente dominada por los países de Occidente y que partir de ese momento habría de reflejar los miedos, esperanzas y preocupaciones de aquellos Estados recién surgidos<sup>64</sup>.

Así, el orden mundial estuvo integrado ya no sólo por los dos grandes rivales ideológicos que habrían de protagonizar la historia en los tiempos de la Guerra Fría, por el contrario, ante el surgimiento de los nuevos Estados afroasiáticos, habría de aparecer también en el escenario internacional un tercer bloque de Estados que junto con los países de la América Latina vendrían a conformar lo que hasta a principios de la década de los noventas fue conocido como el 'Tercer mundo'.

El surgimiento de los nuevos Estados trajo consigo por primera vez, la posible idea de un derecho internacional verdaderamente universal, a diferencia de aquella visión

---

<sup>63</sup> Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding the Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; Cfr. *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975. p. 12,

<sup>64</sup> Cfr. MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern International Law*. Routledge. United Kingdom, 1997. pág. 28.

meramente eurocéntrica que lo caracterizaría desde sus orígenes. Los pueblos de África y Asia que hasta aquel momento habían tenido un trato diferente en el derecho internacional, fueron reconocidos a partir de aquel momento como Estados soberanos y jurídicamente iguales al resto de los miembros de la comunidad internacional. Sin embargo, aun cuando todos los países que integraron aquel denominado 'Tercer mundo' compartieron entre sí, una larga historia de dominación y subdesarrollo, también existieron, como hasta ahora, notables diferencias culturales, sociales y económicas entre ellos mismos, lo que hasta hoy en día ha venido definir las posiciones políticas de cada uno hacia su exterior.

En razón de las grandes divergencias políticas, culturales y económicas, acentuadas aun más tras el fenómeno de la descolonización, la nueva comunidad de Estados demandó una revisión de aquellos valores jurídicos fundamentales sobre los cuales habría de cimentarse la existencia misma de un derecho internacional universal, si acaso podía hablarse de uno como tal.

De esta forma, según el pensamiento del profesor inglés **Malcolm Shaw**, aun cuando los nuevos Estados en ningún momento se negaron a respetar un derecho internacional y por el contrario, reconocieron ciertas reglas pertenecientes a él, como fueron el respeto a la soberanía y a la igualdad jurídica de todos los Estados, así como los principios de no agresión y no intervención, como medios idóneo para afianzar su seguridad dentro de aquella comunidad jurídica internacional de la que entonces comenzaban a tomar parte, siempre rechazaron todas aquellas ideas que reflejaran el poder y el dominio por parte de Occidente, característicos de los tiempos anteriores<sup>65</sup>.

Reflejo de lo anterior- establece el mismo doctrinario- fue el modo en que se conformó, por ejemplo la Corte Internacional de Justicia. Acorde con el artículo 9 de su estatuto, dicho tribunal requiere para su integración, la representación de las principales formas de civilización, así como de los sistemas jurídicos más importantes del mundo. Por su parte también, de los 10 sitios que el Consejo de Seguridad tiene reservados para sus miembros no permanentes, 5 de ellos, deben ser ocupados por los países Afroasiáticos, en tanto que dos más, por los Estados de Latinoamérica. Por último, acorde con la resolución 36/39 de la Asamblea General, 31 de los 34 miembros que conforman la Comisión de Derecho Internacional, deben necesariamente, ser nacionales de los Estados de África, de Asia o bien, de Latinoamérica.

---

<sup>65</sup> Cfr. SHAW, Malcolm. International Law. Cambridge University Press. New York, 2003. pág. 39.

Finalmente, es conveniente destacar en este trabajo, la existencia de la resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General en 1970 y que contiene la 'DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS'.

El trabajo entonces realizado por la Comisión de Derecho Internacional, encargada de redactar dicho documento, simbolizó la oportunidad ideal para los representantes de los pueblos de Asia y África, de comenzar a moverse en el escenario internacional como Estados independientes y de este modo, continuar su constante búsqueda en la creación de un nuevo derecho internacional universal que pudiera responder a sus necesidades y liberarlos de aquella concepción meramente eurocéntrica y colonialista que hasta entonces aquel había mantenido y a la que nos hemos referido en párrafos anteriores<sup>66</sup>.

Si bien es cierto, el valor jurídico de dicho documento *per se* es discutible, también lo es que a lo largo de su texto reitera las preocupaciones fundamentales y anhelos comunes que habrían de identificar a la comunidad internacional, como tal, durante la Guerra Fría, si acaso pudiera hablarse de aquellas. De este modo, podemos decir que acorde con su texto, el ideal a perseguir, como hasta nuestros días, fue precisamente la paz internacional fundada en la libertad, la igualdad, la justicia, el respeto a los derechos humanos fundamentales y a las obligaciones internacionales, así como el fomento a las relaciones de amistad y cooperación entre los diversos pueblos, a fin de alcanzar dicho propósito.

De este modo, los juristas que entonces integraron a la Comisión de Derecho Internacional, consideraron sólo siete principios jurídicos, derivados todos ellos del contenido de la propia Carta de las Naciones Unidas, que acorde con el pensamiento de Eric Suy, habrían de representar entonces "*la plena conciencia de un orden público internacional*"<sup>67</sup>.

Aun cuando por un lado, el alcance jurídico de dicho documento como tal, habría de limitarse tan sólo a efectos meramente declarativos, al tratarse simplemente de una resolución emitida por la Asamblea General y por el otro, el significado de cada uno de los principios enunciados anteriormente fue objeto de amplias discusiones e

<sup>66</sup> Cfr. SINCLAIR, Ian. *The Significance of the Friendly Relations Declaration* en VAUGHAN Lowe, et al. *The United Nations and the Principles of International Law. Essays in memory of Michael Akerhust*. Routledge, United Kingdom, 1994. pp. 1-29.

<sup>67</sup> Cfr. SUY, Eric. *The Concept of Jus Cogens in Public International Law: Papers and Proceedings*, en *Conference of International Law; Lagonissi (Greece) April 3-8, 1966, Papers and Proceedings II, The Concept of Jus Cogens in International Law. Carnegie Endowment for International Peace (European Centre)*. Ginebra, 1976, pág. 56.

interpretaciones diversas por los miembros que integraron entonces a la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cierto es que a través de la Declaración de Principios de Derecho Internacional, fueron sentadas las bases sobre las cuales habría de descansar a partir de entonces la existencia de una comunidad internacional universal, que si bien es cierto, su composición mostraba la contraposición de intereses ideológicos, políticos, económicos y sociales entre sus miembros, también lo es que aquellos principios vinieron a reflejar todas las preocupaciones y anhelos comunes que habrían de ser definidas en razón de los acontecimientos mundiales que tuvieron lugar desde principios de siglo XX y hasta el fin de la Guerra Fría.

## 2.8. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DESPUÉS DEL FIN DE LA GUERRA FRÍA

El derrumbe de la Unión Soviética que diera inicio hacia 1989, gracias a las reformas planteadas por el entonces presidente ejecutivo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Mijaíl Gorbachov, dieron lugar a la división de aquél grupo de Estados socialistas, a la consecuente formación de la Comunidad de Estados Independientes y al surgimiento de la Federación Rusa. Sin embargo, aunque ésta última, hasta nuestros días ocupa –como antes lo hiciera la misma Unión Soviética- uno de los cinco lugares permanentes del Consejo de Seguridad, es evidente que la nueva Federación rusa, jamás heredó la posición de la antigua URSS como superpotencia.

A partir de aquél momento esa comunidad internacional que parecía estar dividida en tres grupos, a saber: la URSS, Estados Unidos, y los ‘recién surgidos’ países de tercer mundo, dejó de existir para dar origen a una hegemonía encabezada por Estados Unidos como única superpotencia que paulatinamente tomaría el papel de ‘policía mundial’. No obstante, tal papel, cuyas justificaciones esenciales serían el intentar resolver las controversias internacionales, buscar la conclusión de acuerdos, contribuir al mantenimiento de la paz, hacer cumplir el derecho internacional y en los últimos tiempos, promover los regímenes democráticos, ha sido desde siempre, realizado de manera selectiva, sólo en tanto sus intervenciones vayan acorde a los intereses estratégicos y geopolíticos de dicho país<sup>68</sup>.

De este modo, el profesor **Antonio Cassese** destaca que, cuando aquellos intereses han estado en juego, Estados Unidos ha actuado en razón de la autorización previa de las Naciones Unidas, por ejemplo, se consideran Irak en 1990, Somalia en 1992 y Bosnia Herzegovina, de 1992 a 1995. En otros casos, cuando la misma Organización de las Naciones Unidas no ha ofrecido ayuda alguna, Estados Unidos ha intervenido a

---

<sup>68</sup> Cfr. CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford University Press. United Kingdom, 2005. pág. 44.

través de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, así el caso de Kosovo en 1999. Sin embargo, cuando aquella misma potencia ha considerado que ninguno de sus intereses han sido involucrados, ha decidido también no emprender acción protagónica alguna, situación evidente en los casos de Rwanda en 1994, Sierra Leona en 2000, Darfur desde 2003 y hasta nuestros días y por supuesto, la reciente crisis en Birmania, entre algunos otros. Cassese refiere también a la guerra de Irak de 2003, donde junto con España y el Reino Unido, principalmente, tomó la decisión de actuar en contra del régimen de Sadam Hussein y sin mediar autorización alguna por parte de las Naciones Unidas. Por último, su papel como mediador político ha sido también notorio, así como ejemplo, los casos del conflicto palestino – israelí y de Irlanda del norte, por ejemplo<sup>69</sup>.

Al inicio de aquella década pareció no existir ideología alguna. Los antiguos países socialistas que hasta ese entonces, habían permanecido unidos a través de la Unión Soviética, tendieron a apoyar a los países de Occidente. Por su parte, los denominados países en vías de desarrollo – ahora en sustitución del ‘Tercer mundo’- no se encontraron ya, divididos en oriente y occidente, por el contrario, aquella división ideológica fue reemplazada por una unidad tendiente a satisfacer sus demandas para obtener una mayor asistencia económica y financiera por parte de los países industrializados y un acceso más amplio de sus productos hacia el interior de los mercados mundiales.

De esta forma, dentro del contexto de las Naciones Unidas surgiría desde 1964, el ‘Grupo de los 77’ y el ‘Movimiento de Países no Alineados’, creado durante el periodo de la Guerra Fría y cuyo propósito lo fue precisamente, mantener la neutralidad y en consecuencia, evitar la alineación a cualquiera de las posiciones hegemónicas de aquél momento. De modo un tanto paradójico, este movimiento continua vigente, a pesar de la ausencia de ideología alguna.

Por otro lado, en razón de los diversos acontecimientos mundiales que han tenido lugar desde inicios de la década de los noventa e incluso hasta nuestros días, la comunidad internacional se ha enfrentado también, a una disminución relativa en torno a la credibilidad de las Naciones Unidas, en tanto organización destinada a preservar la paz y la seguridad internacionales. Lo anterior sin duda, ha devenido en el reclamo constante hacia una reforma estructural de aquella Organización. Este periodo ha sido también definido por el apoyo y participación en alianzas de tipo militar, tal es el caso

---

<sup>69</sup> *Cfr. Idem.*

por ejemplo, de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, mejor conocida como la OTAN; la creciente tendencia hacia la regionalización, donde el mejor de los ejemplos lo constituye la Unión Europea y por último, los actos terroristas ocurridos en contra de los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, han hecho del terrorismo internacional una de las grandes preocupaciones y retos actuales de la comunidad internacional.

A lo largo de este periodo, los países industrializados han considerado como los principales retos internacionales, aquellos relacionados con la lucha contra el terrorismo, el libre mercado, el desarme nuclear, la protección del medio ambiente, y los conflictos étnicos, raciales y religiosos surgidos en algunas regiones y el evitar que tal tipo de conflictos se esparzan a través de las fronteras de los Estados donde aquellos surgen. Por su parte, en el polo opuesto, los países en vías de desarrollo destacan que los retos de mayor relevancia para la comunidad internacional los constituyen la pobreza y el retraso que los caracterizan, la falta de un acceso justo de sus productos a los mercados internacionales y su cada día, mayor alejamiento de los países industrializados.

A manera de conclusión, podemos decir que el concepto de 'comunidad internacional' ha ido cobrando relevancia a lo largo de la historia del derecho internacional y hasta nuestros días. De esta forma, en la medida en que este último ha evolucionado y demandado de cada una de las partes que le dan vida, no sólo una sana coexistencia, sino más aún, una mayor cooperación y solidaridad entre todas las naciones, la utilización del término 'comunidad internacional' se ha vuelto cada vez más cotidiana en los distintos foros e instrumentos internacionales, incluyendo entre estos últimos, las diversas decisiones de los distintos tribunales internacionales.

Hemos finalmente de precisar que acorde con todo lo hasta ahora apuntado, la idea misma de comunidad internacional en ningún momento ha permanecido estática. Por el contrario, se trata de un fenómeno completamente evolutivo, que a lo largo de su historia se ha enfrentado a diversos acontecimientos de carácter político, económico, ideológico y hoy en día, hasta científico y tecnológico, que en mayor o en menor medida, han ido definiendo cada uno de los rumbos que aquella ha tomado a lo largo de su historia, lo que ha tenido grandes repercusiones en el desarrollo y percepción actual del derecho internacional, en general, y particularmente en la concepción misma de la idea de *ius cogens*. A partir de lo anterior, sólo queda plantearnos dos cuestionamientos, a saber, ¿Cuál es el camino que desde entonces y hasta nuestros días ha tomado la comunidad internacional?, ¿Podemos hablar actualmente de la

existencia de una comunidad internacional? En capítulos posteriores intentaremos abordar ambas cuestiones.

### CAPÍTULO 3. *IUS COGENS*. SU INCORPORACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL POSITIVO

#### 3.1. NATURALEZA DISPOSITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Aunque partidarios de la corriente normativista en el derecho internacional, como Hans Kelsen, Alfred Verdross y J.L. Brierly coincidieron en la idea de que el consentimiento en ningún momento podía actuar como fuente creadora de obligación jurídica alguna, a menos de que dentro de la misma estructura del derecho internacional existiere una norma que así lo determinara<sup>1</sup>, lo cierto es que desde el siglo XX y en gran medida hasta nuestros días, la voluntad de cada uno de los Estados para reconocer, aceptar y en consecuencia, constreñirse al derecho internacional, ha sido generalmente aceptada como el fundamento primero de toda obligación jurídica internacional.

Evidencia de lo anterior lo es el clásico *dictum* del CASO S.S. “LOTUS”, emitido por la Corte Permanente de Justicia Internacional hacia el año 1927, donde dicho tribunal estableció que “*El derecho internacional regula relaciones entre Estados independientes. Por consiguiente, las normas jurídicas vinculantes para los Estados emanan de su propia y libre voluntad, manifestada a través de convenciones o por medio de costumbres, generalmente aceptadas como formas de expresión de principios jurídicos ...*”<sup>2</sup>.

En razón de ello es que por ahora hemos de abordar la corriente voluntarista del derecho internacional, representada en este caso por los filósofos alemanes Georg Jellinek y Heinrich Triepel. Así, como su propio nombre lo indica, la premisa fundamental del voluntarismo consiste en que la existencia de las normas jurídicas se deriva estrictamente de la voluntad humana. Acorde con esta doctrina y dada la naturaleza misma del derecho internacional, las normas que dentro de él emergen, no lo hacen a través de un ‘ente superior’, sino en razón de la expresión de la voluntad de quien ocupa una posición suprema en la sociedad, a saber, el Estado<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. HENKIN, Louis *et al.* International Law Cases and Materials. Third Edition. American Casebook Series. West Group. USA, 2000. pág. 21. Hans Kelsen por otra parte, en su ‘Teoría Pura del Derecho’ determinó que “*la fórmula Pacta Sunt Servanda ... faculta a los sujetos de la comunidad internacional a regular su comportamiento recíproco, es decir, a regular mediante tratados el comportamiento de sus órganos y de sus súbditos con respecto de los órganos y súbditos de los otros Estados*”. Así, el *ius*filósofo vienés, determinó que la norma *Pacta Sunt Servanda* es en sí una norma perteneciente al derecho internacional general y da validez a las obligaciones creadas a partir de la celebración de tratados porque se formó en la comunidad internacional la costumbre de que los tratados deben ser cumplidos por las partes *inter se*. Por último, tan sólo hemos de concluir que acorde con Kelsen, el derecho convencional y el derecho consuetudinario no deben ser tratados como grupos normativos coordinados, por el contrario en tanto que “*el fundamento del primero se encuentra en una norma perteneciente al segundo, ambos derechos se encuentran en la relación de una grada superior a una grada inferior*”. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa, México, 1997. pp. 326-327.

<sup>2</sup> Cfr. *The Case of the “S.S. Lotus”* (France and Turkey), PCIJ, Ser. A, No. 10 (1927) párrafo. 18 (Traducción propia).

<sup>3</sup> Cfr. BARBOZA, Julio. Derecho Internacional Público. Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1999. pág. 42.

Acorde con Jellinek, los Estados constituyen personas soberanas dotadas con voluntad propia, no sujetos a limitación externa alguna. Sin embargo, éstos pueden a través de aquella voluntad, someterse a obligaciones de naturaleza jurídica en el plano internacional y limitar cuanto sea necesario aquella soberanía que los caracteriza, a fin de lograr tal propósito. Del mismo modo, el autor destaca que esta autolimitación podría revertirse en el caso en que aquellos Estados, nuevamente por voluntad propia, decidieran deslindarse de alguna obligación que hubieren consentido con anterioridad. En este sentido, conforme al pensamiento de Jellinek, la única norma objetiva de derecho internacional lo constituye precisamente, la autopreservación de los propios Estados<sup>4</sup>.

Por su parte, Heinrich Triepel, en oposición a la teoría de la autolimitación expuesta por Jellinek, determinó que las relaciones entre los Estados son necesarias, pues tan sólo por el hecho de coexistir, los Estados las mantienen. En consecuencia, en la medida en que aquellas relaciones sean necesarias, el derecho internacional también lo será<sup>5</sup>. De esta forma, acorde con la propia visión voluntarista del filósofo, la fuente primera del derecho internacional descansa en la voluntad común de los Estados, definida como la manera por la cual varios sujetos se unen para obtener como resultado que satisfaga de manera igual, sus intereses similares o comunes. Así entonces, una vez que los Estados considerados en conjunto, han expresado su voluntad ya sea expresa –tratados- o bien, implícita –costumbre-, aquellos no podrán, a través de un acto unilateral posterior, repudiar la voluntad antes expresada y por lo tanto, habrán de permanecer siempre obligados por la voluntad común, originariamente expresada<sup>6</sup>.

En este orden de ideas, si bien el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no refiere a fuentes del derecho internacional como tales, la mayor parte de la doctrina reconoce a los tratados o convenciones internacionales por un lado, y al derecho consuetudinario por el otro, como principales fuentes creadas de normas jurídicas internacionales, ambas fundadas en el consentimiento de los Estados y la soberanía de cada uno de ellos, e iguales jerárquicamente dentro de la estructura misma del derecho internacional.

De este modo, la conclusión de un tratado constituye por excelencia, la manifestación expresa y auténtica de la voluntad de cada una de las partes que lo integran para

---

<sup>4</sup> Cfr. HALL, Stephen. *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism*. *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001, pp. 269 – 307, pág. 282.

<sup>5</sup> Cfr. BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público...* Op. Cit. pág. 43.

<sup>6</sup> Cfr. HALL, Stephen. *The Persistent Spectre...* Op. Cit. pág. 283.

someter su conducta a lo establecido por el texto del mismo. A diferencia de los tratados, donde la manifestación del consentimiento es evidente, la costumbre internacional, es generada como resultado de la práctica generalizada de los Estados y la *opinio iuris sive necessitatis*, como elemento subjetivo necesario para darle a aquella práctica el sentido jurídico y distinguirla así, de simples consideraciones de ‘cortesía, de conveniencia o de consideración’, según lo establecido por la misma Corte Internacional de Justicia<sup>7</sup>. Es decir, por medio de la *opinio iuris*, cada uno de los Estados involucrados expresan de manera implícita su consentimiento para apegar una conducta determinada a una norma de naturaleza jurídica, creada a partir de la práctica generalizada.

En esta tesitura, parece preciso advertir que tal consentimiento implícito puede dilucidarse, bien a través de la realización de una acción constante, o en razón de una omisión total de la cual se infiera por parte de los Estados, su aceptación al apego de una norma consuetudinaria y no al contrario, su constante oposición al desarrollo de aquella norma, a través de la regla del ‘objector persistente’, a la cual referiremos en párrafos posteriores.

No obstante, la naturaleza dispositiva del derecho internacional no sólo se ve manifiesta en el surgimiento de nuevas normas jurídicas internacionales. Por el contrario, también al hablar de jurisdicción y competencia de los diversos tribunales internacionales, el requisito del consentimiento vuelve a hacerse patente. Es decir, la mayoría de ellos limitan su competencia al conocimiento de cuestiones meramente jurídicas, sean de carácter general o especializado, como en el caso por ejemplo, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre que sean sometidas por las partes de manera expresa o a través de la aceptación *ipso facto* de la competencia contenciosa de dichos Tribunales, en el caso de que así lo prevean.

En este orden de ideas, como ejemplo de lo anterior hemos de referirnos de nueva cuenta al texto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo artículo 36 prevé lo siguiente:

*“1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. 2. Los Estados*

---

<sup>7</sup> Cfr. *Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/ The Netherlands) Judgment, I.C.J. Reports, 1969, p. 3. pág. 44, párrafo 77 (Traducción propia).

*partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.*

Respecto a esto también, referimos a la sentencia del CASO SOBRE EL TIMOR ORIENTAL de 1995, donde ese mismo tribunal precisó que si bien el carácter *erga omnes* del derecho a la autodeterminación de los pueblos, reclamado en aquél caso por Portugal, era irreprochable y más aun constituía uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo, lo cierto era también que el carácter *erga omnes* de una norma jurídica y la norma que establecía el consentimiento de la jurisdicción eran necesariamente dos cosas distintas. Así, la Corte determinó que cualquiera que fuera la naturaleza de las obligaciones invocadas, dicho tribunal no podía pronunciarse sobre la legalidad de la conducta de un Estado cuando su juicio implicara el examen de la conducta de otro Estado, no parte de aquel procedimiento, incluso si se tratase de una norma *erga omnes*<sup>8</sup>.

Por último, dentro del mismo párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte quedan contemplados también los denominados principios generales de derecho internacional, reconocidos por las naciones civilizadas, cuya naturaleza jurídica y posición dentro del marco normativo tradicional del derecho internacional, parece seguir un debate continuo entre los más grandes publicistas. A esto mismo habremos de hacer referencia en un apartado posterior.

De todo lo dicho hasta ahora y dada la relevancia que cobra en nuestro objeto de investigación, es preciso destacar también el pensamiento del jurista **Don César Sepúlveda**, acorde con quien el fundamento del derecho internacional moderno descansa sólo en la idea de una comunidad jurídica de Estados:

*“... Más no una comunidad que formen los Estados por medio de su voluntad, sino una comunidad establecida por la razón misma de las cosas; por el principio de la solidaridad humana, por nexos sociológicos, en fin, por la necesidad histórica. El hecho es que tal comunidad de interés y de funciones*

<sup>8</sup> Cfr. *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, pág. 102.

*existe, y la idea de derecho internacional debe referirse forzosamente a ella y no a la voluntad de los Estados Individuales. La comunidad internacional, por si misma, ya presupone valores hacia donde debe orientarse el derecho, tanto el interno cuanto el internacional*<sup>9</sup>.

Sin duda alguna, el aceptar la naturaleza meramente consensual del derecho internacional nos lleva a cuestionarnos, principalmente acerca del surgimiento, desarrollo y desaparición de las normas de *ius cogens*; su ubicación dentro de la estructura del derecho internacional positivo y por supuesto, en el papel que desempeña dentro de dicha estructura. Pensar así, quizá nos conduciría a limitar la noción misma de *ius cogens*, del modo en que pretende ser entendida a casi cuatro décadas después de su primera incorporación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, para efectos de este trabajo hemos de atender también a este punto.

### 3.2. UBICACIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

#### 3.2.1. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Según hemos señalado en los capítulos anteriores, si bien es cierto, las normas de *ius cogens*, encontraron amplios antecedentes a lo largo del desarrollo del derecho de gentes, principalmente hacia el siglo XVIII, también lo es que el concepto de normas imperativas de derecho internacional como tal, no fue conocido –ni en la doctrina, ni el jurisprudencia-, sino hasta su incorporación en la propia Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Así entonces, acorde con el artículo 53 de dicho instrumento internacional:

*“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”.*

---

<sup>9</sup> Cfr. SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*. Editorial Porrúa. México, 1998. pág. 65.

El texto del artículo 64 expresamente refiere que *“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”*.

Los artículos anteriores nos permiten dilucidar una clara influencia *iuspositivista* a lo largo del desarrollo de las normas de *ius cogens* en el derecho de los tratados. Además del consentimiento requerido para su existencia, la propia Convención de Viena advierte también un evidente alejamiento del derecho natural, al establecer la no inmutabilidad de tales normas, previendo por un lado, su posible modificación ante el surgimiento de una nueva norma *iuris cogentis* y por el otro, la terminación y nulidad de todo tratado celebrado con anterioridad y en oposición a una norma de esta misma naturaleza, surgida *a posteriori*.

Como consecuencia de lo anterior, aquella mutabilidad nos conduce a pensar en tres aspectos inherentes a la idea misma de *ius cogens* dentro del régimen de la Convención de Viena, a saber: a) la divisibilidad o en su caso, la indivisibilidad de los tratados; b) el concepto de derecho intertemporal y consecuentemente, c) la irretroactividad o en su caso, la retroactividad de las normas imperativas de derecho internacional general.

Con relación al primer punto, el encabezado del artículo 44 de la Convención de Viena señala que: *“El derecho de una parte ... a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto”*. Empero, el último párrafo de la misma disposición refiere expresamente que *“... en los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”*.

De lo anterior tan sólo se desprende que al tratarse de la existencia de normas de *ius cogens superveniens* -artículo 64-, un determinado tratado podría ser regido por el principio de separabilidad de sus cláusulas, en tanto éste cumpliera con los requisitos establecidos por el artículo 44. Sin embargo, no así en los casos de los artículos 51, 52 y 53, a saber, cuando hubiere de tratarse de una coacción sobre el representante de un Estado, coacción sobre un Estado, a través de la amenaza o uso de la fuerza y finalmente, cuando hubiere tratados en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general.

En este tenor, ya Don Antonio Gómez Robledo se refirió en su obra a la exposición de motivos que después de un amplio debate entre todos sus miembros, llevó a la Comisión de Derecho Internacional a tomar la decisión anterior. Tales argumentos se plasman en este trabajo del modo en que sigue:

*“En el párrafo 5 se exceptúa también totalmente del principio de divisibilidad el caso del tratado cuya celebración es incompatible con una norma de ius cogens ... Algunos miembros estimaron que no convenía disponer que la totalidad del tratado queda anulada cuando únicamente una parte, incluso pequeña, del tratado sea incompatible con una norma de ius cogens. Sin embargo, la Comisión opinó que las normas de ius cogens tienen un carácter tan fundamental que, cuando las partes celebran un tratado en el que figura una cláusula cualquiera incompatible como (sic) una norma de ius cogens ya existente, hay que considerar el tratado como totalmente nulo. En tal caso, las propias partes pueden modificar el tratado para ajustarlo al derecho, y si no lo hacen, el derecho debe imponer la sanción de nulidad a todo el acuerdo”<sup>10</sup>.*

En este orden de ideas, hemos de ajustarnos al pensar de Gómez Robledo, quien concluyó que tal decisión apareció como la más lógica y en consecuencia, la más apegada a la técnica jurídica. De este modo, si en el caso del artículo 53 habría de optarse por la no divisibilidad de las cláusulas del tratado fue tan sólo para sancionar con nulidad absoluta y *ab initio* el desafío al orden público internacional, emprendido por los Estados al celebrar un tratado, ya fuera todo o en parte, contrario a una norma de carácter tan supremo y fundamental, como lo son las normas de *ius cogens*<sup>11</sup>.

Es decir, más allá del contenido, lo sancionable, a decir de nuestro autor, parece ser la mala fe. No en caso contrario, al tratarse de las normas establecidas por el artículo 64 -*ius cogens* emergente-, también de naturaleza fundamental, pero en las cuales al no haberse actuado con plena premeditación y conciencia, se admite el principio de separabilidad de las cláusulas, acorde con el cual, tan sólo sufrirán de nulidad absoluta aquellas disposiciones opuestas a una norma *iuris cogentis*, emergida posteriormente<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003. pág. 106.

<sup>11</sup> *Cfr. Ibidem*, pág.107.

<sup>12</sup> *Cfr. Idem*.

En la medida en que ha evolucionado la comunidad internacional y por ende, las normas que la rigen, el concepto de derecho intertemporal ha cobrado especial importancia al tratarse de la idea de *ius cogens superveniens*.

Así, Max Huber, en su laudo arbitral de la ISLA DE PALMAS, advirtió que:

*“En cuanto a la cuestión de determinar el sistema jurídico aplicable a un caso particular, cuando han existido varios sistemas en época sucesivas, debe distinguirse entre la creación de derechos y la existencia de derechos. El mismo principio que sujeta el acto creador de un derecho al derecho vigente en el tiempo en que el derecho –subjeto- surge, exige que la existencia de este derecho, en otras palabras, que su manifestación continua, se ajuste a las condiciones requeridas por la evolución del derecho mismo –entendido este último como conjunto de normas jurídicas-”<sup>13</sup>.*

Por otro lado, en al menos dos ocasiones la Corte Internacional de Justicia también ha abordado la interpretación evolutiva del derecho internacional. En la Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en donde la Corte habría de determinar las consecuencias jurídicas para los Estados sobre la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, este Tribunal refirió expresamente a la naturaleza mutable de conceptos como ‘*enérgicas condiciones del mundo moderno*’, ‘*bienestar y desarrollo*’ y ‘*encargo sagrado*’, todos ellos plasmados en el artículo 22 del PACTO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES<sup>14</sup>.

En razón de lo anterior, dicho tribunal estableció que en ningún momento, la interpretación de las instituciones establecidas en 1919, debía permanecer inamovible ante la evolución del derecho internacional, a través de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y el desarrollo del derecho consuetudinario y por lo tanto, se hallaba obligado a tomar en consideración los cambios ocurridos durante la siguiente mitad de siglo. Agregó también que un instrumento internacional debía ser interpretado y aplicado en el marco de la estructura misma del orden jurídico internacional, vigente al tiempo de la interpretación misma<sup>15</sup>.

En aquella misma década, el máximo tribunal de la Organización de las Naciones Unidas resolvió sobre su jurisdicción en el CASO DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL DEL

---

<sup>13</sup> Cfr. *Island of Palmas Case (Netherlands v United States of America) (1928) 2RIIA 829*

<sup>14</sup> Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, pág. 53* (Traducción propia).

<sup>15</sup> Cfr. *Idem*.

MAR EGEO, presentado por Grecia en 1976. En este caso Grecia argumentó que la expresión Plataforma Continental era completamente desconocida hacia 1928, cuando el ACTA GENERAL PARA EL ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES había sido concluida y hacia 1931 cuando este Estado se adheriría a tal documento<sup>16</sup>. Sin embargo, la Corte determinó que aun cuando efectivamente tal expresión era no conocida en aquél tiempo, los términos '*status territorial*' y '*derechos*', plasmados en el Acta General debían ser siempre interpretados, en consideración la evolución del derecho y corresponder al significado dado a ellos por el derecho vigente al momento de su interpretación. En consecuencia, la expresión '*controversias relativas al status territorial de Grecia*' debía interpretarse acorde con las normas de derecho internacional vigente hacia 1978, fecha en que la Corte resolvió sobre esta cuestión.

Acorde con el pensamiento de Gómez Robledo, el principio de derecho intertemporal que en sus inicios comenzó a regir tan sólo cuestiones relativas a la soberanía territorial, podría ser considerado hoy como un principio de derecho internacional general. Así, con relación a las normas de *ius cogens superviniens*, la aplicación de tal principio refiere simplemente a la imposibilidad de existencia de derechos adquiridos, de modo tal que pudieran frustrar las transformaciones sociales<sup>17</sup>.

El derecho intertemporal constituye un importante instrumento para la interpretación del *ius cogens* y en específico, para las normas de *ius cogens superviniens*. Es preciso entender que como todo sistema jurídico, el derecho internacional jamás ha permanecido inmutable ante las grandes transformaciones mundiales y en consecuencia, ante las demandas políticas y axiológicas de quienes juegan un papel primordial en él. Lo anterior simplemente significa que dentro de una estructura jerárquica del derecho internacional, siempre habrán de imperar los intereses supremos de la comunidad internacional, expresados a través de las normas *iuri cogens* y de este modo, impuestos a la conciencia jurídica de la humanidad en los diversos momentos históricos.

Finalmente, la misma Convención de Viena precisa una distinción respecto de las consecuencias de la invalidez de un tratado en oposición a una norma existente de *ius cogens* y las consecuencias de la invalidez de un tratado contrarios a una norma de *ius cogens* surgida con posterioridad a la celebración de aquel tratado.

---

<sup>16</sup> Cfr. *Aegean Continental Shelf* (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports, 1978. p. 3 pág. 34, párrafo 80.

<sup>17</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional...* Op. Cit. pág. 117.

Acorde con lo anterior, el artículo 71 (1) requiere que en caso de celebrarse algún tratado en oposición a una norma de *ius cogens* –artículo 53-, las partes deberán eliminar en la medida de lo posible, los efectos de los actos realizados y consecuentemente, ajustar sus relaciones diplomáticas a tales normas.

Por otra parte, cuando se trate de una nulidad posterior y el tratado deba terminar como resultado del surgimiento de una norma *iuri cogentis superviniens* –artículo 64-, las partes quedarán eximidas del cumplimiento de aquél tratado, sin embargo, tal terminación no tendrá efecto retroactivo y por lo tanto, quedará a salvo todo derecho, obligación o situación jurídica alguna, generada con anterioridad, en tanto que éstos por sí mismos, no se hallen contrarios a la nueva norma *ius cogens*.

Por su parte, cabe precisar que si bien el texto del artículo 71 (2) establece que un tratado puede convertirse en nulo y terminar en razón de una norma de *ius cogens superviniens*, es cierto también que en aquel caso, más que referirnos a una nulidad como tal, hemos de enfrentarnos a una terminación del propio tratado.

Así, a diferencia de lo previsto por el primer párrafo de este artículo, en el que se trata de una nulidad *ex tunc* y por lo tanto, deja sin efectos todas las consecuencias jurídicas que pudieren haber surgido de la celebración de aquel tratado. El segundo párrafo del mismo artículo refiere a una nulidad *ex nunc*, esto es, deja salvo todos los derechos, obligaciones y cualquier otra situación jurídica creada como resultado de la ejecución del tratado, siempre que su mantenimiento no se opusiere a aquella norma de *ius cogens* recién creada.

A pesar de todo lo que hasta ahora hemos dicho, la institución del *ius cogens superviniens* principalmente, a lo largo de su historia ha generado una gran diversidad de opiniones entre los más grandes publicistas y políticos de las últimas épocas, esto debido a la constante evolución de una comunidad internacional, tan diversa y opuesta en su estructuración y a la cada día más evidente desarrollo y especialización del derecho internacional. En razón de esto, son múltiples las cuestiones a ser resueltas, a saber, ¿a qué nos referimos con el término ‘comunidad internacional’?; ¿cómo identificar aquellos intereses supremos de toda aquella comunidad internacional?; ¿cómo surge una norma de *ius cogens*?; ¿bajo qué procedimiento puede ser modificada una norma existente de *ius cogens*?; ¿quién puede pronunciarse acerca de la existencia de una norma de *ius cogens*?. Intentaremos abordar cada uno de estos puntos en capítulos posteriores.

### 3.2.2. TRATADOS MULTILATERALES COMO FUENTE DE NORMAS DE *IUS COGENS*

Una vez estudiado el concepto de normas imperativas de derecho internacional general, es momento de abordar lo relativo a las fuentes que, acorde con la mayor parte de la doctrina, han de dar origen a tales normas en el contexto estricto del derecho internacional positivo. Así, al referirnos a los tratados multilaterales, hemos tan sólo de decir que son dos los principios que han llevado a la mayoría de los autores a negar el papel de dichos tratados como fuente última de *ius cogens*.

En primer término, aquél principio conocido como *Pacta tertiis nec nocent prosunt*, es decir, el hecho de que ningún tratado pueda generar obligaciones sobre los Estados no partes en él, sin su consentimiento y en segundo lugar, la posibilidad de que los Estados parte en un tratado, puedan reservarse el derecho a denunciarlo.

Respecto del primero, es evidente que aun hoy en día, ante los denominados retos globales, no podemos hablar de la existencia de algún tratado ratificado de manera universal y unánime por todos los Estados. Frente a lo anterior, ya en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional en diversas ocasiones, así como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia en la OPINIÓN CONSULTIVA RESERVAS A LA CONVENCIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948, reconoció como norma de derecho internacional, la imposibilidad de obligar a los Estados no partes en un tratado, sin su consentimiento<sup>18</sup>.

Ahora bien, una vez cristalizada dicha regla dentro del derecho de los tratados, la propia Convención de Viena de 1969, estableció en su artículo 34 que “*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*”, no obstante que el artículo 35 del mismo instrumento prevé la posibilidad de que un tratado pueda obligar a un tercer Estado, si esa ha sido la intención de las partes y aquél tercer Estado así lo consiente, por escrito.

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia en 1969, al tratar la cuestión relativa a la obligatoriedad de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958, estableció que tan sólo una conducta definida y constante emprendida por un Estado no parte, a través de la cual manifestara una clara intención de apegarse al régimen convencional, podría justificar el decir que aquél Estado había aceptado ya, de manera unilateral, las obligaciones contenidas en la Convención<sup>19</sup>. Sin embargo, en otra parte de la

<sup>18</sup> Cfr. *Reservations to the Convention on Genocide*. Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1951, p. 15, pág. 21.

<sup>19</sup> Cfr. *Continental Shelf Cases*... *Op. Cit.* pág. 23, párrafo 28.

sentencia, dicho tribunal determinó que la misma Convención, al contar con una amplia y representativa participación, incluida aquella de los Estados cuyos intereses se hallaban especialmente afectados, podía generar por sí misma, una norma general de derecho internacional, de igual fuerza obligatoria para todos los miembros de la comunidad internacional<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, pudiéramos concluir que si bien es cierto existen tratados que por su importancia parecieran poseer un carácter *cuasi* universal, resulta además evidente que en aquellos casos en que algún Estado no parte, decidiese también apearse a las obligaciones contenidas en alguno de ellos, sin que mediare aceptación por escrito, en tales situaciones aquél Estado se encontraría ante una obligación de carácter meramente consuetudinario y en ningún de los casos, de naturaleza convencional.

Sin embargo, pareciera que aun con todo lo dicho, el principio *Pacta tertiis nec nocent prosunt* admite una clara excepción. Así, el artículo 2(6) de la Carta de las Organización de las Naciones Unidas, establece que dicha organización habrá de asegurarse de que los Estados no miembros, actúen de conformidad con los principios establecidos por el propio artículo 2, en la medida en que lo fuere necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Indudablemente, hemos de vincular lo anterior con lo establecido en el artículo 75 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a saber, “*Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de las medidas adoptadas con respecto a la agresión de tal Estado*”.

No obstante, el párrafo anterior más que una excepción a la regla y por lo tanto, fuera de toda obligación convencional, nos lleva a pensar prematuramente en la existencia de normas universales encaminadas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, entre las que se encuentran la igualdad soberana de los Estados, la libre autodeterminación de los pueblos y la prohibición de la amenaza o del empleo de la fuerza, todas ellas con carácter indiscutible de *ius cogens*, según se advierte en el pensamiento de Don Antonio Gómez Robledo<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 38, párrafo 61.

<sup>21</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El *ius cogens* internacional... *Op. Cit.* pá. 83.

Aquella universalidad se vio también reflejada en la adopción unánime del texto de la 'DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS, DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS'. Dentro de dicho documento se encuentran plasmados los siete principios cardinales del orden jurídico internacional, a saber: (a) la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza; (b) la solución pacífica de controversias; (c) la no intervención en los asuntos internos de cada uno de los Estados; (d) la cooperación internacional; (e) la igualdad de derechos; (f) la libre autodeterminación de los pueblos; (g) la igualdad soberana de los Estados y por último, (h) el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales<sup>22</sup>.

Es momento de ocuparnos del segundo de nuestros argumentos. Así entonces, acorde con el artículo 56 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un tratado podrá ser denunciado, en primer término si tal posibilidad hubiere sido prevista en el texto del tratado mismo; en segundo lugar, si constara que tal fue la intención de las partes o por último, si el derecho de denuncia o retiro pudiera inferirse de la propia naturaleza del tratado.

A partir de lo anterior, tan sólo podemos afirmar que un tratado multilateral de dicha naturaleza difícilmente habrá de servir como fuente originaria de *ius cogens*, pues al contemplar dentro de sí al concepto mismo de denuncia, da la posibilidad a las partes contratantes de romper con las obligaciones convencionales, anteriormente contraídas, situación que daría lugar al retiro de su consentimiento y consecuentemente, al acuerdo en contrario, que en todos los casos negaría la existencia misma de la idea de *ius cogens* convencional.

Así, aunque los dos puntos anteriores nos llevan a concluir en la imposibilidad práctica de los tratados multilaterales *per se* para dar origen a una norma imperativa de derecho internacional, valdría la pena agregar ahora, la cuestión relativa a la manifestación de reservas en el derecho de los tratados. Es de este modo en que a lo largo de las opiniones separadas y disidentes, emitidas por algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia en los CASOS DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN EL MAR DEL NORTE de 1960, es decir, incluso anterior la entrada en vigor del régimen de Viena, hubo de establecerse de modo expreso, la relación presente entre las normas de *ius cogens* y la manifestación de reservas al momento de celebrar un tratado.

---

<sup>22</sup> Cfr. Naciones Unidas, AG/RES 2625 (XXV) "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones a las relaciones de amistad y a la Cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", 24 de octubre de 1970.

En primer término, hemos de aludir al pensamiento del Juez mexicano Luis Padilla Nervo, quien apuntó que:

“... si la Convención por disposición expresa permite reservas a ciertos artículos, esto es debido al reconocimiento del hecho de que tales artículos no son la codificación o expresión de principios mandatorios existentes o normas establecidas de derecho internacional general, obligatorias no sólo para las Partes Contratantes, sino también para terceros Estados.”<sup>23</sup>

En este mismo sentido, el Juez Kotaro Tanaka, estableció que una reserva a un tratado debía ser inválida y nula si acaso ésta fuera contraria a un principio esencial de la institución de la plataforma continental que pudiera ser reconocido como *ius cogens*<sup>24</sup>. Por último el reconocido *iusinternacionalista* y entonces Juez *ad hoc*, Max Sorensen, declaró también que la aceptación de una reserva en un tratado, en ningún momento tendría el efecto de privar a la Convención en su conjunto o a algún artículo relevante en particular, de su carácter declarativo. Tan sólo había de establecer una relación contractual especial entre las partes contratantes. De esta forma, si la norma de derecho consuetudinario, cristalizada en la misma Convención no pertenece al campo del *ius cogens*, aquella relación contractual especial no podía ser declarada inválida como tal<sup>25</sup>.

Ahora bien, alejados un tanto del derecho consuetudinario al que los tres jueces hicieron referencia expresa y al que más adelante volveremos, hemos de traducir lo anterior a términos propios del derecho internacional convencional.

Es así, que podemos concluir que del mismo modo que los tratados que hacen posible la denuncia o retiro, aquellos tratados multilaterales, que acorde con la Convención de Viena, admiten la manifestación de reservas a alguna(s) de sus disposiciones, en ningún momento podrán considerarse como fuente creadora de normas de *ius cogens*, en tanto que a través de tales reservas, las partes que así lo hicieran, estarían manifestando también el acuerdo en contrario, que de nueva cuenta limitaría al derecho convencional internacional para ser considerado fuente creadora de derecho internacional.

### 3.3. EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO Y EL *IUS COGENS*

<sup>23</sup> Cfr. *Continental Shelf Cases...* Op. Cit. Separate Opinion of Luis Padilla Nervo. pág. 98 (Traducción propia).

<sup>24</sup> Cfr. *Ibidem*, Dissenting Opinion of Kotaro Tanaka. pág. 182.

<sup>25</sup> Cfr. *Ibidem*, Dissenting Opinion of Max Sorensen. pág. 248.

Como expresamos al inicio de este capítulo, dentro de la doctrina es generalmente aceptada la aserción de que la costumbre constituye *per se*, la fuente por excelencia del derecho internacional. Así, en razón de las imperfecciones propias del sistema jurídico internacional, es a través del derecho consuetudinario como hasta nuestros días se han originado normas de carácter general, obligatorias para la gran mayoría de los sujetos de derecho internacional.

Quizá la característica que mayormente predomina en el derecho consuetudinario descansa en su espontaneidad. Es decir, la costumbre, a diferencia del derecho convencional, no surge a partir de la elaboración de un instrumento escrito, sino a través de un procedimiento, considerado incluso por algunos como ‘amorfo’<sup>26</sup>, fundado en la práctica general y reiterada que lleva a dar a un comportamiento determinado un sentido de obligatoriedad jurídica. De este modo, el mismo artículo 38(1b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, refiere a la costumbre internacional como “... *prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”.

De la anterior definición hemos de partir para establecer los dos elementos que conforman así, al derecho consuetudinario, a saber, por un lado, la práctica uniforme, continua e ininterrumpida de un comportamiento emanado de un representante del Estado tendiente a formar una nueva norma consuetudinaria<sup>27</sup> y por el otro, el elemento considerado como subjetivo, la *opinio iuris sive necessitatis*, es decir, el reconocimiento de que tal comportamiento resulte jurídicamente obligatorio por parte de quien lo desempeña<sup>28</sup>.

Por su parte, el publicista inglés **Ian Brownlie** ha hecho referencia a la duración de aquella práctica y concluido que dada la consistencia y generalidad que se requiere de ésta, no exige en lo absoluto alguna duración en lo particular. Desde luego el paso del tiempo podría constituir evidencia de generalidad y consistencia, empero en ninguno de los casos resulta totalmente necesario. Acorde con el pensamiento de Brownlie, ejemplo de lo anterior lo constituye la denominada costumbre instantánea, en los casos de las normas relativas al derecho espacial y la plataforma continental<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. LAU, Holning. *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*. *Chicago Journal of International Law*. Vol. 6, No. 2, summer 2005, pp. 495-510, pág. 499; CHARNEY, Jonathan. *Universal International Law*. *The American Journal of International Law*. Vol. 87, No. 4, 1993, pp. 529-551, pág. 541.

<sup>27</sup> Cfr. DRENAS DE CLEMENT, Zlata. *Principios generales de derecho internacional ambiental como fuente normativa. El Principio de Precaución*. *Anuario IX (2006)*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Pág. 4.

<sup>28</sup> Cfr. JENNINGS, Robert & WATTS, Arthur (eds.). *Oppenheim's International Law*. Volume 1 PEACE. Longman. United Kingdom, 1996. pág. 28.

<sup>29</sup> Cfr. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Fifth Edition. Oxford University Press. New York, 1998. pág. 5.

Respecto de su uniformidad y consistencia, el mismo autor ha precisado que si bien es cierto, no se requiere de aquella práctica una uniformidad absoluta, también lo es que la existencia de una uniformidad substancial es fundamental para el desarrollo de una determinada costumbre<sup>30</sup>. Aunado a lo anterior, cabe advertir que la universalidad total tampoco es requerida, es decir, el derecho consuetudinario no requiere la aceptación expresa e individual de cada uno de los Estados y por el contrario, resulta solamente necesario el reconocimiento y aceptación *general* por parte de los miembros que conforman a la comunidad internacional.

Para distinguir aquella práctica de simples comportamientos de “*cortesía, de conveniencia o de oportunidad política*”<sup>31</sup>, es preciso atender también a la existencia de la *opinio iuris*. Así, en la sentencia de fondo, emitida en 1986 para el CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA, la Corte Internacional de Justicia, en alusión a los Casos de la Plataforma Continental de 1969, determinó que:

“... para la formación de una nueva norma consuetudinaria, los actos concernientes no sólo deben 'equivaler a una práctica establecida', sino deben estar acompañados por la *opinio iuris sive necessitatis*. Cualquiera de los Estados que emprendan tal acción u otros en posición de reaccionar ante ella, deben haberse comportado de modo tal que su conducta sea evidencia de la convicción de que dicha práctica resulta obligatoria, en razón de la existencia de una norma jurídica que así lo requiera”<sup>32</sup>.

Por su parte, en el CASO DEL GOLFO DEL MAINE de 1984, el mismo tribunal determinó que la *opinio iuris* “se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente asentada y convincente, y no por la vía de la deducción, a partir de ideas preconstituidas a priori”<sup>33</sup>.

Ahora bien, una vez que en términos generales, nos hemos referido ya a la formación del derecho consuetudinario, parece preciso ahora abordar nuestro punto de especial interés, es decir, la costumbre internacional y su relación con las normas de *ius cogens*.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Cfr. North Continental Shelf... Op. Cit.* pág. 44, párrafo 77 (Traducción propia)

<sup>32</sup> *Cfr. Idem.; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 p. 14, págs.107-108, párrafo 207. (Traducción propia)

<sup>33</sup> *Cfr. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada – United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, pág. 299, párrafo 111. (Traducción propia)

Acorde con el internacionalista **Robert Kolb**, la costumbre internacional es hoy, la fuente formal del *ius cogens* más comúnmente aceptada por entre los teóricos del derecho internacional<sup>34</sup>. Es así, que un gran número de ejemplos de normas imperativas de derecho internacional, tales como la prohibición del uso de la fuerza y del genocidio, entre otras, han pertenecido originalmente al dominio del derecho internacional consuetudinario<sup>35</sup>.

En este tenor, por la naturaleza misma del *ius cogens*, los requisitos para el surgimiento de las normas imperativas de derecho internacional general, emanadas de la costumbre internacional son, en varios aspectos, mucho más rigurosos que aquellos exigidos para la formación de normas consuetudinarias ordinarias. A este respecto, el autor finlandés **Lauri Hannikainen** advierte en su obra que la *opinio iuris* requerida para la creación de normas imperativas consuetudinarias debe atribuir a este tipo de normas no sólo un sentido de obligatoriedad jurídica, sino más aun, un sentido de obligatoriedad jurídica imperativa<sup>36</sup>.

Pensamos que a esto mismo quiso referirse Gómez Robledo con su teoría del doble consentimiento para probar la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general. Es decir, acorde con el pensamiento del *iusfilósofo*, para concluir que una norma jurídica ha pasado a formar parte del *corpus* del *ius cogens*, es preciso contar en primer término con el consentimiento, para aprobar una norma de derecho internacional general, luego, un segundo consentimiento para verificar en aquella, una norma de carácter imperativo, no derogable en lo absoluto, por acuerdo en contrario alguno entre las partes<sup>37</sup>.

Sin embargo, al igual que sucede con la costumbre internacional, en ningún momento parece ser requerido durante la formación de alguna norma imperativa consuetudinaria, que cada Estado se pronuncie de manera expresa a favor de su existencia, por el contrario, tal aceptación como norma imperativa, puede ser claramente advertida a través de las diversas declaraciones y manifestaciones

<sup>34</sup> Cfr. KOLB, Robert. *The Formal Source of ius cogens in Public International Law*. *ZÖR*, vol. 53, 1998, pp.69-105, párrafo 80; HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*. LAKIMIESLIITON KUSTANNUS. Finnish Lawyers' Publishing Company. Helsinki, 1988. pág. 238

<sup>35</sup> Cfr. KOLB, Robert. *The Formal Source of ius cogens in Public International Law...* *Op. Cit.* pág. 94

<sup>36</sup> Cfr. HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law...* *Op. Cit.* pág. 237

<sup>37</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional...* *Op. Cit.* p. 90; TERAYA, Koji. *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond*. *European Journal of International Law*. Vol. 12 No. 5, 2001, pp. 917- 941, pág. 928

realizadas por los representantes de los Estados que nos permitan dilucidar su plena convicción de que el criterio de imperatividad ha sido completamente satisfecho<sup>38</sup>.

En sentido casi opuesto y pudiéramos decir, más allá del contexto del derecho de los tratados, el *iusinternacionalista* **Karol Wolfke** manifestó en su momento que para concluir que se han satisfecho las condiciones previstas por el artículo 53 para la formación de una norma imperativa de derecho internacional general, debe existir evidencia de antecedentes en que los Estados hubieren protestado y en consecuencia, jamás permitido, la abstracción unilateral por parte de algún otro Estado de normas 'esencial para la protección de los intereses de la comunidad internacional'<sup>39</sup>.

No obstante, acorde con el pensamiento de este último autor, dado que tales antecedentes no se han visto reflejados a lo largo de la práctica jurídica internacional, la existencia de normas de *ius cogens* puramente consuetudinarias resulta prácticamente imposible. En consecuencia, las normas imperativas de derecho internacional emergen como resultado de una combinación de distintos factores, a saber: el derecho convencional, el propio derecho consuetudinario, las resoluciones emitidas por las diversas organizaciones internacionales, las decisiones de los varios tribunales internacionales, etcétera.

Coincidimos tan sólo en la última parte de la opinión de Wolfke. En efecto, podemos de manera preliminar, señalar que las normas imperativas surgen regularmente como producto de la combinación de diferentes instrumentos internacionales, algunos jurídicamente obligatorios *per se*, otros simplemente con efectos declarativos, tal es el caso entre otros, de la mayoría de las resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>40</sup>.

Sin embargo, pareciera que el autor deja a un lado el hecho de que es la costumbre, la fuente del derecho internacional por excelencia y que en tanto tal, requiere la combinación de una multiplicidad de factores para comprobar su existencia, así podemos decir a manera de ejemplo, que los tratados internacionales y las resoluciones emitidas por organismos internacionales pueden ser utilizados al mismo tiempo, como evidencia de la práctica de los Estados y/o *opinio iuris*, ambos

---

<sup>38</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>39</sup> Cfr. WOLFKE, Karol. Jus Cogens in International Law (1974) en HANNIKAINEN, Lauri. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law... *Op. Cit.* pág. 238

<sup>40</sup> En capítulos posteriores haremos referencia a la existencia del denominado '*soft law*' y a la importancia de éste en la formación del derecho internacional general.

elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, según apuntamos en párrafos anteriores.

A partir de lo que hasta hemos observado, valdría la pena atender nuevamente a la importancia del papel desempeñado por la comunidad internacional en la creación y desarrollo de normas consuetudinarias, dotadas de imperatividad y consecuentemente, tendientes a proteger los intereses que considere tan fundamentales para su existencia, en un momento histórico determinado. Es así, que como abordaremos más adelante, la creación de los múltiples organismos internacionales y el surgimiento de nuevos actores internacionales han de intervenir también, a través de sus diversos procedimientos, en la creación, desarrollo y posterior reconocimiento de las normas de *ius cogens*. No obstante, y dado que en este capítulo nos hemos referido ya a la importancia del consentimiento de los Estados en la evolución misma del derecho internacional, nos es preciso ahora aludir a las posiciones de los Estados 'silenciosos', emergentes y por supuesto, aquellos disidentes, con relación a la creación y reconocimiento de normas imperativas consuetudinarias.

En cuanto a los Estados que permanecen en silencio, esto es, aquellos que no se manifiestan ya fuera a favor o en contra ante el posible surgimiento de una nueva norma imperativa consuetudinaria, algunos doctrinarios han coincidido en que precisamente, si se trata de una norma consuetudinaria creada para proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional, el silencio de alguno o varios Estados, puede ser considerado tan sólo como '*concurrentia con la regla*'<sup>41</sup>, al igual que sucede con la propia costumbre internacional. Lo anterior nos lleva a dilucidar que la ausencia de objeciones en este sentido, es evidencia de que los Estados 'silenciosos' no ven en la práctica de otros, una conducta contraria a sus propios intereses.

Así, si una gran mayoría de Estados – en el modo en que refiere el propio artículo 53- se pronuncia de manera continua, en contra de la derogación unilateral de una norma imperativa, derivada de la costumbre internacional, a través por ejemplo, de la aprobación de resoluciones colectivas o decisiones judiciales, podemos concluir que el silencio del resto de los Estados, en ningún momento podría significar que éstos pudieran liberarse en algún momento, de las obligaciones originadas de aquella norma imperativa.

---

<sup>41</sup> Cfr. HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law...* Op. Cit. pág. 239

Respecto de la posición de los Estados creados con posterioridad al surgimiento de una norma de *ius cogens*, aunque la obligatoriedad de una norma consuetudinaria ha sido una de las cuestiones mayormente debatidas en el ámbito doctrinal<sup>42</sup>, la mayor parte de ella también reconoce que al tratarse de normas imperativas de derecho internacional general, incluso los Estados que recién emergen, se hallan igualmente obligados por este tipo de normas, en razón de que, según hemos advertido en diversas ocasiones, tales normas tienden a proteger los valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional, a la cuando tales Estados lo integran.

La afirmación anterior podemos identificarla en un claro ejemplo de la práctica internacional, a saber, la negación del reconocimiento de Rhodesia del Sur –actual territorio de Zimbabwe- como Estado independiente hacia el año de 1965 cuando Ian Smith y su grupo revolucionario, a través de una declaración unilateral hubieron de declarar la independencia de Rhodesia con respecto del Reino Unido y construyó un gobierno minoritario dentro de aquél territorio.

En respuesta, el Reino Unido solicitó la intervención del Consejo de Seguridad. A través de las resoluciones 216 y 217 (1965) dicho órgano habría de concluir en la ilegalidad del régimen impuesto por los rebeldes, en tanto que aquél se encontraba fundado meramente en una '*declaración unilateral de independencia proclamada por una minoría racista de Rhodesia del Sur*'<sup>43</sup>. Es así que en aquella ocasión, el Consejo de Seguridad determinó que el derecho a la autodeterminación de los pueblos había sido negado por el gobierno revolucionario de Smith, en virtud que el derecho a la autodeterminación constituía un derecho 'humano' correspondiente a los pueblos y no así, a una minoría racista<sup>44</sup>.

Ya por último, hemos de referirnos a uno de los puntos que en nuestra consideración, resulta relevante con relación a la costumbre internacional y las normas de *ius cogens*, la posición de los Estados disidentes y consecuentemente, la regla del objeto persistente. A fin de preservar la importancia del consentimiento como fundamento primero del derecho internacional, algunos *iusinternacionalistas* han aceptado dentro de la teoría del derecho internacional, la existencia de la doctrina conocida como

<sup>42</sup> Veáanse por ejemplo, MULLERSON, R.A. *New Thinking by Soviet Scholars: Sources of International Law: New tendencies*. *The American Journal of International Law* (1989) No. 83, pág. 504; TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will*. *Recueil des cours*. Vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374, pág. 284.

<sup>43</sup> Naciones Unidas, S./RES/216 del 12 de noviembre de 1965; Naciones Unidas, S./RES/217 del 20 de noviembre de 1965. Ambas adoptadas por 10 votos y la abstención de Francia.

<sup>44</sup> Cfr. DREW, Catriona. *The Criteria for Statehood in International Law are based on the Principle of Effectiveness not Legitimacy!*. School of Oriental and African Studies London. United Kingdom, 2003. pág. 11.

‘Objetor persistente’<sup>45</sup>. Acorde con ésta, si un Estado se opone de manera constante a la realización de una determinada conducta, tendiente a convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario, aquél Estado quedará automáticamente exento de las obligaciones que, en caso de no haberse pronunciado en contra, hubiese contraído sobre las bases de la costumbre internacional<sup>46</sup>.

De este modo, la Corte Internacional de Justicia se ha referido también en dos ocasiones al ‘Objetor persistente’. Así, en su fallo emitido para el CASO RELATIVO AL DERECHO DE ASILO DE 1950, este tribunal declaró que Colombia, a lo largo de sus peticiones, no había podido probar la existencia de costumbre internacional en el texto mismo de la Convención de Montevideo de 1933. Más aun, la Corte determinó que aun cuando se aceptara la existencia de una norma jurídica de carácter consuetudinario, relativa a la concesión del asilo político y obligatoria para los diversos países de Latinoamérica, tal norma en ningún momento podía ser invocada en contra de Perú, quien de su actitud se desprendía que lejos de mostrar su aceptación a aquella norma, en todo momento se había opuesto a ratificar los textos de las Convenciones de 1933 y 1939, primeros en incluir la calificación de ofensas en materia de asilo político<sup>47</sup>.

Por otra parte, en el CASO DE LAS PESQUERÍAS ANGLO-NORUEGAS DE 1951, el Reino Unido cuestionó la legalidad del sistema noruego de líneas de base rectas para delimitar sus aguas territoriales. Respecto a ello, en una parte de su decisión, la Corte resolvió que si bien era cierto la norma que determinaba un límite de 10 millas para el establecimiento de las zonas pesqueras, invocada en este caso por el Reino Unido, había sido adoptada por algunos Estados tanto en su derecho interno, como en sus tratados internacionales y aplicada en algunas decisiones arbitrales, también lo era que otros Estados habían adoptado diferentes sistemas de delimitación y por lo tanto, en ninguno de los casos podía constituir una norma de derecho internacional general. De mayor relevancia sin duda, este tribunal equiparó la repetida oposición de Noruega a sujetarse a aquél sistema de delimitación a una objeción persistente, por lo que concluyó que aun cuando tal sistema hubiera sido considerado como una norma

<sup>45</sup> Tan sólo por citar un ejemplo, quien fuera Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Don Eduardo Jiménez de Aréchaga, precisó que la norma del ‘objetor persistente’ existe como tal. Sin embargo, en tratándose de normas esenciales de derecho internacional -determina el jurista- existe una tendencia a no permitir Estados disidentes “individuales”, sino tan sólo grupos de Estados que se opongan de manera conjunta al establecimiento de una nueva norma internacional consuetudinaria. *Cfr.* Intervención de Eduardo Jiménez de Aréchaga en CASSESE, Antonio & WEILER, H.H. (eds.). Change and Stability in International Law-Making. Series A. European University Institute. Walter de Gruyter, Berlin, 1988, pág. 27

<sup>46</sup> *Cfr.* CHARNEY, Jonathan. *Universal International Law... Op. Cit.* pág. 541.

<sup>47</sup> *Cfr.* *Colombian- Peruvian Asylum Case*, I.C.J. Reports, 1950. p. 266. págs. 278-279.

derecho internacional general, en ningún momento habría podido ser invocado en contra de Noruega<sup>48</sup>.

En este sentido, publicistas como el norteamericano **Jonathan Charney**, han determinado que la doctrina del objetor persistente tiene como principal función la de salvaguardar el papel del consentimiento en el derecho internacional<sup>49</sup>. Según precisamos al inicio de este capítulo, la teoría *iuspositivista* del derecho internacional ha encontrado su principal fundamento en el consentimiento y acuerdo de los diversos Estados soberanos. En consecuencia, sólo serán obligatorias para los Estados, las normas de derecho internacional que hubieren sido reconocidas y aceptadas por cada uno de ellos. Por lo tanto, el objetor persistente constituiría así, un componente necesario del sistema jurídico internacional.

Ya por último, es conveniente establecer que, pese a todo lo que se ha dicho con relación al objetor persistente, de nueva cuenta la Corte Internacional de Justicia advirtió en una parte de sentencia emitida para los Casos de Plataforma Continental de 1969, que en ningún momento resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general ya establecida. De esta manera concluyó que “... las obligaciones de derecho internacional ... no pueden ... estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio ...<sup>50</sup>”.

En este tenor, algunos doctrinarios reconocen que si bien es cierto y a pesar de los obstáculos que hubiere de presentar la regla del objetor persistente, el propósito fundamental de tal regla radica en preservar la importancia del consentimiento en la formación y obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales, también lo es que en tratándose de normas consuetudinarias con carácter de *ius cogens*, el objetor persistente resulta absolutamente inoperable<sup>51</sup>.

Aunque respecto de la aserción anterior, parece no existir gran evidencia en la práctica internacional, a modo de ejemplo hemos de referirnos al fondo del CASO DOMINGUES VS. ESTADOS UNIDOS, resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

<sup>48</sup> Cfr. *Fisheries Case* (United Kingdom v. Norway), Judgment. I.C.J. Reports, 1951. p. 116, pág. 131.

<sup>49</sup> Cfr. CHARNEY, Jonathan. *Universal International Law...* Op. Cit. pág. 541.

<sup>50</sup> Cfr. *North Continental Shelf...* Op. Cit. pág. 38, párrafo. 63 (Traducción propia)

<sup>51</sup> Cfr. HENKIN, Louis. *International Law: Politics and Values*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, 1995. pág. 39; HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law...* Op. Cit. pp. 240-241; CHARNEY, Jonathan. *Universal International Law...* Op. Cit. pág. 541; ROBERTS, Anthea A. *Traditional and modern approaches to customary international law: A reconciliation*. *The American Journal of International Law*. Vol. 95, No. 4, pp. 757-791, pág. 784; LAU, Holning. *Rethinking the Persistent Objector Theory in International Human Rights Law...* Op. Cit. pág. 498.

en 2002<sup>52</sup>. En tal caso, Estados Unidos recurrió al argumento del objetor persistente para alegar que la aplicación de la pena de muerte a menores de 16 años, en momento alguno violaba sus obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario, al respecto. Así, la Comisión admitió que si bien, la regla del objetor persistente resulta válida, incluso al tratarse de normas consuetudinarias en materia de derechos humanos, no así cuando tales normas han alcanzado ya el *status* de *ius cogens*, como en el caso que se discutía.

En este sentido, la Comisión Interamericana estableció que:

*“Pasando a las normas que rigen el establecimiento de normas de jus cogens, esta Comisión ha definido previamente el concepto de jus cogens en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de ‘un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir’ y como ‘normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas’”. “... Dado que el derecho internacional consuetudinario descansa en el consentimiento de las naciones, el Estado que persistentemente objeta una norma del derecho internacional consuetudinario no está obligado por la misma. Las normas de jus cogens, por su parte, derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, en la medida en que la violación de esas normas prioritarias se considera conmueve la conciencia de la humanidad y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>53</sup>.*

#### 3.4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DE *IUS COGENS*

Según advertimos al iniciar este capítulo, el artículo 38(1c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé dentro de las denominadas ‘fuentes del derecho internacional’ a los ‘principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’. La cuestión ahora será intentar determinar su significado y discernir acerca de si aquellos pueden fungir o no, como fuentes creadoras de *ius cogens*.

<sup>52</sup> Michael Domingues vs. Estados Unidos (fondo). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 62/02. 22 de octubre de 2002 [ <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.12285.htm> ] con acceso el 14 de junio de 2007.

<sup>53</sup> Cfr. *Ibidem*, párrafo 49.

Ahora bien, desde su inclusión en el texto del artículo 38 (3) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la expresión ‘Principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas’, ha sido objeto de múltiples interpretaciones entre los doctrinarios del derecho internacional. Pese a lo anterior, a lo largo de la historia de este tribunal y desde luego, de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, parece no existir evidencia de que en alguno de sus fallos hubieren recurrido a la aplicación de dicho concepto con base precisamente, en el texto del mismo Estatuto<sup>54</sup>.

Empero, a fin de lograr un análisis un tanto más profundo de la expresión, hemos de seguir lo establecido por el profesor **Oscar Schachter**, quien al respecto ha determinado que dentro de la teoría del derecho internacional pueden distinguirse cinco categorías de principios generales de derecho que han sido utilizados tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, a saber: (a) los principios de derecho interno, ‘reconocidos por las naciones civilizadas’; (b) principios generales de derecho ‘derivados de la naturaleza específica de la comunidad internacional’; (c) principios ‘intrínsecos a la idea de derecho y básicos a todos los sistemas jurídicos’; (d) principios ‘válidos en todo tipos de sociedades en relaciones de jerarquía y coordinación’; (e) principios de justicia fundados en ‘la mera naturaleza del hombre como ser racional y social’<sup>55</sup>.

Sin duda, la primera de las anteriores categorías ha generado una gran cantidad de literatura y desde luego, controversia doctrinal al respecto<sup>56</sup>. Aunque bien es cierto, que el artículo 38 (1c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en ningún momento refiere de manera expresa a ‘principios de derecho interno’ y en consecuencia, tan sólo a principios generales ‘reconocidos por las naciones civilizadas’<sup>57</sup>, de los trabajos preparatorios de dicho texto podemos dilucidar que mientras algunos especialistas, miembros del Comité de redacción, refirieron a la equidad y a los principios reconocidos por la ‘conciencia jurídica de las naciones

<sup>54</sup> Cfr. HENKIN, Louis *et al.* International Law Cases and Materials... *Op. Cit.* pág. 105; HARRIS, David J. Cases and Materials on International Law. Fifth Edition. Sweet & Maxwell. United Kingdom, 1998. pp. 47-48.

<sup>55</sup> Cfr. SCHACHTER, Oscar. International Law in Theory and Practice (1991) en HENKIN, Louis *et al.* International Law Cases and Materials... *Op. Cit.* pág. 104. Al respecto, el mismo Oscar Schachter refiere que las categorías anteriores nos se autoexcluyen entre sí y por lo tanto, algunos principios pueden clasificarse de una categoría o varias de ellas.

<sup>56</sup> Véanse por ejemplo en BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law... *Op. Cit.* pp. 18-19. *Oppenheim's International Law...* *Op. Cit.* pp. 36-41; SEARA VAZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 69; TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States without or against their Will... *Op. Cit.* pp. 311-321.

<sup>57</sup> En lo único que parece existir consenso es en el rechazo a la utilización de la expresión eurocéntrica ‘naciones civilizadas’, en referencia principalmente, a las grandes potencias coloniales existentes hasta antes del tercer cuarto del siglo pasado. Tal expresión es considerada hoy en día como ofensiva y doctrinalmente reemplazada por aquél de “*common to the major legal systems of the world*”.

civilizadas', otros más coincidieron que la expresión debía aludir a principios jurídicos, pertenecientes a los sistemas internos de cada uno de los Estados<sup>58</sup>.

Es decir, en virtud de dicho artículo, elementos esenciales, propios de los sistemas jurídicos nacionales emergerían en el derecho internacional de modo automático, como una fuente totalmente independiente a los tratados y la costumbre internacional<sup>59</sup>. Ante esto, la doctrina *iuspositivista* sostiene que aun cual tales principios se encontrasen en la mayoría de los sistemas jurídicos, en ninguno de los casos podrían formar *ipso facto* parte del derecho internacional, sin el consentimiento de los Estados a través del derecho convencional o consuetudinario<sup>60</sup>.

Una postura similar a la anterior fue aquella sostenida por la URSS durante la Guerra Fría. Uno de los argumentos utilizados por la doctrina soviética fue aquél de que en tanto el derecho de los Estados reflejara 'la naturaleza de clase' de cada una de aquellas sociedades, era imposible entonces, la existencia de principios jurídicos, comunes a los sistemas socialistas y capitalistas<sup>61</sup>. Así, según advierte Louis Henkin, los autores soviéticos temieron que al recurrir a principios de derecho interno, sin admitir expresamente su paso al derecho internacional, a través de tratados o costumbre, el consentimiento estatal fuera amenazado y los principios jurídicos occidentales, impuestos sobre todos los Estados<sup>62</sup>. Sin embargo, acorde con el mismo autor, el reconocimiento de tales principios como fuente independiente del derecho internacional en ningún momento transgrede al principio del consentimiento estatal y tan sólo existen para llenar aquellos vacíos que requiriera el derecho internacional, pero que en un momento dado no pudiera hacerlo a través de una norma convencional o consuetudinaria<sup>63</sup>.

Dentro de esta tesitura, podemos advertir que otro de los obstáculos que enfrenta esta primera categoría, lo es la necesidad de que tales principios de derecho interno puedan ser aplicados a las relaciones jurídicas internacionales. Así por ejemplo, en el CASO RELATIVO AL DERECHO DE PASO SOBRE TERRITORIO HINDÚ de 1960, la Corte Internacional de Justicia determinó que el derecho de servidumbre, aunque existente en la mayor parte de los sistemas jurídicos, resultaba inapropiado para determinar los derechos de tránsito sobre el territorio de un Estado. De modo parecido, el mismo tribunal en su OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL *STATUS* INTERNACIONAL DE ÁFRICA

<sup>58</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will...* Op. Cit. pág. 312.

<sup>59</sup> Cfr. SCHACHTER, Oscar. *International Law in Theory and Practice...* Op. Cit. pág. 105.

<sup>60</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>61</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>62</sup> Cfr. HENKIN, Louis. *International Law: Politics and Values...* Op. Cit. pág. 40

<sup>63</sup> Cfr. *Idem*.

SUDOCCIDENTAL de 1950, rechazó que la Sociedad de Naciones fuera, como argumentaba el gobierno de Sudáfrica, un 'mandante' en el sentido en que este término era utilizado por los derechos nacionales de algunos Estados<sup>64</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la segunda categoría, es decir, aquellos principios generales de derecho 'derivados de la naturaleza específica de la comunidad internacional', hemos de apuntar que a tales principios se han referido principalmente la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, como 'derechos y deberes fundamentales de los Estados', o 'principios generales de derecho internacional', o 'principios jurídicos de aplicación universal' o finalmente, 'principios fundamentales de derecho internacional'<sup>65</sup>.

En este tenor, es oportuno advertir que la existencia de tales principios se encuentra también plasmada en dos documentos de suma importancia para el desarrollo del derecho internacional, a saber, la Carta de la Organización de Naciones Unidas, específicamente, en su preámbulo y en sus artículos 1 y 2, y la famosa resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, misma que contiene la 'DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS, DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS', a la que ya en párrafos anteriores hemos apuntado.

Aunque algunos autores se oponen a la inclusión de dichos principios, dentro de la interpretación del mismo artículo 38(1c), lo cierto es que dentro de la doctrina del derecho internacional se dispone que dichos principios resultan invariablemente obligatorios para todos los Estados, miembros de la comunidad internacional y demás sujetos de derecho internacional.

Respecto de lo anterior, coincidimos totalmente en la existencia de tales principios como fundamento mismo de una comunidad jurídica internacional en un momento histórico determinado y en consecuencia, afirmamos su estrecha relación con las normas *iuri cogentis*, en tanto expresen los intereses y valores fundamentales de aquella comunidad internacional. Empero, desde una visión meramente *iuspositivista*, tales principios cobran fuerza obligatoria como normas jurídicas positivas, en tanto únicamente forman parte del derecho consuetudinario o bien, del derecho

---

<sup>64</sup> Cfr. *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*. Judgment, I.C.J. Reports, 1960. p. 6; *International Status of South West Africa*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1950, p. 15, pág. 132.

<sup>65</sup> Cfr. DEGAN, V.D. *Sources of International Law*. Martinuff Nijhoff Publishers. The Hague, 1997. pág. 83.

convencional, como es el caso de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas.

La tercera categoría, según Schachter, refiere a los principios “intrínsecos a la idea de derecho y básicos a todos los sistemas jurídicos”. Tal expresión contiene por un lado, un elemento empírico, es decir, el hecho de que aquellos principios se hallen precisamente, en todos los sistemas jurídicos y por otra parte, un elemento de naturaleza conceptual, esto es, que todos ellos sean intrínsecos a la idea misma de derecho<sup>66</sup>.

Los principios conocidos como *pacta sunt servanda* – los pactos deben ser cumplidos- y *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet* –nadie transfiere mas derechos que los que les pertenecen- son claros ejemplos de esta categoría. De igual modo, aparecen una gran cantidad de máximas, generalmente expresadas a través de aforismos latinos, todas ellas consideradas como postulados jurídicos, comunes a todos los sistemas legales y consecuentemente, inherentes a la misma lógica jurídica<sup>67</sup>.

Algunos principios relativos a la interpretación jurídica forman también parte de esta categoría, por ejemplo, el concepto de *lex specialis* y la máxima que expresa que *lex posterior derogat priori* –la ley posterior deroga a la anterior-. Por último, hemos de precisar que algunos principios relativos al proceso judicial, son contemplados dentro de esta clasificación, como lo son la noción de *res iudicata* –cosa juzgada- y *audiatur et altera pars* -la igualdad de las partes durante el proceso-, entre otros.

Finalmente, notemos que aunque sin referencia expresa al artículo 38 de su Estatuto, primordialmente la Corte Permanente de Justicia Internacional recurriría a la aplicación de algunos de estos principios a lo largo de su historia judicial<sup>68</sup>.

Ahora bien, un tanto apartados de la doctrina que defiende al voluntarismo estricto en la teoría del derecho internacional, apuntamos ahora hacia las dos últimas clasificaciones. En primer término, aquellos principios que por naturaleza propia, son

<sup>66</sup> Cfr. SCHACHTER, Oscar. *International Law in Theory and Practice...* Op. Cit. pág. 107

<sup>67</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>68</sup> Tan sólo por citar algunos ejemplos, nos encontramos ante la sentencia de fondo del Caso Fábrica de Chorzów de 1929, en el que dicho tribunal precisó que “Es un principio de derecho internacional, incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional trae consigo el deber de reparar de una manera adecuada”. Por otra parte, aun cuando dicho tribunal decidió no entrar a su estudio, lo cierto es que el principio de litispendencia ‘*litispendance*’ fue reconocido en el Caso relativo a Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polonesa de 1926. Finalmente, un tercer ejemplo nos lo ofrece la Opinión Consultiva relativa a la Interpretación del Artículo, párrafo 2 del Tratado de Lausanne de 1925, en la que atinadamente dicho tribunal refirió al principio conocido en latín como *nemo iudex in sua causa*, es decir, nadie puede ser juez en su propia causa.

válidos en todos los tipos de sociedades humanas y en segundo lugar, aquellos principios de justicia, cuyo fundamento lo constituye precisamente, el hombre, en tanto ser racional y social.

Así, el Juez Kotaro Tanaka, a través de su opinión disidente para los casos de África occidental, reconoció la innegable existencia de ciertos elementos *iusnaturalistas* en el texto del artículo 38 (1c)<sup>69</sup>. **Hersch Lauterpacht**, estudioso también del derecho internacional, se adhirió a esta posición y advirtió que la parte del derecho natural a lo largo de la historia jurídica y en este caso, a lo largo de la historia del derecho internacional, ha resultado mucho más duradera y benevolente que el mismo derecho positivo, que identifica al derecho internacional con, o al menos lo considera como resultado de la mera expresión de la voluntad de los Estados, a través de sus representantes<sup>70</sup>.

Dado que la razón de existencia de tales principios descansa esencialmente en la idea de la unidad de la especie humana, ambas han cobrado una especial importancia a lo largo de los últimos tiempos del derecho internacional. Al menos tres situaciones de carácter jurídico y político hacen evidencia de esta afirmación. En primer término, los movimientos globales en contra de la discriminación racial. En segundo lugar, los grandes movimientos a favor de la protección de los derechos humanos y finalmente, los grandes movimientos en oposición al armamento nuclear. De este modo, según apunta Schachter, tales situaciones tan sólo refuerzan la existencia de valores universales, inherentes a la teoría del derecho natural<sup>71</sup>.

Dentro de la última categoría hallamos pues, aquellos principios relativos a la 'justicia natural', concepto conocido en los diversos sistemas jurídicos, aunque referido de distintas maneras. Así, tenemos que dentro de la estructura del derecho internacional, dicho concepto muestra dos aspectos. En primer lugar, alude a los estándares o parámetros mínimos de decencia y respeto hacia el ser humano. En este sentido, establece Schachter, tal concepción ha sido claramente asumida a través de la adopción de los múltiples instrumentos internacionales en materia de derechos humanos<sup>72</sup>.

A este respecto, vale la pena aludir en primer término a la denominada Cláusula Martens, considerada como parte del derecho de los conflictos armados desde su

<sup>69</sup> Cfr. *South West Africa*, Second Phase, **Dissenting Opinion of Kotaro Tanaka**, IC.J. Reports, 1966. pp. 298-299.

<sup>70</sup> Cfr. LAUTERPACHT, Elihu (ed). International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht. Vol. I. Cambridge University Press, United Kingdom, 1970. pág. 76.

<sup>71</sup> Cfr. SCHACHTER, Oscar. International Law in Theory and Practice... *Op. Cit.* pág. 107.

<sup>72</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 109

inclusión en el preámbulo del II CONVENIO DE LA HAYA, RELATIVO A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE, acorde con la cual:

*“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”<sup>73</sup>.*

Por su parte, en el CASO DEL CANAL DE CORFÚ de 1949, la Corte Internacional de Justicia concluyó que las obligaciones de Albania, de notificar, en beneficio de la navegación en general, acerca de la colocación de minas sobre aguas territoriales albanas, y advertir a las embarcaciones británicas que por ahí navegaban, del peligro inminente ante el cual se hallaban basadas en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, *“condiciones elementales de humanidad mayormente aplicables en tiempos de paz que durante la guerra”<sup>74</sup>.*

El segundo aspecto a que se refiere el principio de ‘justicia natural’ es aquél inmerso en la noción misma de equidad que incluye en sí, elementos de ‘justicia natural’, tales como la reciprocidad y consideración especial de ciertas circunstancias, según el caso de que se trate<sup>75</sup>.

En este tenor, nos atrevemos a diferir de la interpretación del profesor Oscar Schachter. Si bien cierto, son múltiples las concepciones que pueden derivarse de la idea misma de ‘principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas’, también lo es que en tales principios deberá siempre descansar su carácter estrictamente jurídico y no únicamente versar sobre cuestiones como justicia, equidad y reciprocidad. Esto mismo parece haber sido contemplado de nuevo por la Corte Internacional de Justicia, al prever en el párrafo 2 del artículo 38 de su Estatuto, la facultad de dicho tribunal para resolver los litigios, *ex aequo et bono* –según lo bueno y equitativo-, siempre que así lo acordaren las partes.

<sup>73</sup> TICEHURST, Rupert. *La cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados*. Revista Internacional de la Cruz Roja (1997) No. 140, pp. 131-141, pág. 131.

<sup>74</sup> *Cfr. Corfu Channel Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, I.C.J. Reports, 1949. p. 4, pág. 22. (Traducción propia)

<sup>75</sup> *Cfr. SCHACHTER, Oscar. International Law in Theory and Practice... Op. Cit.* pág. 109.

Es turno ahora de definir si a partir de cada una de las anteriores concepciones, los principios generales de derecho, en tanto considerados como fuente formal del derecho internacional, pueden dar o no, origen a las normas de *ius cogens*.

En primer término, es conveniente apuntar que durante la Conferencia de Viena de 1969, la idea de que las normas de *ius cogens* pudieran derivar de los 'principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas' gozó de muy poco apoyo entre los representantes de los diversos Estados. De hecho, sólo la República Federal Alemana, expresamente refirió a los 'principios generales' como posible fuente generadora de *ius cogens*<sup>76</sup>.

De este modo, durante la primera sesión de aquella Conferencia, Estados Unidos sometió una enmienda, acorde con la cual una norma imperativa de derecho internacional general debía ser 'reconocida en común por los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo'. Los Estados que apoyaron dicha enmienda aludieron a 'principios fundamentales de derecho, reconocidos por los principales sistemas políticos, económicos y sociales', a principios reconocidos por 'todos los principales sistemas jurídicos' o por 'los diversos sistemas jurídicos del mundo', como posibles normas de *ius cogens*<sup>77</sup>.

Sin embargo, dicha enmienda fue rechazada durante la Conferencia, bajo el argumento presentado por una gran parte de los Estados, acorde con el cual las normas imperativas internacionales no podían encontrar su fundamento en la concurrencia con los derechos internos de los Estados, pues ésta en ningún momento, tendía a proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional<sup>78</sup>.

A partir de lo anterior, hemos de concluir que determinar si los 'principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas', pueden dar origen directo a normas imperativas de derecho internacional, dependerá en todo caso del particular significado que cada cual dé a lo establecido por el artículo 38(1c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y por supuesto, a la corriente puramente *iuspositivista* o bien, un tanto *iusnaturalista*, acorde con la cual tienda a interpretarse el concepto mismo de *ius cogens*.

---

<sup>76</sup> Cfr. DANILENKO, G. M. Law-Making in the International Community. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, 1993. pág. 226.

<sup>77</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>78</sup> Cfr. HANNIKAINEN, Lauri. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law... *Op. Cit.* pág. 246.

Por lo pronto, nos atrevemos a determinar que desde una postura enteramente *iuspositivista*, es decir, únicamente en consideración de la base consensual del derecho internacional, los 'principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas' difícilmente podrán *per se*, dar lugar a una norma *iuri cogentis*, sin que tal principio se hubiere convertido anteriormente en una norma de derecho internacional general, a través de la celebración de tratados o la formación de una costumbre internacional.

### 3.5. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL CON STATUS DE *IUS COGENS*

#### 3.5.1. PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA. EL CRIMEN DE AGRESIÓN

Principalmente, desde principios del siglo XX y hasta nuestros días, el tema del uso de la fuerza ha sido sin duda, uno de los más recurridos no sólo entre los doctrinarios del derecho y las relaciones internacionales, sino también entre los más grandes líderes políticos de todo el mundo. De este modo, podemos advertir que ante el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, la norma que prohíbe la utilización de la fuerza en las relaciones interestatales aparece necesariamente como corolario del principio que prevé la sana coexistencia de los Estados miembros y por ende, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Así, la prohibición del uso de la fuerza encuentra su principal regulación en el texto de la Carta de las Naciones Unidas, donde el párrafo 4 del artículo 2 se dispone que:

*“Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización [de las Naciones Unidas] 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”.*

La Carta también prevé no obstante, los dos únicos casos en que la misma Organización, permite a los Estados el que puedan acudir a la utilización de la fuerza – armada-, a saber: (a) el derecho a la legítima defensa, sea ésta individual o colectiva, del modo en que lo dispone su artículo 51 y sujeta siempre a los requisitos de necesidad y proporcionalidad, reconocidos por la misma Corte Internacional de

Justicia con carácter consuetudinario<sup>79</sup> y (b) la autorización del uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad en los casos de amenazas o quebrantamientos a la paz o actos de agresión<sup>80</sup>.

En este sentido, hacia 1974, la Asamblea General en su famosa resolución (XXIX), adoptada de manera unánime, aprobó por primera vez la definición de agresión. De este modo, el artículo 1 de dicha resolución determinó que por agresión debía entenderse *“La utilización de la fuerza armada en contra de la soberanía, la integridad territorial, o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”*.

Por su parte, su artículo 3 va un poco más lejos, al especificar los actos que constituyen *per se*, un acto de agresión. De este modo, de acuerdo con este documento y sin consideración a la declaración de guerra, son actos de agresión: (a) la invasión o ataque por las fuerzas armadas de un Estado o cualquier ocupación militar, de la que pudiera derivar una anexión del territorio de otro Estado a través del uso de la fuerza; (b) el bombardeo o la utilización de armamento por las fuerzas armadas de un Estado en contra del territorio de otro; (c) el bloqueo de puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro; (d) un ataque por las fuerza armadas en contra del territorio de otro Estado o contra sus flotas marinas o aéreas; (e) la utilización de las fuerzas armadas de un Estado, presentes dentro del territorio de otro Estado con consentimiento de éste, en contravención de las condiciones dispuestas para ello en el acuerdo o bien, la presencia extemporánea de aquellas dentro del territorio de aquel Estado; (f) la autorización de un Estado para que otro pueda utilizar su territorio, a fin de perpetrar cualquier acto de agresión en contra de un tercer Estado y por último, (g) el envío por o a favor de un Estado, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios, con la finalidad de emprender actos armados en contra de otro Estado, de tal gravedad que pudieran equipararse a cualquiera de los actos anteriores o su sustancial participación en ellos<sup>81</sup>.

Apuntado lo anterior, es preciso atender a la importancia de esta norma como uno de los principios fundamentales del orden internacional. Es así que en primer término, de nueva cuenta la Asamblea General de las Naciones Unidas refirió en 1970,

<sup>79</sup> Cfr. *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports, 2003. p. 161. párrafo 76.

<sup>80</sup> Cfr. El artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 [que no impliquen el uso de la fuerza armada] pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

<sup>81</sup> Cfr. Naciones Unidas, AG/RES 3314 (XXIX). *Definition of Agresión*. 14 de diciembre de 1974, Artículo 3.

precisamente a la prohibición del uso de la fuerza, como uno de los siete principios cardinales que habrían de regir las relaciones interestatales, a través de la célebre “DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS, DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS”.

En aquella declaración, dicho órgano estableció el deber de todo Estado de “... *abstenerse en sus relaciones internacionales 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 ...*”. Determinó también que una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz y por ende, es obligación de cada uno de los Estados el “... *abstenerse de hacer propaganda a favor de las guerras de agresión ...*”. Más aun, estableció la prohibición a los Estados para recurrir a:

*“... actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza. ... Cualquier medida de fuerza que prive [a los pueblos] de su derecho a la libre autodeterminación, a la libertad y a la independencia. ... La organización, instigación, ayuda o participación en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o el consentimiento de actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos...”<sup>82</sup>.*

Resulta pertinente mencionar que aunque en un ámbito un tanto más regional, pero en razón de las circunstancias, no con menor importancia, durante 1975, como resultado de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa, los 35 Estados participantes dieron lugar al documento conocido como Acta Final de Helsinki, en el cual dispusieron de un canal de comunicación permanente y un programa de cooperación a largo plazo, aunque hasta antes del surgimiento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa en 1995, sin ninguna estructura institucional. Asimismo, en aquel documento que se mostró como un primer intento para dar fin a la Guerra Fría, quedó plasmada una serie de principios tendientes a regir las relaciones entre los Estados que ahí participaron, entre los cuales, desde luego se reafirmó la obligación de aquellos Estados de abstenerse de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza en sus relaciones mutuas.

Mediante aquel documento, los Estados que en él tomaron parte, determinaron también la obligación de cada Estado de abstenerse de

---

<sup>82</sup> Naciones Unidas, AG/RES 2625 (XXV)... *Op. Cit.* Artículo 1.

*“... una amenaza de fuerza o un uso directo o indirecto de la fuerza contra otro Estado participante. Igualmente ... de cualquier manifestación de fuerza con el propósito de inducir a otro Estado participante a renunciar al pleno ejercicio de sus derechos soberanos y finalmente, en sus relaciones mutuas de cualquier acto de represalia por la fuerza”*<sup>83</sup>.

Acerca de la importancia de esta norma jurídica fundamental, podemos establecer que se dilucida también, a partir de los escritos realizados por grandes publicistas de todo el mundo quienes no sólo, han clasificado a la prohibición del empleo de la fuerza como una norma perteneciente al *corpus* del derecho consuetudinario, sino aun más, han también reconocido en aquella el carácter y fuerza de *ius cogens*. Así por ejemplo, con relación al denominado Proyecto Waldock, sobre el derecho de los Tratados, cuyo artículo 13 estableció lo siguiente: “... 2. *En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña: a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas* ...”<sup>84</sup>.

Por último, es preciso hacer referencia a lo dicho a este respecto, por la Corte Internacional de Justicia en el CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA, en 1986. A lo largo de la sentencia que decidió el fondo de aquel asunto, este tribunal mostró una especial atención hacia la naturaleza de la norma contenida en el artículo 2(4) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y parte del derecho consuetudinario, y consecuentemente, a su fuerza obligatoria. De esta forma, estableció lo siguiente:

*“... La Comisión de Derecho Internacional, en el curso de sus trabajos sobre la codificación del derecho de los tratados, expresó la opinión de que ‘el derecho de a Carta relativo a la prohibición del uso de la fuerza constituye en sí mismo, un ejemplo evidente de una norma internacional con carácter de ius cogens’. ... Nicaragua, en su demanda sometida en el presente caso, establece que el principio de prohibición del uso de la fuerza, establecido en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, “ha venido a ser reconocido como ius cogens”. ... Estados Unidos, en su contramemoria sobre las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, consideró sustancial citarlas opiniones de algunos académicos, en las que refieren a este principio como una ‘norma universal’, una ‘norma*

<sup>83</sup> Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Acta Final. Helsinki, 1975. [[www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044\\_es.pdf](http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_es.pdf)] con acceso el 16 de junio de 2007.

<sup>84</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio. *El ius cogens internacional...* Op. Cit. pág. 27

*universal de derecho internacional*’, un ‘*principio de derecho internacional universalmente reconocido*’, y un ‘*principio de ius cogens*’<sup>85</sup>.

### 3.5.2. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Sin lugar a dudas, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, cuyo primer origen podemos identificarlo hacia el periodo de la ilustración francesa, ha sido considerado como uno de los principios fundamentales del orden internacional y por muchos autores, como norma de *ius cogens*, desde su incorporación en la Carta de las Naciones Unidas.

Pese a lo anterior y aunque mucho ha sido lo escrito al respecto, hasta hoy en día, no existe una definición universalmente consensuada de aquél término que parece sufrir de múltiples interpretaciones en la medida en que evoluciona el derecho y la composición misma de la comunidad internacional. En esta tesitura, **Benedict Kingsbury** considera que el derecho a la autodeterminación constituye uno de los conceptos más pantanosos del derecho internacional, en parte porque su aplicación y significado no han sido formulados completamente en los documentos pactados; en parte también, porque refuerza y colisiona con otros principios fundamentales y reglas específicas y por último, porque la verdadera práctica internacional del derecho a la autodeterminación no responde completamente a lo establecido para ello en los diversos textos internacionales<sup>86</sup>.

Así, considerado el derecho a la autodeterminación de los pueblos desde una posición meramente clásica<sup>87</sup>, hemos de atender en primer término a lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 2 (2) dispone como propósito de dicha Organización el “*Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre autodeterminación de los pueblos ...*”.

Con relación a esto, parece prudente precisar que la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación de los pueblos en un principio respondió a aquél deseo de los ‘pueblos’ de liberarse del yugo colonial al cual se hallaban sometidos. De

---

<sup>85</sup> Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 14, pág. 100, párrafo 190. (Traducción propia)

<sup>86</sup> Cfr. KINGSBURY, Benedict. *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Claims in International and Comparative Law*. *New York Journal of International Law* (2001), volume 34. pág. 189.

<sup>87</sup> El iusinternacionalista y miembro de la Comisión de Derecho Internacional identifica la existencia de dos modelos de autodeterminación, a saber, el clásico y el secesionista KOSKENNIEMI, Marti. *National Self-Determination Today; Problems of Legal Theory and Practice*. *International and Comparative Law Quarterly* (2001), vol. 43, pp. 241-269. En este apartado referiremos específicamente al modelo denominado como clásico.

este modo, en 1960, la Asamblea General aprobó la ‘DECLARACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN DE LA INDEPENDENCIA A LOS PAÍSES Y PUEBLOS COLONIALES’. De su lectura podemos fácilmente dilucidar que aquél documento fue estructurado dentro del marco estricto del colonialismo y tomó como fundamento el ‘*deseo apasionado de libertad*’ de todos los pueblos entonces dependientes y el ‘*papel decisivo de dichos pueblos en el logro de su independencia*’<sup>88</sup>.

En este mismo sentido, destacamos la resolución 53/68, emitida por el mismo órgano en 1999, donde hizo referencia expresa a su resolución 1514 (XV) y en uno de sus párrafos determinó exhortar a las potencias administradoras a tomar “... *todas las medidas necesarias para que los pueblos de los territorios de que se trata puedan ejercer plenamente y sin más demora su derecho a la libre determinación, incluida la independencia ...*”.

En términos generales, podemos resumir el contenido de la Declaración de 1960 del modo en que sigue: la subyugación, dominación y explotación constituye una negación de los derechos humanos fundamentales y es contraria a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; todos los pueblos tienen derecho a la libre autodeterminación; la falta de desarrollo en las instituciones democráticas jamás habrá de servir de pretexto para retrasar la independencia; el respeto a la integridad territorial y el cese de cualquier acto armado en contra de aquellos pueblos; la toma de medidas inmediatas a fin de lograr la independencia de los territorios en fideicomiso y no autónomos; la plena observancia la Carta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el principio de no intervención.

Por otra parte, el derecho a la autodeterminación de los pueblos fue también contemplado en los textos del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS y en el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ambos suscritos en 1966. De este modo, el artículo 1 común establece lo siguiente:

*“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica*

---

<sup>88</sup> Naciones Unidas, AG/RES 1514 (XV) “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales”, 14 de diciembre de 1960.

*internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.*

En este tenor, hemos de precisar que a decir de **Joshua Castellino** y **Jérémie Gilbert**, la inclusión del derecho a la autodeterminación en tales pactos se debió principalmente a que durante los trabajos preparatorios, quienes se encargaron de su redacción concluyeron en que era vital para los ‘pueblos’ el ser capaces de controlar sus propios destinos antes de adoptar un sistema de derechos tendiente a proteger y promover el respeto de los demás derechos cristalizados en dichos documentos<sup>89</sup>.

Un último documento a este respecto, lo constituye nuevamente la ‘DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS, DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS’. A través de dicha declaración, la Asamblea General consideró que el principio de ‘la igualdad de derechos y la libre autodeterminación de los pueblos’ constituiría otro de los siete principios fundamentales de derecho internacional.

De este modo, *“En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar esta derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.*

Al igual que en los textos anteriores, en la Declaración de 1970, podemos observar un especial énfasis sobre la idea de *“poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate”.* A partir de lo anterior, tan sólo apuntaremos que el carácter tan esencial con el que es abordado el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos en este y los demás documentos citados en párrafos anteriores, se debe precisamente a aquél

---

<sup>89</sup> Cfr. CASTELLINO, Joshua & GILBERT, Jérémie. *Self- Determination, Indigenous People and Minorities*. Macquarie Law Journal. Vol. 3, 2003, pp. 155-178, pág. 161.

deseo que descansaba en la comunidad internacional para dar por terminado aquél régimen colonial que afectaba principalmente a territorios no europeos y a otros territorios no autónomos, a fin de que todos ellos lograsen su independencia y pleno desarrollo en un marco de respeto y protección total a los derechos humanos.

Ahora bien, en cuanto las decisiones emitidas por la Corte Internacional de Justicia, hemos de destacar en primer término, la OPINIÓN CONSULTIVA RELATIVA AL *STATUS* INTERNACIONAL DE ÁFRICA SUDOCCIDENTAL de 1950, donde este tribunal determinó que dentro del sistema de mandatos establecido por la Sociedad de Naciones quedaban contemplados dos principios: la no anexión de territorios y el bienestar y desarrollo de los pueblos en territorios bajo mandato como un *‘encargo sagrado de la civilización’*. Lo anterior, en razón de que tal sistema había sido precisamente creado en interés de los habitantes de aquellos pueblos y de la humanidad en general<sup>90</sup>.

En este mismo sentido, en la opinión consultiva sobre Namibia en 1971, la misma Corte observó que los grandes acontecimientos originados durante los cincuenta años anteriores dejaban muy poca duda de que el principal objetivo del sistema de mandatos era precisamente, el lograr la autodeterminación e independencia de los pueblos involucrados<sup>91</sup>. Más aun, determinó que conforme al desarrollo del derecho internacional con relación a los territorios no autónomos y según la Carta de las Naciones Unidas, el principio de autodeterminación resultaba también aplicable a ellos<sup>92</sup>.

En la OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL SAHARA OCCIDENTAL de 1975, refirió a la Declaración sobre Descolonización de 1960 y determinó que aquél documento proveía las bases para el proceso de descolonización desde aquél año. En este sentido, este tribunal hizo mención especial de las resoluciones 2625 (XXV) y 1541 (XV), al tiempo en que determinó que la validez del principio de autodeterminación, definido como la necesidad de tomar debida consideración a la libre voluntad expresada por los pueblos, no se hallaba afectado por el hecho de que en ciertos casos, la Asamblea General hubiere prescindido del requisito de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Aquellos casos –según la Corte Internacional de Justicia- se debieron a que tales poblaciones no eran consideradas como ‘pueblos’ o bien, que tal consulta

---

<sup>90</sup> Cfr. *International Status of South West Africa...* Op. Cit. pág. 131. (Traducción propia)

<sup>91</sup> Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia...* Op. Cit. párrafo. 53

<sup>92</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 52

hubiera sido considerada como totalmente innecesaria, en virtud de circunstancias especiales<sup>93</sup>.

Por su parte, hacia 1995 en la decisión emitida para el CASO DEL TIMOR ORIENTAL, la Corte Internacional de Justicia se pronunció por primera vez acerca del *status erga omnes* del derecho a la autodeterminación de los pueblos como norma, considerado éste como uno de los principios fundamentales del derecho internacional<sup>94</sup>.

Por último, hemos de considerar también la reciente OPINIÓN CONSULTIVA RELATIVA A LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO EN LOS TERRITORIOS PALESTINOS OCUPADOS de 2004, en donde con referencia a todas las anteriores decisiones, este tribunal concluyó que la construcción de aquél muro, junto con las otras medidas tomadas previamente por el gobierno israelí, impedía severamente el ejercicio del pueblo palestino de su derecho a la autodeterminación y por lo tanto, constituía una violación a las normas de derecho internacional por parte de Israel<sup>95</sup>.

Ahora entonces, si bien establece Hannikainen que la naturaleza del derecho a la autodeterminación como *ius cogens* es una de las menos controvertidas entre los doctrinarios del derecho internacional, lo cierto es que hoy en día la existencia y aplicación de este principio como norma de *ius cogens*, 'abre la puerta' a algunos cuestionamientos, entre ellos: (a) La validez de este principio en una época de descolonización, entendido el concepto 'colonización', como la dominación de las potencias europeas sobre los pueblos no europeos; (b) en nuestros días, ¿quiénes podrían ser considerados 'pueblos' con derecho a la autodeterminación, en razón de la evolución misma del derecho y la comunidad internacional?; (c) acorde con una interpretación actual, ¿el respeto absoluto al derecho a la autodeterminación puede seguir siendo considerado como norma de *ius cogens*?

### 3.5.3. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

En su comentario al texto que después se convertiría en el artículo 53 de la Convención de Viena, la Comisión de Derecho Internacional incluiría una serie de tratados que en su consideración, serían nulos por entrar en conflicto con normas imperativas de derecho internacional general.

De este modo, la Sexta comisión determinó lo siguiente:

<sup>93</sup> Cfr. *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975. p. 12, pág. 22. párrafo 25

<sup>94</sup> Cfr. *East Timor ... Op. Cit.* pág. 102, párrafo 29

<sup>95</sup> Cfr. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, p.136, pág. 184, párrafo 122.

“... algunos miembros de la Comisión consideraron que quizá sería ventajoso el especificar [en el artículo], por medio de la ejemplificación, algunas de las normas de *jus cogens* más obvias y mejor establecidas, con la finalidad de indicar a través de estos ejemplos, la naturaleza general y el ámbito de la norma contenida en dicho artículo. Algunos de ejemplos sugeridos incluyeron a (a) un tratado que contemplara el uso ilegal de la fuerza en contravención a los principios de la Carta, (b) un tratado que previera la realización de cualquier acto criminal bajo el derecho internacional y (c) un tratado que contemplara o conspirara en la realización de actos, tales como el comercio de esclavos, la piratería o el genocidio, en la supresión de los cuales es el deber de todo Estado cooperar. Otros miembros expresaron la opinión de que si los ejemplos eran especificados, se correría el riesgo de limitar el alcance del artículo a casos relativos a actos que constituyeran crímenes bajo el derecho internacional; tratados violatorios de derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de autodeterminación fueron mencionados como otros posibles ejemplos<sup>96</sup>.”

A este respecto, cabe precisar que la Comisión de Derecho Internacional decidió no incluir ejemplo alguno en el texto final del artículo 53 de la Convención de Viena y por lo tanto, aunque este mismo órgano advirtió al menos durante los trabajos preparatorios, que algunos derechos humanos podrían gozar del *status* de norma imperativa de derecho internacional general, lo cierto es que hasta hoy en día, no podemos establecer a ciencia cierta, cuales son las obligaciones consuetudinarias de naturaleza imperativa, en materia de derechos humanos.

Con fundamento en la teoría del ‘doble consentimiento’, a la que referimos en lo relativo al derecho consuetudinario, algunos doctrinarios han argumentado que las normas imperativas de derechos humanos, constituyen tan sólo un subconjunto perteneciente al *corpus* del derecho consuetudinario. La base de tal argumento se ubica en la existencia de algunos derechos humanos considerados como inderogables, incluso durante estado de emergencia, establecidos en algunos tratados celebrados en la materia<sup>97</sup>. Así, esta clase de normas podrían ser consideradas como

<sup>96</sup> Cfr. United Nations. *Report of the International Law Commission on the work of the second part of its 17th session. A/6309/Rev.1*, impreso en *Yearbook of International Law Commission Vol. II (1966)*, 169, 248, párrafo 3.

<sup>97</sup> De este modo, precisamos que el artículo 4 del de Derechos Civiles y Políticos señala la inderogabilidad absoluta de los derechos establecidos en los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales prevé en su artículo 15 que los derechos contemplados en sus artículos 2, 3, 4 (párrafo 1) y 7 no serán derogables, inclusive en estado de urgencia. En último lugar, aparece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, documento que en su artículo 27 dispone la inderogabilidad total de los derechos previstos en los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 19, 20 y 23.

parte del *ius cogens*, en tanto se dice, uno de sus rasgos fundamentales lo es precisamente, la inderogabilidad de sus normas.

Como un punto para contrarrestar el argumento que identifica a la inderogabilidad de algunas normas de derechos humanos con el *ius cogens*, hemos de precisar que de nuestra interpretación al artículo 53 de la Convención de Viena se desprende que las normas imperativas de derecho internacional general, deben ser definidas e identificadas en razón de los intereses fundamentales de la comunidad internacional que tienden a proteger y no en virtud de su inderogabilidad, de ahí precisamente, una de las dificultades al tratarse de su identificación. Así entonces, consideramos que sin atrevernos a negar el carácter fundamental de aquellos derechos humanos inderogables, tal inderogabilidad está prevista en las cláusulas de un tratado y no necesariamente debe ser identificada con la esencia del *ius cogens*.

La afirmación anterior podríamos tal vez sustentarla con el criterio del propio Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, quien determinó que:

*“... Mientras no exista jerarquía de importancia alguna bajo el Pacto [de Derechos Civiles y Políticos], la aplicación de ciertos derechos no pueden ser suspendidos, incluso en tiempos de emergencia. Lo anterior, subraya la gran importancia de los derechos inderogables. Sin embargo, no todos los derechos de profunda importancia, tales como los establecidos en los artículos 9 y 27 del Pacto, han sido considerados como inderogables. Una razón para que ciertos derechos sean inderogables es porque su suspensión es irrelevante al control legítimo del estado de emergencia nacional .... Otra razón es que aquella derogación sea efectivamente imposible (por ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia). Al mismo tiempo aquellas disposiciones son inderogables exactamente porque en ausencia de ellos, no habría estado de derecho ...<sup>98</sup>.*

De modo más específico, en el comentario general número 29 este mismo Comité hubo de expresar la siguiente opinión:

*“La enumeración de las disposiciones inderogables contenidas en el artículo 4 [del Pacto de Derechos Civiles y Políticos] está relacionada con la cuestión de si algunas obligaciones en materia de derechos humanos gozan de la*

<sup>98</sup> Cfr. Human Rights Committee, General Comment 24 (52), *General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994) (Traducción propia).

*naturaleza imperativa, pero no es necesariamente idéntica. La naturaleza inderogable de las disposiciones establecidas en el artículo 4 párrafo 2 del Pacto se debe **parcialmente** al reconocimiento de la naturaleza imperativa de algunos derechos fundamentales, contemplados de manera dispositiva dentro del Convenio (por ejemplo, artículos 6 y 7). ... la categoría de normas imperativas se extiende más allá de la lista de disposiciones no derogables, según se establece en artículo 4 párrafo 2. Los Estados partes no pueden en circunstancia alguna, invocar el artículo 4 del Pacto como justificación para actuar en contra del derecho humanitario o de las normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privaciones arbitrarias, o la desviación de los principios fundamentales inherentes al juicio justo, incluyendo a la presunción de inocencia<sup>99</sup>.*

A pesar de lo anterior, algunos autores aun afirman que definitivamente puede establecerse un vínculo entre cuatro de los derechos humanos inderogables establecidos como tales, en los tratados en la materia, y las normas imperativas de derecho internacional general<sup>100</sup>. Lo anterior, en razón de que aquellos derechos, a diferencia de por ejemplo, la prohibición de prisión por endeudamiento, se contemplan como inderogables, tanto bajo el régimen del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente y dentro del mismo contexto de las cláusulas derogatorias contenidas en los tratados mencionados, el profesor **Anthony Cassimatis** refiere que un intento más para limitar a las normas imperativas de derechos humanos en referencia a las disposiciones que prevén la suspensión de algunos derechos humanos en estado de necesidad, debe tenerse en estricta consideración los requisitos necesarios, establecidos por aquellas disposiciones. Es decir, por ejemplo, acorde con el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la derogación sólo es permitida “*en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación*”. De este modo, acorde

<sup>99</sup> Cfr. Human Rights Committee, General Comment 29, *General Comment on States of Emergency (article 4)* UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) [[www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument)] con acceso el 15 de junio de 2007 (Traducción propia)

<sup>100</sup> Los cuatro derechos humanos que se establecen como absolutamente inderogables son los siguientes: (a) Derecho a la vida; (b) prohibición de la esclavitud; (c) prohibición de la tortura y (d) prohibición de medidas penales retroactivas. MERON, Theodor. *Human Rights Law- Making in the United Nations -A critique of Instruments and Processes*. Clarendon Press Oxford, N.Y. 1986, pág. 186.

con el profesor australiano, tal requisito parece descartar la justificación de suspensión alguna, en tratándose de violaciones masivas a los derechos humanos<sup>101</sup>.

#### 3.5.4. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Sin lugar a dudas, aunque el derecho humanitario es una rama del derecho internacional público de relativa reciente creación, podemos encontrar amplísimos antecedentes de ella desde la época medieval, e incluso antes. Así, hemos de recordar por ejemplo, la doctrina de la ‘guerra justa’ abordada entre otros, por Santo Tomás de Aquino y desarrollada algunos siglos más tarde, por el padre Vitoria. Acorde con este último, tres eran las condiciones para que una guerra fuera considerada como justa, a saber: (a) el principio de proporcionalidad, (b) la utilización de la fuerza como último recurso y (c) altas probabilidades de éxito.

Sin embargo, el derecho humanitario como tal, encuentra sus orígenes más próximos hacia fines del siglo XIX, época en que comenzaron a ser codificadas las leyes y las costumbres de guerra engendradas a través de un largo proceso histórico. De este modo, los autores coinciden en establecer que el derecho internacional humanitario se encuentra conformado principalmente por el ‘derecho de La Haya’, cuyas disposiciones refieren a las limitaciones o prohibiciones de los medios y métodos específicos para hacer la guerra y el ‘derecho de Ginebra’ en el que se incluyen los cuatro Convenios de 1949 y sus respectivos Protocolos adoptados hacia el año 1977, que versa principalmente, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados –no combatientes y quienes no toman parte en las hostilidades-<sup>102</sup>.

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia en su OPINIÓN CONSULTA RELATIVA A LA LICITUD DE LA AMENAZA O DEL USO DE LAS ARMAS NUCLEARES, destaca el reporte emitido por el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, y sus comentarios finales respecto de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y así establece que:

*“El derecho convencional humanitario que indudablemente se ha convertido en parte del derecho internacional humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados, según se expresa: en los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra; la Convención (IV) de La Haya*

<sup>101</sup> Cfr. CASSIMATIS, Anthony. The Legality of Trade Measures Taken by States in Response to Human Rights Violations in other States. a Thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Queensland, Queensland, 2003. pág. 106.

<sup>102</sup> Cfr. CHETAIL, Vincent. *La Contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario*. *Revista Internacional de la Cruz Roja* (2003) No. 850 pp. 235- 269.

*relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sus regulaciones anexas del 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1949; y la Carta del Tribunal Militar Internacional de 1945”<sup>103</sup>.*

A este respecto, en aquella misma ocasión la Corte Internacional de Justicia destacó que los principios cardinales expresados en aquellos textos podían establecerse del modo en que sigue: El primero de ellos, dirigido a la protección de la población y objetivos civiles, mismo que establece la distinción entre combatientes y no combatientes. Dentro de este mismo punto, se prevé también la obligación de los Estados de no utilizar a civiles como objetivos de ataque y consecuentemente, la prohibición de recurrir a armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares. Así, de acuerdo con el segundo, se dispone la prohibición a los Estados de causar sufrimiento innecesario a los combatientes, prohibiendo en consecuencia, el uso de armas que causen tal daño o inútilmente, agraven su sufrimiento<sup>104</sup>.

En este mismo tenor, el referido tribunal reconoció que “*Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser reconocidas por todos los Estados, hubieren o no, ratificado las convenciones en que ella se plasman pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario*” y “*reflejan la mayoría de los valores humanitarios universalmente reconocidos*”. Aquellas normas fundamentales forman también parte del *ius cogens* en el modo en que lo define el artículo 53 de la Convención de Viena<sup>105</sup>.

Pese a lo anterior, tan sólo podemos concluir que si bien la Corte Internacional de Justicia a lo largo de su opinión consultiva contribuiría a la identificación de la idea de *ius cogens* en el derecho humanitario, lo cierto es que pudo haberse dedicado a ello un tanto más de fondo, sin embargo, decidió no hacerlo al establecer que en tal ocasión, la Asamblea General tan sólo había solicitado a ese tribunal su estricto pronunciamiento sobre la aplicabilidad de los principios y normas de derecho humanitario a la utilización de armas nucleares y sus consecuencias jurídicas, pero en ningún caso, acerca de la naturaleza de aquellas normas<sup>106</sup>.

Por último, hemos de aludir a la doctrina, misma que ha generado también sus propias opiniones al respecto y como ejemplo de lo anterior, referimos al pensamiento de

<sup>103</sup> Cfr. *Legality of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1996, p. 226, párrafo 81 (Traducción propia).

<sup>104</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 257 párrafo 78.

<sup>105</sup> Cfr. *Idem*. párrafos 79 y 81; *Legality of Nuclear Weapons*, **Dissenting Opinion of Christopher Weeramantry**, I.C.J. Reports 1996, págs. 443- 444.

<sup>106</sup> Cfr. *Legality of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion... *Op. Cit.* pág. 36, párrafo 83.

quien fuera Juez del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia **Rafael Nieto Navia**, acorde con quien por su generalidad, sólo los párrafos 2 y 3 del denominado artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, tienen verdadera fuerza imperativa, en tanto que en tales párrafos descansan '*las condiciones elementales de humanidad*' que según la Corte Internacional de Justicia derivan "*de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y del dictado de la conciencia pública*". Así, por lo que toca al resto de las disposiciones contenidas en los propios Convenios y sus protocolos, el mismo autor refiere que dichas disposiciones pueden ser consideradas imperativas por naturaleza, en tanto que en cada una se contemplan los principios fundamentales establecidos por el mencionado artículo 3 común, aplicables en todo tiempo, en toda circunstancia y a todos los Estados, y de los cuales no se permite derogación alguna<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Cfr. NIETO NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* en VORAH, Chand Law *et. al.* (eds.) *Man's inhumanity to man: Essays on International Law in honour of Antonio Cassese*. International Humanitarian Law Series, 5. Kluwer Law International. The Hague, 2003 pp. 595-640.

## CAPÍTULO 4. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL

### 4.1. UN ACERCAMIENTO A LA 'COMUNIDAD INTERNACIONAL' EN LA ACTUALIDAD

Podemos afirmar que la expresión 'comunidad internacional' como tal, encontró su origen y desarrollo principalmente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y la consecuente creación de la Organización de las Naciones Unidas. Así, podemos afirmar que el nacimiento de tal Organización sirvió como punto de desenlace de aquella idea de comunidad de Estados europeos, predominante a lo largo del siglo XIX y de modo paralelo, dio también lugar a una nueva idea de 'comunidad internacional de Estados' que desde sus inicios pretendió ser de carácter universal. Sin embargo, fue principalmente durante la década de los sesenta, con el apogeo del movimiento descolonizador y la aparición del denominado 'Tercer mundo' y hacia finales de los años ochenta, en razón del surgimiento de las distintas revoluciones en la Europa oriental y el declive del bloque soviético, los momentos en que dicha universalidad cobró su máximo auge en la historia de la Organización de las Naciones Unidas.

A partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, el término 'comunidad internacional' ha resultado ampliamente recurrido en los diversos foros internacionales, algunos instrumentos de carácter jurídico y desde luego, su naturaleza y estructura también han motivado al análisis entre los estudiosos de la teoría del derecho y las relaciones internacionales. En este sentido, encontramos expresa referencia al término 'comunidad internacional' precisamente, en el artículo 53 de la Convención de Viena, al definir nuestra idea de *ius cogens* del modo en que sigue: "... *una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la **comunidad internacional de Estados** en su conjunto como una 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*"<sup>1</sup>. De la lectura de tal definición podemos fácilmente dilucidar que quienes redactaron el texto del artículo 53 hubieron de referir a una comunidad internacional, conformada exclusivamente por Estados.

Posterior en el tiempo, el texto ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL de 1998, en tres ocasiones recurre a la utilización del término 'comunidad internacional'. Así, en su preámbulo, dicho documento destaca en primer lugar que "... *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben*

<sup>1</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (Artículo 53) en [www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/TDS1.pdf] con acceso el 14 de agosto de 2007.

*quedar sin castigo ...*” y en segundo lugar, la decisión de los Estados parte en aquel estatuto para “... *establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”<sup>2</sup>. Más aun, el mismo documento, en su artículo 5 limita la competencia de dicho tribunal a conocer sobre “... *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”<sup>3</sup>.

La Corte Internacional de Justicia en algunas ocasiones ha puesto especial énfasis en el uso de aquella misma terminología<sup>4</sup>. Así por ejemplo, referimos de manera específica al famoso *dictum* realizado por este tribunal en la sentencia del caso *BARCELONA TRACTION*, en el cual reconoció la existencia de las obligaciones de naturaleza *erga omnes*, definiéndolas en aquel momento como “... *las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto ...*”<sup>5</sup>.

Una tercera referencia a la idea de ‘comunidad internacional’ la podemos ubicar a lo largo de los textos de una multiplicidad de resoluciones, declaraciones y decisiones de organizaciones internacionales, principalmente aquellas emitidas al interior de la misma Organización de las Naciones Unidas, ya sea en el seno de la Asamblea General o bien, a lo largo de las discusiones en el Consejo de Seguridad. En este sentido, establecemos como ejemplo, la misma ‘DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS’ de 1970, a cuyo texto nos hemos referido en los capítulos anteriores. De tal declaración podemos establecer que la Asamblea General de las Naciones Unidas refirió nuevamente al concepto de ‘comunidad internacional’ conformada únicamente por los Estados. En dicho documento habría de plasmarse en primer lugar, “*El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, para conseguir su aplicación más efectiva dentro de la comunidad internacional ...*” y un poco más adelante, el principio de la igualdad soberana de los Estados con “... *iguales derechos e iguales deberes ...*”

<sup>2</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1o de julio de 2002 (Preámbulo) [[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)] con acceso el día 14 de agosto de 2007.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 5.

<sup>4</sup> *Cfr. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párrafo 127; *United States Diplomatic Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, párrafo 92; *Legality of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1996, p. 226, párrafo 62.

<sup>5</sup> *Barcelona Traction, Light and Power, Limited* (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J., Reports 1970, p. 3, pág. 32 (Traducción propia).

*por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole*<sup>6</sup>.

En este orden de ideas, la misma Asamblea General ha recurrido al término 'comunidad internacional' sin aludir exclusivamente a los Estados miembros de las Naciones Unidas, así por ejemplo, la resolución 46/182 "FORTALECIMIENTO DE LA COORDINACIÓN DE LA ASISTENCIA HUMANITARIA DE EMERGENCIA DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS", texto que en múltiples ocasiones hace mención a dicha terminología, establece en alguno de los puntos de su preámbulo "*La necesidad de reforzar y hacer más eficaces los esfuerzos colectivos de la comunidad internacional, y especialmente del sistema de Naciones Unidas, en la prestación de asistencia humanitaria*"<sup>7</sup>.

En otro caso, en el acervo de resoluciones de la propia Asamblea General existen también otro tipo de documentos en los que se refiere además de los Estados, los órganos y las organizaciones del sistema de Naciones Unidas, además de actores meramente privados, conforma parte integral de la denominada 'comunidad internacional'. En tal caso, en el contexto de la reconstrucción de Nicaragua, tras la caída del régimen sandinista, la resolución 47/169 emitida por el mismo órgano, aludió a "*... los esfuerzos de la comunidad internacional, incluidos los órganos y organizaciones del sistema de Naciones Unidas, por complementar los esfuerzos de Nicaragua ...*"<sup>8</sup>.

Posterior en el tiempo, en el ámbito de la cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales, la Asamblea General, a través de su resolución 55/163, alentó a "*... los gobiernos de los países expuestos a los desastres naturales a que con el apoyo de la comunidad internacional, en especial los donantes, creen infraestructuras nacionales de información espacial vinculadas a la preparación para los casos de desastres naturales, la alerta temprana, la respuesta a los desastres y su mitigación ...*"<sup>9</sup>.

Finalmente, en este contexto es conveniente referir también a la resolución 60/1 DOCUMENTO FINAL DE LA CUMBRE MUNDIAL 2005, a través de la cual los principales

---

<sup>6</sup> Cfr. Naciones Unidas, AG/RES 2625 (XXV) "Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la Cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", 24 de octubre de 1970.

<sup>7</sup> Naciones Unidas, AG/RES 46/182 "Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas", 14 de noviembre de 2005.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, AG/RES 47/169 "Asistencia internacional para rehabilitación y reconstrucción de Nicaragua: secuelas de guerra y de los desastres naturales", 7 de abril de 1993.

<sup>9</sup> Naciones Unidas, AG/RES 55/163 "Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo", 14 de diciembre de 2000.

líderes mundiales en representación de cada uno de Estados y reunidos en Asamblea General, precisaron la existencia de una ‘comunidad internacional’, conformada no sólo por Estados miembros de las Naciones Unidas o bien, por los organismos que de dicha Organización dependen. Lo anterior puede dilucidarse en el párrafo que sigue: “88. *Instamos a la comunidad internacional, incluidas las Naciones Unidas a prestar asistencia a los Estados para reforzar la capacidad nacional y regional de la lucha contra el terrorismo ...*”<sup>10</sup>.

Más aun, el mismo documento admite la participación del sector privado y la sociedad civil, incluida en ella las acciones emprendidas por las organizaciones no gubernamentales en la promoción y ejecución de los diversos programas de desarrollo y de derechos humanos y desde luego, subraya la importancia de su colaboración entre “... *los gobiernos, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en esas esferas fundamentales*”<sup>11</sup>.

Por último, de este documento resulta particularmente destacable, la afirmación que los miembros de la misma Asamblea General hicieron respecto de la existencia de ciertos valores fundamentales comunes, inherentes a la comunidad internacional ‘universal’ y esenciales en todo aspecto de las relaciones internacionales, a saber, “... *la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad compartida*”<sup>12</sup>.

En este mismo orden de ideas, Bruno Simma y Andrea L. Paulus han establecido que si bien es correcto afirmar que la diversidad cultural presente en el mundo actual, nos lleva a un entendimiento diferente de los valores y el papel que juega el derecho, lo cierto es que parece existir cierto optimismo con relación al desarrollo de valores comunes que resultan ser no sólo expresión exclusiva de los más poderosos. Entre aquellos pueden ser mencionados: la paz, el desarrollo de un medio ambiente sano, la protección de los derechos humanos, la solidaridad económica y el desarrollo sostenible. Así, acorde con los *iusinternacionalistas* “*sería difícil comprender la existencia de tales valores e intereses como meras expresiones de una particular*

<sup>10</sup> Naciones Unidas, AG/RES 60/1 “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, 24 de octubre de 2005.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Idem*. Preámbulo. Al respecto, nos parece prudente advertir que aunque tales valores se afirman como propios y comunes a la comunidad internacional ‘universal’, la misma resolución 60/1, reafirma a la Democracia como “... *un valor universal basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos de determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y su participación plena en todos los aspectos de su vida ...*”. Sin embargo, en ese mismo párrafo habría de advertirse también que “... *si bien las democracias comparten características comunes, no existe un modelo único de democracia y este no pertenece a ningún país o región ...*”. Así, si bien se define a la democracia como un valor fundamental universal, no queda claro lo que ello significa, lo que trae consigo, como ha venido sucediendo entre los diversos regímenes, una multiplicidad de interpretaciones conceptuales que nos llevan a un sinnúmero de conflictos relativos a las normas jurídicas internacionales, específicamente aquellas consideradas como ‘*ius cogens*’.

cultura ‘occidental’. Al menos, podrían servir como punto de referencia para el establecimiento de un diálogo más específico tendiente a determinar el mínimo de valores fundamentales ...”<sup>13</sup>.

Así, a partir de los ejemplos anteriores podemos dilucidar que la utilización de la expresión ‘comunidad internacional’ juega en el mundo actual, un importante rol político encargado de general un determinado grado de legitimidad para aquellos quienes dicen actuar en su nombre<sup>14</sup>. En consecuencia, tal terminología ha de cobrar también diversos significados, según aquél que intente su interpretación conceptual. De esta manera, conviene hacer cuidadosa referencia al trabajo denominado ‘*WHAT IS THE INTERNATIONAL COMMUNITY?*’, publicado por la revista estadounidense *Foreign Policy* hacia octubre de 2002<sup>15</sup>, en donde algunos estudiosos de la política internacional, no sólo de los Estados Unidos, sino de diferentes regiones del mundo compartieron entre sí, sus opiniones con relación a la definición del concepto de ‘comunidad internacional’. En esta tesitura, hacemos mención de los significados siguientes:

- “La comunidad de la opinión internacional, creada por las modernas comunicaciones y las imágenes mediáticas transmitidas instantáneamente a lo largo del planeta”. “La verdadera comunidad internacional – aquella cuya salud y unidad determinarán el curso de los sucesos mundiales- es el grupo de Estados que originalmente crearon las normas y las instituciones, es decir, esencialmente Estados Unidos y Europa”<sup>16</sup>.
- “El concepto de comunidad internacional no es puramente un ideal normativo o moral. Su forma y estructura se encuentran ubicadas sobre y más allá de la papel que ha jugado el Estado soberano como unidad principal y acción en las relaciones internacionales”. “... su significado moral está mejor expresado a través de la noción de ‘comunidad humana’, misma que ha existido incluso antes que el Estado soberano”<sup>17</sup>.
- “La comunidad internacional existe. Tiene una dirección. Tiene logros a su crédito. Y cada vez más está desarrollando una conciencia”. “Ejemplos de comunidad internacional abundan, desde Afganistán y Timor Oriental hasta África y Centroamérica. Al mismo tiempo, existen importantes advertencias. De

<sup>13</sup> Cfr. SIMMA, Bruno & PAULUS, Andrea. *The ‘International Community’: Facing de Challenge of Globalization*. *European Journal of International Law*. Vol. 9 (1998) No. 2. pp. 266-277. pág. 270.

<sup>14</sup> Cfr. BUZAN, Barry y GONZÁLEZ PELAEZ, Ana. *International Community after Iraq*. *International Affairs*. Vol. 81, No. 1 January, 2005, pp. 31-52. pág. 31.

<sup>15</sup> Cfr. ANNAN, Kofi A. *et. al.* *What is the International Community?*. *Foreign Policy*, October 2002, pp. 28-46.

<sup>16</sup> Cfr. GOWERS, Andrew. *The Power of Two* en *Ibidem*, págs. 32 -33 (Traducción propia).

<sup>17</sup> Cfr. HEHIR, J. Bryan. *The Limits of Royalty* en *Ibidem*, págs. 38-39 (Traducción propia).

*manera demasiado frecuente la comunidad fracasa en hacer lo que se necesita. Fracasó en prevenir el Genocidio en Ruanda. Por mucho tiempo reaccionó con debilidad y titubeo ante el horror de la limpieza étnica en la ex Yugoslavia .... Durante gran parte del siglo XX, el sistema internacional estuvo basado sobre la división y los firmes cálculos de la realpolitik. En el nuevo siglo, la comunidad internacional puede y debe hacer mejor ... los intereses y las ideas siempre chocarán ... pero el mundo debe mejorar a partir de los sucesos sombríos del último siglo. La comunidad internacional es un trabajo en proceso”<sup>18</sup>.*

- *“Como concepto, la comunidad internacional surge a la vida, más en razón de la sustancia a la que aspira que a la entidad que realmente representa”. “... esta comunidad [internacional] sólo ha aparecido cuando las crisis humanas han golpeado a los medios internacionales, cuando las escenas de miseria –ya sean aquellas de los kurdos, los ruandeses o los kosovares- son mostradas a través de las pantallas de televisión de las salas en el mundo desarrollado ...”. “La comunidad internacional existe, pero únicamente como potencial fuente de poder, para promover la causa común o legitimar la acción conjunta. Es esencialmente una comunidad virtual. Sin embargo, la comunidad internacional puede surgir a la vida en respuesta de llamados vitales, con aportaciones conscientes o inconscientes. En consecuencia, representa una útil herramienta conceptual que los líderes políticos, activistas y los medios pueden emplear para traer al pensamiento político a lo más cercano de aquello que pudiera ser interpretado como bien común”<sup>19</sup>.*
- *“La comunidad internacional es hoy en día, menos un hecho social que una manera de recordarles a los Estados la humanidad común de cada uno de sus nacionales y los modales esenciales que deben orientar las relaciones entre las naciones”. “El problema central es que la comunidad internacional en la actualidad es una forma westfaliana que batalla por permanecer como autoridad gobernante en un tiempo de cada vez más crecientes alianzas transnacionales, políticas regionales y regímenes económicos globales”. “... el reto para la comunidad internacional consiste en transformarse así misma en un instrumento de ‘gobernanza global’. El objetivo no podrá ser alcanzado a través del estiramiento de la presente visión liberal del derecho internacional y una humanidad común, a fin de incluir a más países y puntos de vista. En su lugar, nuevas ideas acerca de la ‘gobernanza global’ son el prerrequisito para*

<sup>18</sup> Cfr. ANNAN, Kofi. *Problems without Passports* en *Ibidem*, págs. 30-31 (Traducción propia).

<sup>19</sup> Cfr. OGATA, Sadako. *Guilty Parties* en *Ibidem*, págs. 39-40 (Traducción propia).

*combatir aquel problema de la inclusión”. “Aquellos que hoy en día se pronuncian a favor de la comunidad internacional deben abordar los retos siguientes: ¿Pueden las nociones de equidad global, paz y libertad continuar reguladas a través de las relaciones entre naciones, cuando los mercados, la migración y el dinero, han decaído sustancialmente más allá del control que ejerce el Estado Nación? ¿Puede el mundo continuar comportándose como si los pactos entre las naciones agotaran los límites de aquello que sucede con el aire, el agua, la tierra y demás recursos naturales, cuando el destino del medio ambiente es claramente afectado por procesos transnacionales, intereses y estrategias para la obtención de beneficios? ¿Puede el mundo continuar comportándose como si las naciones fueran los receptáculos más importantes de la lealtad a gran escala, en un mundo donde diversas formas de afiliación religiosa, moral y política son claramente transnacionales en alcance? Y finalmente, ¿Puede el mundo sostenerse en alguna especie de fuerza internacional que traiga paz cuando cada vez resulta más claro que las guerras se han convertido en asunto de todos los días y de la misma sociedad civil en muchos países? Si las respuestas a estas preguntas no son construidas sobre una nueva arquitectura cultural ... la comunidad internacional –con su promesa moral- podría quedar reducida a un grupo exclusivo [Norte América y Europa] o bien, a un museo dedicado a las memorias de Westfalia”<sup>20</sup>.*

- *“La nueva comunidad en creación comprende diversas comunidades unidas por valores e intereses comunes, pero su expresión social resulta influenciada por las diferentes historias y culturas ... las instituciones internacionales deben existir para expresar y proteger a las culturas locales y nacionales, abarcando y acogiendo sus prácticas distintivas”<sup>21</sup>.*
- *“El filósofo Ludwig Wittgenstein advirtió a sus lectores atender al uso de una frase a fin de determinar su significado. Apegados a esta sugerencia, uno regularmente descubre que los términos en que se lleva el discurso político son utilizados con un significado doctrinal, crucialmente diferente a aquél significado literal ... Uno de tales términos es “la comunidad internacional”. El sentido literal es razonablemente claro; las Naciones Unidas, la Asamblea General, o una mayoría sustancial de ésta es una considerable primera aproximación. Sin embargo, el término es regularmente utilizado en un sentido técnico para describir a la unión conformada por los Estados Unidos, algunos aliados y sus Estados clientes [“Intcom”] ... En este sentido, existe una*

<sup>20</sup> Cfr. APPADURAI, Arjun. *Broken Promises* en *Ibidem*, págs. 42-44 (Traducción propia)

<sup>21</sup> Cfr. BELLO, Walden. *Battling Barbarism* en *Ibidem*, págs. 41-42 (Traducción propia)

*imposibilidad lógica para que los Estados Unidos desafíen a la comunidad internacional ...*<sup>22</sup>.

De este modo, a partir de las anteriores concepciones podemos determinar la división entre los pensamientos de quienes opinan que la ‘comunidad internacional’ representa una especie de colectividad moral conformada por todo el género humano o mejor dicho, la humanidad, incluso si dicha colectividad no presenta en sí algún tipo de organización y por otra parte, aquellos quienes ven en tal concepto una especie de representante con cierta facultad de acción. Así, apegados a una teoría de corte meramente *iusnaturalista*, la primera de estas posturas refleja un carácter meramente universal, en tanto que la última constituye tan sólo un concepto particular, usualmente en referencia a la cultura occidental o de manera un poco más amplia al conjunto de Estados democráticos liberales, quienes frecuentemente dicen ‘alzar la voz’ o emprender acciones en beneficio mismo de la humanidad<sup>23</sup>.

Para concluir, hemos también de advertir que el concepto de ‘comunidad internacional’ suele en ocasiones, ser definido con base en aquello que definitivamente no lo es. En este tenor, el ex Secretario General de las Naciones Unidas, diez días después de los ataques terroristas en Nueva York y Washington, advirtió de modo contundente que la comunidad internacional no sólo se encuentra definida por sus propósitos, sino en función también de lo que para contra qué y contra quién ha sido constituida. Lo anterior sin duda, parece el fundamento de conceptos, tales como ‘*rogue states*’, ‘*pariah states*’, ‘*states of concern*’, además de los grupos terroristas en contra de los cuales parece estar la ‘comunidad internacional’<sup>24</sup>. La pregunta que en todo caso ha de plantearse es la siguiente: La comunidad internacional ¿de quién?

#### 4.1.1. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ¿ES LA EXPRESIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL?

Tal como lo advierte el filósofo italiano Luigi Ferrajoli, el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, marcó el nacimiento de un nuevo derecho internacional y por ende, el declive total del modelo westfaliano que habría de surgir tres siglos atrás, al finalizar la Guerra de los Treinta años<sup>25</sup>. Según precisamos con anterioridad, su creación reflejó el nacimiento de una nueva estructura mundial que hacia entonces, había recogido en cada rasgo de su conformación, las

<sup>22</sup> Cfr. CHOMSKY, Noam. *The crimes of Intcom* en *Ibidem*, págs. 34 -35. (Traducción propia).

<sup>23</sup> Cfr. BUZAN, Barry y GONZÁLEZ PELAEZ, Ana. *International Community after Iraq...* Op. Cit. pág. 32.

<sup>24</sup> Cfr. BYERS, Michael. *United States Hegemony and the Foundations of International Law*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2003, pág. 30.

<sup>25</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil ...* Op. Cit. pág. 145.

preocupaciones máximas, primordialmente, la preservación de la paz y la seguridad internacionales, que sólo un conflicto bélico de la magnitud de la Segunda Guerra Mundial y el fracaso total de su predecesora, la Sociedad de Naciones, habrían de sembrar en aquella comunidad internacional que hacia mediados del siglo XX, buscaba reorganizarse.

Resultaría erróneo sin embargo, negar la presencia de la crisis que en la actualidad hacen frente las Naciones Unidas. Algunos autores consideran que esta crisis no es en lo absoluto nueva e incluso, hay quien afirma que tal Organización nació a la vida internacional en medio de una crisis y en virtud de los múltiples acontecimientos políticos, en crisis también ha recorrido toda su existencia. De este modo, recordemos tan sólo como ejemplo, la verdadera 'delgada línea roja' que marcaría la distancia entre el surgimiento de dicha Organización, cuyo propósito principal fue desde sus inicios, la consagración de la paz universal, y el comienzo de una etapa que habría de definir nuevamente, el rumbo de la historia mundial, a saber, el inicio de la Guerra Fría<sup>26</sup>.

Aunado a lo anterior, se afirma que aquella temprana crisis original que ha traído secuelas hasta nuestros días, se debió en primer término, al modo en que sus dos órganos principales estaban configurados, es decir, desde su nacimiento, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hubieron de ser inspirados sobre principios distintos e incluso, diametralmente opuestos. Por un lado, la Asamblea General encontró sus bases fundamentales sobre el principio de la igualdad jurídica de los Estados sin importar para ello, el tamaño de sus territorios o el poderío con que contaren, en tanto que en sentido contrario, el Consejo de Seguridad dio prioridad al poder económico y político de algunos de sus miembros sobre todo lo demás, de tal manera que las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, a saber, la Unión Soviética –hoy Federación Rusa-, los Estados Unidos, la Gran Bretaña, China y Francia, han ocupado hasta nuestros días, los asientos permanente en dicho órgano<sup>27</sup>.

El derecho de veto con que cuentan los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad ha sido también un serio motivo de crisis hacia el interior y el exterior de las Naciones Unidas. De este modo, si bien es cierto que aquella actitud en gran medida elitista, fue aceptada por los países pequeños en razón de una promesa de asistencia

---

<sup>26</sup> Cfr. OJEDA GÓMEZ, Mario. *Perspectiva Histórica de la ONU* en TORO HERNÁNDEZ, María Celia, et. al. (coordinadores). Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX. Memorias del Seminario Internacional, Cámara de Diputados. México, 2005. pág. 14.

<sup>27</sup> Cfr. *Idem*.

económica y técnica para el desarrollo, hoy en día no podemos dejar de lado que en aquél momento se trataba tan sólo de cincuenta y un Estados miembros, que con el paso del tiempo y hasta nuestros días se ha incrementado hasta ciento noventa y dos, con la última admisión de Montenegro como miembro de la Organización, en 2006<sup>28</sup>.

Otra problemática que también devendría en una crisis para la Organización fue precisamente el proceso de descolonización, de modo paradójico uno de los propósitos originales de la misma. A medida en que el mundo comenzó a independizarse, el número de miembros había de incrementarse, de tal modo que las discusiones ante la Asamblea General se volvieron cada vez más complejas y los acuerdos cada vez más complicados. Las cuestiones inherentes a la esencia de la Organización de las Naciones Unidas, como lo fueron por ejemplo, los derechos humanos, comenzaron a cobrar un significado diferente entre Oriente y Occidente<sup>29</sup>. No obstante, según hemos señalado en párrafos anteriores, fue en razón de aquél movimiento descolonizador, en boga principalmente durante la década de los años sesenta, que la comunidad internacional se expandiría de manera paulatina, hasta alcanzar la universalidad que hasta nuestros días ostenta<sup>30</sup>.

Acorde con el Embajador **Enrique Berruga Filloy**, la creciente tendencia hacia el incumplimiento de las resoluciones emitidas tanto por la Asamblea General, pero principalmente aquellas votadas al interior del Consejo de Seguridad, además del vacío existente entre las sanciones especiales que buscan implementarse ante el incumplimiento de dichas resoluciones y su aplicación misma, constituyen verdaderas problemáticas que han devenido en la falta de credibilidad en la Organización de las Naciones Unidas como expresión máxima de la existencia de una comunidad internacional de naturaleza universal<sup>31</sup>.

Un factor adicional lo constituye el absoluto predominio del Consejo de Seguridad, sobre cualquiera de los otros órganos y por ende, la falta de contrapesos en el seno de dicha Organización universal. De esta manera —a decir del ex Embajador de México ante la Organización de las Naciones Unidas— no obstante los esfuerzos emprendidos, tendientes a revitalizar la existencia de la Asamblea General, bajo la estructura actual, es el Consejo de Seguridad el único órgano de toda la Organización para instrumentar

<sup>28</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>29</sup> Cfr. GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*. Walter de Gruyter. N.Y. 2000, pág. 647.

<sup>30</sup> Cfr. OJEDA GÓMEZ, Mario. *Perspectiva Histórica de la ONU...* Op. Cit. pág. 15.

<sup>31</sup> Cfr. BERRUGA FILLOY, Enrique. *México y los desafíos de la ONU en el siglo XXI* en TORO HERNÁNDEZ, María Celia, et. al. *Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XXI...* Op. Cit. pág. 29

cada una de sus resoluciones. En este sentido Berruga Filloy nos refiere “... *al secuestro del Consejo de Seguridad del resto del sistema*”<sup>32</sup>.

Lo anterior ha generado indudablemente, otra consecuencia negativa para el sistema internacional. Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pero que al mismo tiempo no lo son del Consejo de Seguridad, se sienten cada vez más alejados de la toma de decisiones en torno a los temas de seguridad colectiva. Baste como ejemplo las resoluciones emitidas sobre Afganistán tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, sin embargo, el mismo autor reconoce que en el caso de la guerra contra el régimen de Saddam Hussein en 2003 no ocurrió lo mismo y de alguno u otro modo, la mayor parte de la comunidad internacional habría de pronunciarse al respecto<sup>33</sup>.

Todos estos factores han sido el motivo de múltiples intentos por dotar a las Naciones Unidas de una reestructuración. Más aún, hemos de afirmar también que los acontecimientos histórico- políticos que han tenido lugar en la escena internacional a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, han llevado a todos los miembros de la comunidad internacional a cuestionarse sobre una verdadera reforma integral para la Organización de las Naciones Unidas que haga a ésta capaz de dar respuesta a los retos y desafíos globales presentes y futuros que sin duda, fueron inimaginables para quienes hubieron de redactar su documento constitutivo hacia 1945.

Tales acontecimientos se resumen del modo en que sigue: el considerable aumento del número de Estados independientes dentro de la Organización. De 51 en 1945 a 192 hasta nuestros días, con la última admisión de Montenegro en 2006; el desenlace de la Guerra Fría; la inestabilidad de los Estados, principalmente de la Europa oriental que anteriormente formaron el bloque socialista; el recrudecimiento de los conflictos, principalmente étnicos y religiosos, al interior de algunos Estados; la ‘democratización’ de la comunidad internacional y en consecuencia, el nacimiento y proliferación de actores internacionales no estatales; las denominadas amenazas sin pasaporte, según las denomina Berruga Filloy, a saber, al calentamiento global, el creciente esparcimiento de las enfermedades infecciosas, el terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva, el crimen organizado, los estados fallidos, la pobreza extrema, el desarrollo, entre desde luego, muchos otros; los avances en la tecnologías de los transportes y la comunicación, primordialmente; la

---

<sup>32</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>33</sup> *Cfr. Idem.*

transfronterización de las graves crisis económicas; La evolución y diversificación de los problemas atendidos por las operaciones de paz y; la ausencia de voluntad política de cada uno de los Estados miembros para dar cumplimiento objetivo a las resoluciones emitidas por tal Organización.

Asimismo, nos atrevemos a apuntar al pensamiento del politólogo español José María Alponete, quien advierte que:

*“... Las Naciones Unidas, sobre todo la Asamblea General, ha quedado muy lejos de los problemas del mundo, y estamos viviendo la aparición de una Asamblea anárquica y evidentemente cada vez más poderosa, que son las Organizaciones No Gubernamentales, que comienzan a ser una plataforma internacional que representa un reto formidable ...”<sup>34</sup>.*

Finalmente, hemos de establecer que si los Estados, en tanto protagonistas del escenario global, pretenden que las Naciones Unidas continúen siendo la máxima expresión de una comunidad internacional ‘universal’, como lo fue quizá en sus inicios, deberán trabajar de manera consistente en su reforma, a fin de que su existencia pueda responder de manera efectiva y eficaz, a los retos y desafíos impuestos a la humanidad a lo largo del siglo XXI.

En nuestra consideración, tal reforma deberá tener primordialmente como principio, la búsqueda de los verdaderos valores fundamentales comunes a toda la humanidad que lleven a determinar el rumbo que habrá de seguir la comunidad internacional, si acaso pudiéramos hablar de alguna en el futuro. Sin lugar a dudas, la identificación de aquellos valores fundamentales constituirá el cimiento principal para justificar en los tiempos próximos, la existencia de las normas de *ius cogens* en el contexto del derecho internacional de la actualidad. En caso contrario, el futuro de nuestro objeto de investigación se presenta como poco alentador.

#### *4.1.2. LOS ESTADOS UNIDOS Y SU PAPEL HEGEMÓNICO EN EL ORDEN INTERNACIONAL*

A partir del fin de la Guerra Fría y hasta nuestros días, los Estados Unidos han jugado un papel central en el rumbo que desde aquellos tiempos habría de emprender la comunidad internacional. En este sentido, a pesar del surgimiento de posibles ‘contrapesos’ en el orden mundial, entre los que pudiéramos mencionar a China, Irán y principalmente la Unión Europea, existe muy poca duda de la posición hegemónica de

---

<sup>34</sup> Cfr. ALPONETE, Juan María. *El nuevo escenario internacional en Ibidem*, pág. 23.

los Estados Unidos, sobre los demás Estados, miembros de la comunidad internacional, en la escena mundial actual.

Acorde con el pensamiento de algunos autores, de aquél papel hegemónico de los Estados Unidos, también una diversidad de consecuencias que en gran medida, han contribuido a definir la esencia y existencia del orden internacional actual. Así por ejemplo, **Edward Kwakwa** advierte que aquella súper potencia “... cuenta con una distintiva y por definición, gran responsabilidad en la comunidad internacional ... el hecho de que Estados Unidos sea llamado a actuar y efectivamente, se espere de él un papel protagónico más que de cualquier otro Estado, es una realidad en el sistema internacional”<sup>35</sup>.

No obstante también, de ninguna manera podemos decir que la percepción anterior sea exclusivamente propia de los demás Estados miembros de la comunidad internacional. Por el contrario, parece conveniente precisar que aquellas expectativas o percepciones aparecen quizá mucho más arraigadas, hacia el interior del mismo país norteamericano. Al menos, eso parecen decirnos los diversos acontecimientos que han tenido lugar en la escena internacional, principalmente a partir del inicio de la década de los noventa y entre los cuales vale la pena referir a la invasión a Irak en 1990, que trajo consigo la denominada ‘Guerra del Golfo’; la intervención humanitaria en Somalia hacia 1992; la intervención en Bosnia – Herzegovina de 1992 a 1995 y por supuesto, la última invasión a Irak en 2003 que devino en la caída del régimen de Saddam Hussein y su posterior ejecución. A este mismo respecto, cabe referir también a Condoleezza Rice, quien en el año 2000, durante los tiempos de la campaña presidencial a favor del actual presidente estadounidense George Bush, entre otras cuestiones destacó que “Las grandes potencias no sólo tienen en mente sus propios asuntos”<sup>36</sup>, más aún, el poder ejercido por una superpotencia “se encuentra usualmente acompañado por un sentimiento de titularidad para jugar un papel decisivo en la política internacional”<sup>37</sup>. De modo contrastante sin embargo, hemos de citar a la misma Secretaria de Estado estadounidense quien en aquel mismo año advirtió también que, en materia de política exterior, el régimen del presidente Bush procedería

<sup>35</sup> Cfr. KWAKWA, Edward. *The international community, international law, and the United States; three in one, two against one, or one and the same?* en BYERS, Michael & NOLTE, Georg (eds.), United States Hegemony and the Foundations of International Law... Op. Cit.,pág. 36. (Traducción propia)

<sup>36</sup> Cfr. RICE, Condoleezza. *Promoting the National Interest* en *Ibidem*, pág. 37. (Traducción propia)

<sup>37</sup> Cfr. *Idem*. (Traducción propia)

desde las firmes bases del interés nacional de aquél país no “... desde los intereses de una comunidad internacional ilusoria”<sup>38</sup>.

De acuerdo con lo anterior, parecería conveniente afirmar que el grado en que los Estados Unidos se encuentran involucrados hacia toda una comunidad internacional depende en un primer plano, de lo que ellos consideran como sus intereses nacionales vitales y sólo como ‘efecto de segundo orden’, el beneficio de toda la humanidad<sup>39</sup>.

En este mismo sentido, otro buen ejemplo de aquella perspectiva, lo es la posición tomada por el presidente demócrata Bill Clinton quien en el contexto de las operaciones multilaterales de paz, apuntó que si la participación de aquél país en una operación de paz hubiera de interferir con su estrategia militar básica, Estados Unidos pondría en todo caso, el interés nacional de dicho país sobre cualquier otra cosa. Así, “... Los Estados Unidos mantendrían la capacidad de actuar de manera unilateral o a través de coaliciones cuando sus intereses más esenciales y aquellos de nuestros amigos y aliados se encuentren en juego. Las operaciones multilaterales de paz deben en consecuencia, ser ubicadas en perspectiva propia entre los instrumentos en materia de política exterior estadounidense”<sup>40</sup>.

Ante esta situación, conviene apegarnos nuevamente a lo dicho por Edgard Kwakwa, acorde con quien, parece demasiado natural el hecho de que cualquier país intente configurar al derecho y la política internacional, siempre en reflejo de sus propias convicciones y desde luego, en razón de sus intereses nacionales<sup>41</sup>.

Así lo demostró por ejemplo, el caso de China, cuando en febrero de 1999 dicha potencia en su calidad de miembro permanente del Consejo de Seguridad ejerció su derecho de veto en el proyecto de resolución S/1999/201, a fin de impedir la extensión de presencia de las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas dentro del territorio de Macedonia<sup>42</sup>. La razón quizá, el establecimiento previo de relaciones diplomáticas entre aquella república ex Yugoslava y Taiwán<sup>43</sup>. Desde luego, a este respecto conviene no dejar de lado la actitud mostrada por China ante la crisis en Darfur y los intereses que a favor de aquél país aguardan al interior del territorio de Sudán.

<sup>38</sup> Cfr. RICE, Condoleezza. *Life after the Cold War*. Foreign Affairs, Vol. 79, No.1 (2000), págs. 61-62. (Traducción propia)

<sup>39</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>40</sup> Cfr. *United States: Administration Policy on Reforming Multilateral Peace Operations*. International Legal Materials. American Society of International Law, Vol. 33, No. 3 (1994), pág. 801.

<sup>41</sup> Cfr. KWAKWA, Edward. *The international community, international law, and the United States...* *Op. Cit.* pág. 43.

<sup>42</sup> Cfr. *Idem*. Véase además, [www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/co\\_mission/new.htm](http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/co_mission/new.htm) con acceso el día 24 de agosto de 2007.

<sup>43</sup> Cfr. *Idem*. Véase además *China vetoes renewing U.N. force in Macedonia* en [<http://edition.cnn.com/WORLD/europe/9902/25/un.macedonia.china/index.html>] del 25 de febrero de 1999, con acceso el día 24 de agosto de 2007.

Otro caso expuesto por el autor, se refiere a aquél de Francia, cuando el entonces presidente de aquél país Jacques Chirac, de manera unilateral anunció el emprendimiento de pruebas nucleares sobre las aguas del Pacífico sur<sup>44</sup>. A decir del profesor ghanés, si bien es cierto que tales actos hubieron de provocar el pronunciamiento de algunos miembros de la comunidad internacional, verdad es también que aquellos pronunciamientos jamás fueron tan ruidosos e insistentes como lo habrían sido si los Estados Unidos hubiesen sido quienes llevaran a cabo aquellas mismas actividades<sup>45</sup>.

El argumento anterior encuentra sus bases en la idea de que el poder hegemónico con que incluso, hasta hoy en día siguen contando los Estados Unidos sobre los demás Estados, ha de generar como consecuencia, que las acciones emprendidas por aquella gran potencia, sean de un mayor peso y por ende, de mayor influencia en el fundamento mismo del derecho internacional. En tal caso -concluye el mismo Kwakwa- no sería el unilateralismo *per se*, sino el unilateralismo 'americano' aquel de mayor impacto sobre la formación del derecho y el desarrollo de la comunidad internacional<sup>46</sup>.

A tal respecto refiere también Louis Henkin, quien en 1995 escribió que el derecho internacional había de buscar el compromiso del Estado hacia la satisfacción de sus intereses nacionales. Acorde con el profesor estadounidense:

*"... la autonomía y la impermeabilidad estatal implican el derecho de un Estado (no de otros) de determinar su propio interés, favorecer a aquél interés, no los de otros Estados; promover sus propios valores en el modo en que éste los determine, no los valores de otros Estados o los valores determinados por otros Estados. Los valores y el interés nacional de un Estado ... pueden [o no] incluir consideraciones altruistas a favor de otros Estados, o preocupaciones por algunos o todos sus habitantes"*<sup>47</sup>.

Así las cosas, tal vez el pensamiento del *iusternacionalista* americano nos sea un tanto de utilidad para intentar justificar la posición de los Estados Unidos, respecto una diversidad de tópicos en los que a pesar de que en ocasiones suele aparecer como

<sup>44</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>45</sup> *Cfr. Idem.* Cabe advertir que aquella situación trajo consigo el sometimiento de dos casos ante la Corte Internacional de Justicia, a saber, aquellos de las Pruebas Nucleares (Australia vs. Francia y Nueva Zelanda vs. Francia). Sin embargo, hemos de notar que dicho Tribunal decidió no entrar en el conocimiento de fondo del asunto en ambos procedimientos, en tanto consideró que al haber Francia suspendido todo tipo de pruebas nucleares sobre la atmósfera del Pacífico Sur después de 1974, ambas controversias habían desaparecido. *Nuclear Tests* (Australia v. France). Judgment, I.C.J. Reports 1974 p. 253, pág. 272 y *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, pág. 478.

<sup>46</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>47</sup> *Cfr. HENKIN, Louis. International Law: Politics and Values.* Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, 1995. pág. 101 (Traducción propia).

fuerte promotor, al final del día decide no tomar parte en ellos. Para esto, baste citar los ejemplos que en este momento nos vienen a la mente, el PACTO DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES<sup>48</sup>, la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS de 1969<sup>49</sup>; la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 1989<sup>50</sup> y sus Protocolos Facultativos de 2000; la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER de 1979<sup>51</sup>; el PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE 1966<sup>52</sup>; el PROTOCOLO DE KYOTO DE LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO de 1997<sup>53</sup>; el TRATADO DE PROHIBICIÓN COMPLETA DE LOS ENSAYOS NUCLEARES de 1996<sup>54</sup>; CONVENCIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL EMPLEO, ALMACENAMIENTO, PRODUCCIÓN Y TRANSFERENCIA DE MINAS ANTIPERSONAL Y SOBRE SU DESTRUCCIÓN de 1997<sup>55</sup> y por supuesto, en ningún momento dejemos a un lado lo sucedido con el ESTATUTO DE ROMA de 1998<sup>56</sup> y en el ámbito regional de la Organización de Estados Americanos, la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS de 1969<sup>57</sup>.

Asimismo, resulta conveniente destacar la actitud de los Estados Unidos hacia la Corte Internacional de Justicia. En este orden de ideas, aun cuando Estado Unidos, en tanto miembro permanente del Consejo de Seguridad, ha gozado desde siempre de una representación de tipo permanente ante dicho tribunal, también lo es que al menos en

<sup>48</sup> No debemos olvidar que si bien es cierto, en 1918, casi al final de la Primera Guerra Mundial, fue el mismo Presidente de los Estados Unidos, Thomas Woodrow Wilson, quien promoviera a través del último de sus 'Catorce puntos', la creación de un organismo internacional que facilitara la solución pacífica de controversias, a saber, la 'Sociedad de Naciones', también lo es que el Senado de Estados Unidos en ningún momento ratificó el Pacto de la Sociedad de las Naciones, incorporado al texto del Tratado de Versalles de 1919, por su oposición al artículo X de dicho pacto, en virtud del cual se establecía que: "Los miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener con toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los Miembros de la Sociedad ...".

<sup>49</sup> Al respecto, hemos de aclarar que si bien su texto no ha sido hasta hoy ratificado por el Senado de los Estados Unidos, el mismo gobierno reconoce que una gran cantidad de las disposiciones cristalizadas en tal Tratado le obligan en razón del derecho internacional consuetudinario.

<sup>50</sup> Aunque firmada por los Estados Unidos en 1995, el texto de dicha Convención no fue ratificado posteriormente por aquel gobierno. Precisamente, sólo los Estados Unidos y Somalia no son parte de tal documento.

<sup>51</sup> Firmada por aquel gobierno en 1980, pero hasta hoy no ratificada junto con Afganistán, y Santo Tomé y Príncipe.

<sup>52</sup> Firmado en 1997, pero hasta hoy no ratificado por el Senado de los Estados Unidos.

<sup>53</sup> Con relación a la Convención sobre el Cambio Climático de 1992, hacemos referencia nuevamente a la actual Secretaria de Estado estadounidense, Condoleezza Rice quien hacia el año 2000 destacaría que cualesquiera que fueran los hechos sobre el calentamiento global, "... un tratado que no incluye a China y exenta a los países 'en vías de desarrollo' de estándares severos, al tiempo en que se penaliza a la industria americana, de ningún modo puede ser un interés nacional americano". Cfr. RICE, Condoleezza. *Promoting the National Interest* en *Ibidem*, pág. 37. (Traducción propia)

<sup>54</sup> Si bien este Tratado aun no entra en vigor, pues hasta ahora sólo ha sido ratificado por 31 de los 44 Estados que cuentan con instalaciones Nucleares. Estados Unidos lo suscribió en 1996, empero hasta la fecha no lo ha ratificado.

<sup>55</sup> Estados Unidos mostró en todo momento su oposición a dicho Tratado, lo destacable del caso es que tal oposición hubo de manifestarse junto con la de los gobiernos de Irak, Corea del Norte e Irán, tres de los países considerados como parte del 'Eje del mal' del Presidente George Bush.

<sup>56</sup> Si bien el gobierno del Estados Unidos firmó el Estatuto de Roma de 2000, dos años después el Senado de Estados Unidos decidió no ratificar dicho instrumento y por ende, rechazar la jurisdicción de aquel Tribunal sobre la comisión de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por parte de ciudadanos estadounidenses. Al mismo tiempo, nos permitimos aclarar también que acorde con el artículo 13 (b) del Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad, con base en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá remitir al Fiscal una situación en que pareciera haberse cometido cualquiera de los crímenes establecidos por artículo 5 de dicho instrumento. No olvidemos que en tal caso, Estados Unidos ocupa hasta hoy, un asiento permanente de dicho Consejo de Seguridad.

<sup>57</sup> Aun cuando Estados Unidos fue el principal promotor de la 'cláusula federal' consignada en el artículo 28 de esta Convención, lo cierto es que tan sólo firmaría dicha Convención en 1977 y desde luego, no presentó documento alguno de ratificación posteriormente.

un par de ocasiones se ha mostrado de manera justificada o no, un tanto renuente a acatar la competencia de dicho tribunal o bien, las decisiones de fondo, emanadas del mismo en contra de aquél Estado.

La primera de las situaciones puede ser dilucidada fácilmente, a través de la medida emprendida por el presidente Ronald Reagan al retirar la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en el año de 1985, como resultado de la decisión del mismo tribunal para entrar a conocer sobre el fondo del asunto en el CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA, aun cuando el gobierno de Estados Unidos había argumentado en aquel caso, la incompetencia de la Corte para resolver sobre los hechos, en razón de la ausencia de aquella misma aceptación por parte del gobierno de Nicaragua<sup>58</sup>.

El segundo de los casos al que habremos de referir es sin duda, el procedimiento instituido por el gobierno mexicano en contra nuevamente de los Estados Unidos, a saber, el denominado CASO AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS<sup>59</sup>, resuelto por este tribunal en marzo de 2004. A diferencia del caso anterior, en este último, Estados Unidos no encontró argumento alguno para oponerse a la competencia de este tribunal, pues aun cuando había retirado la aceptación de la competencia contenciosa por decreto del ejecutivo estadounidense en 1985, continuaba siendo miembro *ipso facto* del Estatuto y por ende, sujeto a la jurisdicción de dicho tribunal para los casos en que así lo decidiera o que de otro modo, estuviesen expresamente previstos por un tratado. Precisamente fue este último aspecto, el que obligaría a los Estados Unidos a someterse a aquel procedimiento.

En esta tesitura, Estados Unidos no tuvo mayor opción que sujetarse a la jurisdicción del máximo tribunal de las Naciones Unidas, en razón de que al igual que nuestro país, aquél también era Estado parte tanto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 como de su Protocolo Opcional, documentos que sin duda dotaron a dicho tribunal de competencia y jurisdicción para conocer y emitir el fallo respectivo, que finalmente favorecería a México. Empero, en este sentido es preciso advertir que aun ante la sorpresa que en aquél momento había causado la respuesta positiva del presidente Bush, en cuanto a su decisión de acatar la decisión de la Corte y la orden emitida a los diversos jueces locales y locales de los Estados

---

<sup>58</sup> Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, Jurisdiction and admissibility Judgment, I.C.J. Reports, 1984, p. 392, pág. 441. Sin embargo, hemos de precisar que Estados Unidos había aceptado desde el 2 de agosto de 1946, la competencia de la Corte Internacional de Justicia en los términos del artículo 36 (2) de dicho instrumento.

<sup>59</sup> *Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p.12.

Unidos al respecto, lo cierto es que tan sólo algunos días después la propia Condoleezza Rice anunció al entonces Secretario General de las Naciones Unidas el retiro del Protocolo Opcional de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares<sup>60</sup>.

En segundo término, parece conveniente mencionar también que de modo paradójico, aquel protocolo fue iniciativa original de los Estados Unidos y ratificado por éste hacia 1969, junto con el texto de la Convención misma. Más aun, hemos de decir también que fue Estados Unidos el primer Estado en invocar tal protocolo ante la Corte Internacional de Justicia en el caso contra Irán por la captura de 53 ciudadanos estadounidenses retenidos como rehenes en Irán, bajo el régimen del Ayatollah Khomeini<sup>61</sup>.

Por último, además de todo lo dicho hasta ahora, es conveniente también referir al modo en que Estados Unidos actuó principalmente contra el régimen Talibán en Afganistán, como respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, atribuidos a *Al-Qaeda* y por supuesto, a la manera en que hasta en la actualidad ha intervenido en el territorio iraquí. Sin ser nuestra intención el ahondar en demasía sobre ambos temas, hemos de precisar que en todo momento, el gobierno de Estados Unidos ha intentado de alguno u otro modo legitimar sus acciones ante la comunidad internacional, lo curioso es que siempre sobre las bases de normas jurídicas internacionales. Así, en el primero de los casos, el gobierno estadounidense demandó al régimen Talibán la entrega de Osama Bin Laden o en su caso, enfrentar un ataque armado. Acto seguido, el Consejo de Seguridad, a través de su resolución 1373, condenó los actos cometidos en contra de Estados Unidos y si bien reconoció la existencia del inherente derecho a la legítima defensa, en aquél momento no refirió a tal derecho en favor de los Estados Unidos<sup>62</sup>.

A casi un mes de ocurridos los ataques, Estados Unidos informó al presidente del Consejo de Seguridad acerca del inicio de una operación militar sobre el territorio de Afganistán en ejercicio de su derecho de legítima defensa, acorde con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En respuesta, dicho órgano no se mostró en contra de los actos emprendidos por el gobierno estadounidense y sus aliados, más aun, el

---

<sup>60</sup> Cfr. Senado de la República (LX Legislatura). *Proposición con punto de acuerdo de urgente u obvia resolución por el que la comisión permanente del H. Congreso de la Unión hace votos porque el poder judicial del Estado de Texas se pronuncie a favor de aplicar el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de José Ernesto Medellín Rojas y en los restantes del denominado caso Avena*. *Gaceta del Senado*, No. 4 (2005) miércoles 25 de mayo.

<sup>61</sup> Cfr. *Idem*; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran...* *Op. Cit.* p. 3.

<sup>62</sup> Cfr. HILAIRE, Max. *United Nations Law and the Security Council*. Ashgate Publishing Limited, United Kingdom, 2005, pág. 235.

presidente del Consejo de Seguridad emitió también una declaración en donde reconoció a los Estados Unidos, el derecho a emplear la fuerza en contra de Afganistán, bajo el argumento de una legítima defensa<sup>63</sup>.

Por otro lado, ya desde antes, algunos otros miembros de las Naciones Unidas habían condenado de manera profunda los actos ocurridos en Washington y Nueva York y desde luego, expresado también, el deber absoluto de la comunidad internacional para combatir al terrorismo internacional, condena que posteriormente habría de quedar cristalizada a través de la resolución 1383, aprobada por el Consejo de Seguridad<sup>64</sup>.

En cuanto a la guerra en Irak, desatada primordialmente por los Estados Unidos en 2003, hemos de notar en primer término que aquella invasión sobre el territorio iraquí y de manera directa en contra del régimen de Sadam Hussein, constituyó un hecho que sin duda alguna, contribuyó al agravamiento de la crisis entre aquel país y la Organización de las Naciones Unidas suscitada principalmente, desde la administración del presidente estadounidense Ronald Reagan. En este sentido, las Naciones Unidas han jugado un papel central en el conflicto protagonizado por los Estados Unidos e Irak desde los inicios de la década de los noventa, cuando el Consejo de Seguridad ordenó un severo embargo en contra de Irak a través de su resolución 661 del 6 de agosto de 1990 y un poco después respaldó la intervención de la coalición en razón de su resolución 678 del 29 de noviembre de 1990. Entre 1991 y 1998 el mismo Consejo de Seguridad emitió 16 resoluciones, a través de las cuales pidió al gobierno iraquí la eliminación de toda producción y uso de armas de destrucción masiva<sup>65</sup>.

Ante la constante actitud negativa de Irak, con respecto a la entrada de los inspectores enviados por las Naciones Unidas, en aquél mismo año el Congreso estadounidense aprobó la '*Iraq Liberation Act*', conforme a la cual intentaba buscarse el derrocamiento de Hussein, sin embargo, por aquel mismo tiempo un nuevo intento de las Naciones Unidas para lograr la entrada provocó el retraso de la ejecución de aquel intento por parte de Estados Unidos de intervenir en el territorio iraquí<sup>66</sup>. Empero, nuevamente aquella intención fue reavivada como consecuencia de los ataques terroristas en septiembre de 2001, no sólo bajo el argumento de la posesión y utilización de armas

---

<sup>63</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>64</sup> *Cfr. Idem.* Por su parte, aquellos Estados fueron: Australia, Bélgica (en representación de la Unión Europea), Brasil, Cuba, Israel, Japon, Nueva Zelanda, Rumania, Eslovenia y Yugoslavia. *Cfr. United Nations, S/2001/864. Note by the President of the Security Council, 13 de septiembre de 2001.*

<sup>65</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>66</sup> *Cfr. Idem.*

de destrucción masiva, sino más aun, el posible vínculo de Irak con probables ataques terroristas futuros en contra de los Estados Unidos<sup>67</sup>.

El gobierno norteamericano apeló ante el Consejo de Seguridad lo que dio origen a la resolución 1441 del 8 de noviembre de 2002, a través de la cual, dicho órgano dio a Irak la última oportunidad para cooperar con los inspectores de Naciones Unidas, al tiempo en que de manera detallada, impuso nuevas inspecciones de armamento más estrictas. Así, seguido de la revuelta diplomática y la confusión que todo ello generó, la amplia oposición de países como Francia, Alemania, Bélgica, China y Rusia para recurrir a una guerra en contra de Irak y el fallido intento de convencimiento por parte de Tony Blair, entonces primer ministro del Reino Unido, hacia los demás miembros del Consejo de Seguridad, Estados Unidos decidió emprender medidas unilaterales, minimizando las decisiones del Consejo de Seguridad y de este modo, con el respaldo principalmente del Reino Unido y España, daría inicio a la guerra en contra del régimen de Saddam Hussein, sobre las bases de la 'supuesta' existencia de armas de destrucción masiva, vínculos con el terrorismo internacional y violaciones masivas a los derechos humanos<sup>68</sup>.

De ambas acciones militares emprendidas por el gobierno de Estados Unidos, tan sólo podemos percibir el intento de aquél gobierno por legitimar cada una de sus acciones frente a la comunidad internacional, siempre sobre las bases de normas existentes de derecho internacional, entre las cuales, según hemos referido en primer término, al derecho de legítima defensa cristalizado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, la lucha contra el terrorismo internacional, la no proliferación de armas de destrucción masiva y desde luego, el cese de las violaciones masivas a los derechos humanos.

Más aun, incluso con el poder hegemónico con que cuentan los Estados Unidos, podemos efectivamente dilucidar la existencia de una comunidad internacional, por ejemplo, a través del rechazo a la guerra y la continua ocupación en Irak, al menos esto último parece mostrar que en los tiempos futuros, aquella intervención no sentará precedente alguno para una concepción más amplia en cuanto a la utilización del uso de la fuerza o bien, a la utilización sin autorización previa del Consejo de Seguridad. A modo de conclusión, referimos de nueva cuenta a Kofi Annan, quien advirtió que "*¿Qué clase de mundo sería o quién quisiera vivir en él, si cada país estuviese*

---

<sup>67</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 47.

<sup>68</sup> Cfr. The White House. President George W. Bush. *Iraq Denial and Deception. U.S. Secretary of State Collin Powell addresses the U.N. Security Council*. February 5, 2003 en [[www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030205-1.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030205-1.html)] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

*autorizado a hacer uso de la fuerza, sin acuerdo colectivo alguno, simplemente porque se piensa que podría existir una amenaza?*<sup>69</sup>

#### 4.3. LA GLOBALIZACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA IDEA DE COMUNIDAD INTERNACIONAL

El concepto 'globalización' y las consecuencias que de aquél devienen en la esfera de la comunidad y el derecho internacional resultan ser hoy por hoy, una de las cuestiones mayormente abordadas y debatidas tanto en el ámbito doctrinal como en el político. De este modo, para algunos la globalización advierte la existencia de un concepto que implica en sí, dos grandes fenómenos: en primer término, la creciente internacionalización de los diversos aspectos de la actividad económica, social, tecnológica y política, en segundo lugar y como resultado de lo anterior, el continuo aumento de la interacción entre los Estados y las diferentes sociedades en todos y cada uno de aquellos aspectos<sup>70</sup>.

En este mismo sentido, referimos a la definición concebida por **Sergio López Ayllón**, acorde con quien por globalización se comprende al *“conjunto de procesos que engloban una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes”*<sup>71</sup>.

Conforme a **Joseph Stiglitz**:

*“el decremento de los costos en las comunicaciones y los transportes, así como de las barreras artificiales impuestas a los bienes y factores de producción han llevado a una cada vez más cercana integración de las economías del mundo. La globalización implica la movilidad no sólo de bienes y servicios, sino también de capital –y en menor medida de personas. La globalización engloba no sólo la integración de mercados, sino también el surgimiento de una sociedad civil global”*<sup>72</sup>.

A partir de lo anterior, hemos de establecer que la globalización se ha acentuado en virtud de los rápidos y constantes avances tecnológicos, particularmente, aquellos relacionados con la tecnología de la información y la comunicación, aunado también a

<sup>69</sup> ANNAN, Kofi. *Iraq war has sparked UN-US Crisis* en BUZAN, Barry y GONZÁLEZ PELAEZ, Ana. *International Community after Iraq...* Op. Cit. pág. 47.

<sup>70</sup> Cfr. ZIFCAK, Spencer. *Globalisation and the Rule of Law*. Routledge. New York, 2005. pág. 32.

<sup>71</sup> LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. *Globalización, estado de derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la Globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004. pág. 10.

<sup>72</sup> Cfr. STIGLITZ Joseph en HELD, David & KOENING- ARCHIBUGI, Mathias (eds.). *Taming Globalization: Frontiers of Governance*. Polity Press, United Kingdom, 2003. pág. 37 (Traducción propia).

la creciente internacionalización de los diversos problemas sociales y económicos, presentes hacia el interior de cada uno de los Estados.

Situaciones tales como los grandes movimientos migratorios, los incontables flujos de capital a través de las fronteras, los problemas ambientales, la propagación de enfermedades tales como el VIH-SIDA, la pobreza, las violaciones a derechos humanos, las crecientes redes del crimen organizado, la proliferación de armamentos y el combate al terrorismo, constituyen hoy en día, problemáticas que dejan totalmente de lado una mera solución de carácter interno y en sentido contrario, demandan para su tratamiento la existencia de una comunidad internacional, basada no sólo en lazos de coexistencia, sino más aun de vínculos de cooperación y solidaridad.

Como resultado de lo anterior, a lo largo de las últimas décadas el derecho internacional ha ampliado su ámbito y alcance de acción y ejecución. Como ejemplo, la escena jurídica mundial se ha visto plagada de una gran cantidad de tratados y textos internacionales -incluido entre ellos, el denominado '*soft law*'-, todos ellos diseñados para tratar y contrarrestar cada uno de los fenómenos anteriores. De modo paralelo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, los diversos componentes de la comunidad internacional han sido protagonistas y testigos de la proliferación de una gran cantidad de instituciones internacionales especializadas, tendientes a la implementación de nuevos regímenes que en ocasiones por su misma naturaleza, han superado ya al Estado y a la soberanía, ambos conceptos entendidos desde una perspectiva puramente Westfaliana.

Dentro de aquellas instituciones se incluyen desde luego, aquellas creadas bajo el auspicio político y económico de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Mundial del Comercio, respectivamente, a saber, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en tanto que en el plano meramente jurisdiccional, podemos dilucidar también la creación de diversos tribunales internacionales de carácter especializado, tales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y de modo más específico, aquellos en materia de derechos humanos y derecho humanitario principalmente, los Tribunales Internacionales de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda de carácter temporal, así como la Corte Penal Internacional, de naturaleza permanente.

Parece preciso apuntar también al pensamiento de la jurista británica **Rosalyn Higgins**, actual presidente de la Corte Internacional de Justicia, para quien el fenómeno de la globalización "*representa la realidad en que vivimos en un tiempo*

*donde las paredes de la soberanía no resultan de protección alguna en contra de los flujos de capital, trabajo, información e ideas, así como tampoco proveen de efectiva protección en contra de los daños*<sup>73</sup>.

Así, podemos observar que acorde con la *iusinternacionalista* mencionada y según profundizaremos en los párrafos que siguen, la idea tradicional de soberanía externa - entendida como *“una potestad suprema [del Estado], en el sentido de que su potestad se halla libre de toda sujeción o limitación respecto a una potestad exterior”*<sup>74</sup> - ha sido también desquebrajada en virtud de dos circunstancias de capital importancia. En virtud de los avances tecnológicos, primordialmente en materia de comunicaciones, la globalización ha logrado un elevado grado de interdependencia económica y financiera. De este modo, la cada vez mayor integración de las diversas economías ha generado en sí, la promesa a los diversos pueblos de una liberalización paulatina del comercio, de las inversiones y en consecuencia, el incremento de la competencia y la disminución de precios, lo que al final deriva en una elevación considerable en los niveles de vida en todo el planeta. Empero, hasta hoy en día, tal escenario ideal constituye efectivamente una promesa parcial e inequitativamente satisfecha.

Conforme al pensamiento de algunos autores, el fenómeno de la globalización, comprendido de manera relativa como el libre movimiento de personas, bienes, dinero, servicios e ideas, a través de las fronteras y a lo largo de grandes distancias alrededor del mundo, es en la actualidad, no más intenso de lo que lo fue en otros tiempos, tales como los últimos años del siglo XIX o las primeras décadas del siglo XX<sup>75</sup>.

Si bien es cierto, fenómenos tales como la migración y el intercambio comercial fueron de gran importancia durante aquél periodo de la historia, el mundo en el que hoy en día vivimos presenta otras magnitudes no sólo en cuanto al grado sino también en virtud de la existencia de los más variados fenómenos, en nada comparables con los existentes hacia principios del siglo pasado. Así, gracias al rápido y constante desarrollo tecnológico junto con otros factores, podemos hablar de cambios en los transportes, la comunicación y el desarrollo de los cada vez más complejos armamentos<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. HIGGINS, Rosalyn. International Law in a Changing International System. The Cambridge Law Journal, vol. 58, No. 2, March, 1999. pág. 77. (Traducción propia).

<sup>74</sup> CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría General del Estado. Sección de Obras de Política y Derecho. Facultad de Derecho/UNAM/ Fondo de Cultura Económica. México, 1998. pág. 81.

<sup>75</sup> Cfr. JACKSON, John. Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law. Cambridge, University Press. United Kingdom, 2006. pág. 10.

<sup>76</sup> Cfr. *Idem*.

Sin lugar a dudas, estos y otros cambios han escapado del control exclusivo de los gobiernos internos y por ende, su solución exige día a día, de una 'comunidad internacional' fundamentada no sólo en lazos de simple coexistencia, sino de cooperación y solidaridad para hacer frente a las problemáticas y fenómenos que conciernen al futuro de toda la humanidad<sup>77</sup>.

Respecto de los medios de transportación con que hoy en día contamos, el impacto que las grandes tecnologías han tenido sobre éste ha ocasionado cambios radicales en ellos que sin duda, han derivado en una reducción fehaciente tanto de los costos, como del tiempo utilizado principalmente en la movilización de bienes, alrededor de todo el mundo. Mientras que durante los primeros años del siglo XX, los costos y el tiempo de transportación representaban una enorme barrera natural para el comercio, lo cierto es que hoy en día tal barrera es en gran medida inexistente. Por su parte, el desarrollo de las comunicaciones también han resultado beneficiadas por las inimaginables reducciones de tiempos y costos con las que hoy se muestran<sup>78</sup>.

Los factores de reducción de tiempos y costos tanto en la transportación como en las comunicaciones han provocado un acelerado impacto en las diversas técnicas de producción a nivel mundial. De este modo, la globalización en el ámbito económico ha traído consigo un constante aumento en el número de empresas transnacionales que, aunado a los fenómenos de tercerización –*outsourcing*– y la presencia de mano de obra barata a través de las maquiladoras –*sweatshops*– ubicadas en vías de desarrollo, han tomado ventaja de tales factores para la movilización de bienes y servicios en un menor tiempo y con un valor agregado, lo que ha dejado un tanto de lado la idea de la producción meramente nacional, contemplada aun por el derecho internacional<sup>79</sup>.

Los grandes desarrollos tecnológicos han cobrado desde la última mitad del siglo pasado, una gran fuerza en la producción y distribución de armamentos de todo tipo, lo que ha ocasionado un vuelco total en el escenario de las relaciones internacionales. En este tenor, gracias a los avances tecnológicos en la materia, aquella carrera armamentista que parecía encontrar un anhelo final hacia principios de los años noventa, representa hoy en día uno de las más grandes amenazas para toda la humanidad. El mundo actual se encuentra sin duda, no sólo se encuentra ante el peligro de una cada vez más variada producción de armas de destrucción masiva, sino

---

<sup>77</sup> Al respecto, véase DUPUY, Jean-Pierre. *International Law: Torn Between Coexistence, Cooperation and Globalization General Conclusions*. *European Journal of International Law*. Vol. 9 (1998) No. 2. págs. 278-286.

<sup>78</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 11.

<sup>79</sup> Cfr. *Idem*.

también ante el daño que implica la creciente y compleja distribución de armamento tradicional, gracias a las numerosas redes del crimen organizado, lo anterior, aunado a los factores de disminución de tiempos y costos en la transportación y las comunicaciones.

Conviene referir de nuevo al pensamiento de Kofi Annan quien advierte que a pesar de que los seres humanos han interactuado a lo largo del planeta desde hace ya varios siglos, el fenómeno de la globalización actual resulta ser un tanto diferente. Así, en razón del desarrollo de grandes tecnologías, en específico, el internet, la interacción entre los individuos es hoy en día más rápida y se encuentra regulada por normas diferentes y en ocasiones incluso, por la ausencia total de normas. Acorde con el pensamiento del ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, la idea de globalización trae consigo más opciones y nuevas oportunidades para la prosperidad. Empero, de modo paradójico, millones de personas alrededor del mundo experimentan la existencia de tal fenómeno no precisamente como un agente de progreso, sino al contrario, como una fuerza disruptiva tendiente a destruir vidas, trabajos e identidades, lo que ha ocasionado una inevitable resistencia, buscando refugio en el nacionalismo, fundamentalismo y -sigue Annan- otros ismos<sup>80</sup>.

#### 4.3.1. LA GLOBALIZACIÓN. SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Dentro de este contexto es conveniente analizar la existencia de tres factores, consecuencia en gran medida de los factores globalizadores que sin duda, han tenido lugar hacia el interior de los gobiernos de los Estados mismos. En primer término, nos referimos a la fragmentación de aquellos y al mismo tiempo a la coalición de acuerdos regionales, como ambas caras de un mismo fenómeno. Durante las últimas décadas, el mundo ha experimentado la escisión de un considerable número de naciones, dentro de los más notables ejemplos hemos de referir a la ex Unión Soviética, de la que emergería la Comunidad de Estados Independientes; la desintegración de la antigua República Socialista de Yugoslavia y finalmente, a la división por decisión parlamentaria del territorio de la antigua Checoslovaquia, dando lugar a la República Checa y a Eslovaquia como dos Estados independientes, hacia 1993.

De manera paralela, el mundo también ha hecho frente a una desmesurada tendencia hacia la integración que a lo largo de las últimas décadas, ha ido desde simples tratados de libre comercio -de entre los más importantes, el Tratado de Libre Comercio

<sup>80</sup> Cfr. ANNAN, Kofi. *Problems without Passports en What is the International Community? Foreign Policy*; Sept/Oct 2002. pág. 30.

de América del Norte-; la existencia de mercados comunes, tal es el caso del MERCOSUR, hasta llegar a verdaderas uniones económicas, como lo constituyen hoy en día, la Unión Europea y la denominada Unión Económica de Benelux -*Benelux Economische Unie/ Union Économique Benelux*-. Estas situaciones han generado indudablemente, una serie de nuevos cuestionamientos dentro de la óptica del derecho internacional, de entre los que vale la pena destacar, la condición de de Estado, la distribución del poder político mundial, el dominio sobre los recursos naturales, el posicionamiento del individuo en la escena internacional, los conceptos de sucesión de Estados, entre muchos otros.

Es conveniente precisar el modo ordinario en que los gobiernos de los Estados han funcionado hacia su interior. En este punto establecemos que las diversas instancias gubernamentales, especialmente aquellas que se encuentran dotadas de cierto grado de soberanía, entendida en este caso como monopolio en el ejercicio interno del poder, se encuentran día a día, mayormente limitadas en el modo en que tales instancias ejercen dicho poder. De este modo, referimos nuevamente al pensamiento de Kofi Annan, quien en un conocido artículo publicado en *The Economist* en 1999, advirtió que la noción de soberanía estatal requiere hoy en día, ser redefinida, de modo tal que los Estados aparecen ya, como instrumentos al servicio de los pueblos y no al revés<sup>81</sup>.

Acorde con la idea anterior, la legitimidad del Estado en tanto ente soberano, se encuentra sujeta al respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todos los individuos, ubicados dentro de los límites de su jurisdicción. Según apunta Annan, hoy en día, al leer la Carta, más que nunca estamos conscientes de que su objetivo es precisamente proteger los derechos humanos y jamás en sentido contrario, proteger a quienes abusan de ellos<sup>82</sup>.

Dilucidamos lo anterior también a partir de la creación de diversos organismos internacionales, especialmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, cuyas condiciones de préstamos y financiamientos hacia los Estados en vías de desarrollo, someten en gran medida, a las políticas gubernamentales de cada uno de ellos, principalmente en torno a la establecimiento de impuestos, la seguridad social, las estructuras económicas y el presupuesto gubernamental.

---

<sup>81</sup> Cfr. ANNAN, Kofi. *Two Concepts of Sovereignty*. *The Economist* 352, September 18, 1999. págs. 49-50.

<sup>82</sup> Cfr. *Idem*.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, es una organización internacional constituida en la actualidad por 30 Estados miembros – europeos y no europeos- donde se analizan y parametrizan, al tiempo en que se establecen recomendaciones con relación a una gran variedad de tópicos que van desde la economía, la educación, la corrupción y el medio ambiente.

Al menos en estos tres casos, hemos de observar la existencia de un Estado severamente ‘atenuado’. Más aun, principalmente en torno al papel hegemónico de Estados Unidos, han aparecido a luz de la doctrina internacional conceptos tales ‘*rogue states*’ o ‘*failed states*’, para hacer referencia especialmente a aquellos Estados ‘antidemocráticos’, donde se manifiestan claras y continuas violaciones a los derechos humanos, o bien, para aludir a aquellos Estados en posesión y desarrollo de armas de destrucción masiva, como lo ejemplifican en la actualidad el caso de Irán y de Corea del Norte.

Como un último factor, destacamos también la existencia de un determinado tipo de problemáticas que gracias nuevamente a los factores del transporte y al desarrollo de las comunicaciones, se transmiten de manera casi automática entre todos los países, en desconocimiento de toda clase de fronteras y provocando una crisis en las instituciones a nivel gubernamental.

Ejemplos de las problemáticas anteriores, los constituyen sin duda, las enfermedades de transmisión entre las que desde luego podemos citar el SARS, el VIH-SIDA, la gripe aviar, nuevos tipos de influenza y otras enfermedades que ponen en riesgo extremo a la vida. Por otro lado, las crecientes redes del crimen organizado, dedicadas al narcotráfico, el comercio de armamento, el lavado de dinero y la prostitución, los nuevos crímenes cibernéticos, entre otros, conforman también aquellos fenómenos internacionales que escapan de la solución individual de cada uno de los Estados y por el contrario, requieren de una solución de carácter global por parte de todos quienes integran a la comunidad internacional.

#### *4.4. EL ESTADO Y LA SOBERANÍA EN EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL*

Alejados un tanto del aspecto económico y financiero donde el impacto de la globalización ha ganado uno de los más grandes terrenos, en este punto habremos de referirnos a la noción tradicional de Estado y su atributo inherente: la ‘soberanía’, en tanto que el análisis de ambas figuras en el contexto actual de las relaciones internacionales resultarán de gran ayuda para comprender de un mejor modo, la

estructura actual de la comunidad internacional y en consecuencia, su identificación con la idea de *ius cogens*, objeto principal de esta investigación.

Así en primer lugar, ya desde mediados del siglo XX, la noción clásica de soberanía, comenzó a ser motivo de controversias en el ámbito doctrinal. Así, en su opinión individual para el CASO DEL CANAL DE CORFÚ de 1948, el Juez Álvarez destacó lo siguiente:

*“No podemos considerar más a la soberanía como un derecho absoluto e individual de cada Estado, del modo en que solía ser bajo el derecho antiguo fundado en un régimen individualista, acorde con el cual los Estados se obligaban únicamente, por las normas que éstos aceptaban. Hoy en día, debido a la interdependencia y al predominio del interés general, los Estados se encuentran obligados por muchas normas que no han surgido por su consentimiento. La soberanía de los Estados se ha convertido ahora en una institución, una función social internacional de carácter psicológico, que debe ser ejercida conforme al nuevo derecho internacional”<sup>83</sup>.*

Aludimos en primer término al trabajo elaborado por la COMISIÓN INTERNACIONAL PARA LA INTERVENCIÓN Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS en 2001, mismo que en su texto advierte que:

*“... las condiciones en que se ejerce la soberanía –y se lleva a cabo la intervención– han cambiado drásticamente desde 1945: han surgido muchos Estados nuevos que aún están consolidando su identidad; la evolución del derecho internacional ha restringido considerablemente la libertad de acción de los Estados, y no sólo en el ámbito de los derechos humanos; el nuevo concepto de seguridad humana ha creado nuevas exigencias y expectativas respecto de la forma en que los Estados tratan a su población; y muchos nuevos agentes desempeñan en el plano internacional un papel que antes correspondía más o menos exclusivamente a los Estados ...”<sup>84</sup>.*

Es preciso establecer que si bien, la idea de soberanía resulta ser en la actualidad, ser una de las que mayor crítica han merecido en el ámbito doctrinal, también es cierto que tal idea permanece aun como parte de la esencia de la teoría del derecho y las

---

<sup>83</sup> Cfr. *Corfu Channel Case*, Separate Opinion of Alejandro Álvarez, I.C.J. Reports 1949, pág. 43 (Traducción propia).

<sup>84</sup> Comisión Internacional para la Intervención y la Soberanía de Los Estados. *Informe de la Comisión Internacional para la Intervención y la Soberanía de los Estados: La responsabilidad de proteger*, 2001. [www.iciss-ciise.gc.ca/report-en.asp] con acceso el día 15 de agosto de 2007.

relaciones internacionales. Así, la idea clásica de soberanía, es decir, aquella que surgiría hacia mediados del XVII, entendida como el monopolio de la fuerza por parte de cada uno de los Estados, o que conforme al pensamiento del *iusfilósofo* italiano **Luigi Ferrajoli**, representa “*la ausencia de todos límites y reglas*”<sup>85</sup>, en últimos tiempos ha resultado desacreditada por muchos, en virtud primordialmente, de la creciente tendencia que coloca al individuo como principal punto de atención de la comunidad internacional y desde luego, la relevancia que de manera paulatina ha intentado cobrar la denominada intervención humanitaria en el panorama jurídico internacional. No obstante, para muchos otros, principalmente aquellos que se oponen a cualquier intervención por parte de las potencias extranjeras o autoridades supraestatales, en las decisiones gubernamentales de los Estados, la idea de soberanía parece aun constituir la piedra de toque de las relaciones internacionales.

En este mismo sentido, otros autores han destacado también que:

*“el concepto clásico de soberanía estatal ... se ha convertido gradualmente en objeto de crítica por parte de los diferentes actores políticos. [Sin embargo] todos parecen ser unánimes en cuanto a sus expectativas acerca de una inevitable desaparición del sistema westfaliano de Estados ...”*<sup>86</sup>.

Por otra parte, el diplomático estadounidense **Richard N. Haass**, apunta que:

*“Historicamente, la soberanía ha sido asociada a cuatro características principales: primero, un Estado soberano es aquel que goza de suprema autoridad política y el monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza dentro de su territorio. Segundo, es capaz de regular los movimientos que suceden a través de sus fronteras. Tercero, puede decidir libremente en cuanto a su política exterior. Finalmente, es reconocido por otros gobiernos como una entidad independiente con derecho a ser libre de una intervención externa. Estos componentes de la soberanía jamás han sido absolutos, sin embargo, reunidos ofrecen un fundamento predecible para el orden mundial. Lo que resulta significativo hoy en día es que cada uno de esos elementos –autoridad interna,*

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías...* Op. Cit. págs. 147.

<sup>86</sup> Cfr. STADEN van Alfred & VOLLAARD, Hans. *The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-Territorial World?* en JACKSON John, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law...* Op. Cit. pág. 63. (Traducción propia).

*control fronterizo, autonomía política y la no intervención- son desafiados en modos sin precedentes*<sup>87</sup>.

Asimismo, **Stephen Krasner**, refiere al concepto de 'soberanía' como una simple 'hipocresía organizada' – *organized hypocrisy*-. De este modo, el internacionalista americano advierte que los Estados en ningún momento han sido tan 'soberanos' como algunos lo afirman, por el contrario, a lo largo de la historia mundial, los gobernantes han estado profundamente motivados por el deseo de permanecer en el poder y nunca por un apego abstracto a los principios internacionales<sup>88</sup>.

En otro caso, **Henry Schermers**, profesor de la Universidad de Ámsterdam, en 2002 escribió que:

*“La soberanía tiene muchos aspectos y ninguno de estos es estable. El contenido de la noción de soberanía es continuamente cambiante, especialmente durante los años recientes ... De lo anterior, podemos concluir que bajo el derecho internacional, la soberanía de los Estados debe ser reducida. La cooperación internacional exige que todos los Estados se encuentren obligados por los requisitos mínimos establecidos por el derecho internacional, sin tener derecho a alegar que su soberanía les permite rechazar aquellas normas internacionales fundamentales ... La comunidad mundial absorbe la soberanía de los territorios donde los gobiernos fracasan completamente y que en consecuencia, la soberanía interna ha desaparecido en aquellos territorios. La comunidad mundial por ahora, tiene suficientes medios para intervenir con el auxilio de los Estados existentes y tiene en consecuencia, la obligación de regular aquellos territorios donde los gobiernos fracasan*<sup>89</sup>.

En el ámbito político, **John Jackson** destaca también el pensamiento de algunos líderes mundiales que han expresado su pensamiento respecto a la necesidad de reinterpretar el concepto de 'soberanía', adecuándolo a las exigencias y necesidades del mundo en que actualmente habitamos.

---

<sup>87</sup> Cfr. HAASS, Richard. *Sovereignty: Existing Rights, Evolving Responsibilities* en JACKSON, John. *Sovereignty-Modern New Approach to an Outdated Concept*. The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 4, (2003), pág. 786. (Traducción propia).

<sup>88</sup> Cfr. KRASNER, Stephen. *Organized Hypocrisy* en JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law...* Op. Cit. pág. 64.

<sup>89</sup> Cfr. SCHERMERS, Henry. *Different Aspects of Sovereignty* en JACKSON. *Sovereignty- Modern New Approach to an Outdated Concept...* Op. Cit. pág. 787.

Así, acorde con el pensamiento de **Boutros Boutros- Ghali**, Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas hacia 1992, en su reporte al Consejo de Seguridad *“El respeto a la soberanía e integridad fundamentales de un Estado son cruciales para lograr cualquier progreso internacional común. Sin embargo, el tiempo de la soberanía absoluta y exclusiva ha terminado. Su teoría nunca estuvo armonizada con la realidad”*<sup>90</sup>.

En este mismo sentido, refiere también a **Tony Blair**, acorde con quien el orden mundial actual exige la existencia de nuevas normas para la cooperación internacional y nuevos modos para organizar a las instituciones internacionales ante el surgimiento de una nueva doctrina de la comunidad internacional. Así, establece el ex primer ministro británico que:

*“... Hoy en día, más que nunca antes, somos mutuamente dependientes, el interés nacional resulta en gran medida, regulado por la colaboración internacional ... necesitamos de debate claro y coherente respecto de la dirección que esta doctrina [de la comunidad internacional] ha de llevarnos en cada campo de este esfuerzo internacional ... Los mercados globales financieros, el medio ambiente global, la seguridad global y las cuestiones relativas al desarme: ninguna de ellas puede resolverse sin una intensa cooperación internacional”*<sup>91</sup>.

Parece preciso también destacar en este contexto, el pensamiento de la profesora Anne-Marie Slaughter, acorde con quien el ‘nuevo orden mundial’<sup>92</sup> constituye un verdadero sistema internacional se encuentra estructurado por redes horizontales y verticales que, a diferencia del esquema tradicional en el que el Estado es considerado como un ente unitario dotado de plena soberanía, las redes horizontales, funcionan como modo de interacción entre los diversos componentes del Estado -el ejecutivo, el legislativo y el judicial- y sus homólogos extranjeros a fin de resolver las diversas problemáticas internacionales<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. *An Agenda for Peace—Preventive Diplomacy, Peacemaking, and Peace-Keeping*, Report of the Secretary General en *Idem*. (Traducción propia)

<sup>91</sup> Cfr. *Doctrine of the International Community*, speech by the UK Prime Minister, Tony Blair, at the Economic Club, Chicago Illinois, Apr. 24, 1999 en *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law... Op. Cit.* págs. 66-67.

<sup>92</sup> Cfr. Anne- Marie Slaughter utiliza el término ‘nuevo orden mundial’ -*new world order*- para describir *“al sistema de gobernanza global que institucionaliza la cooperación y contiene suficientemente los conflictos, a fin de que todas las naciones y sus pueblos puedan lograr la paz y prosperidad, mejorar la administración del Planeta y alcanzar los estándares mínimos de dignidad humana”*. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press. USA, 2004. pág. 15 (Traducción propia).

<sup>93</sup> Cfr. *Ibidem*, págs 14-18.

Según advierte Slaughter, en casos excepcionales podemos encontrarnos también ante la existencia de redes de carácter vertical, en las que del mismo modo en que hacen los individuos dentro del Estado, este mismo decide delegar un tanto de su soberanía a una organización supraestatal con verdadero poder –por ejemplo un tribunal internacional o un organismo regulatorio<sup>94</sup>. De este modo, las redes verticales destacan por los estrechos vínculos presentes entre los diversos funcionarios supraestatales y sus homólogos nacionales, tal es el caso por ejemplo, de la relación establecida entre cada uno de los tribunales nacionales europeos y la propia Corte Europea de Justicia<sup>95</sup>, o en otro sentido, las disposiciones jurisdiccionales previstas por el Estatuto de la propia Corte Penal Internacional, acorde con las cuales, corresponde a cada uno de los Estados en principio, la jurisdicción exclusiva para juzgar a los responsables por genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, empero, a través de dicho estatuto, cada Estado deberá ceder aquella jurisdicción a la Corte Penal Internacional en los casos en que se muestre poco dispuesto o incapaz para emprender una determinada investigación<sup>96</sup>.

El esquema del nuevo orden mundial propuesto por la profesora de la Universidad de Princeton, refiere también a la interdependencia a la que desde las últimas décadas el mundo se ha dirigido. Así, esta interdependencia se define como la condición general en la que los Estados se encuentran mutuamente dependientes y vulnerables a lo que los otros hacen, empero que al mismo tiempo, constituye la línea de base que establece la separación, autonomía y fronteras definidas entre cada uno de ellos<sup>97</sup>. Acorde con Slaughter entonces, es preciso advertir la existencia una ‘soberanía disgregada’, en la que los elementos internos que conforman a cada uno de los Estados, son dotados de un cierto grado de soberanía para resolver los problemas de naturaleza global, conforme a las normas de derecho internacional existentes. En este sentido, trátase en todo caso de una soberanía definida no como un concepto de impenetrabilidad, sino al contrario como *“la conexión con el resto del mundo y la capacidad para actuar dentro de éste”*<sup>98</sup>.

Conviene considerar también que más allá del monopolio del poder o la idea de la ausencia de todos límites y reglas, sin lugar a dudas, la ‘soberanía’ ha jugado un papel primordial en el escenario internacional. El artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas consagra como uno de los propósitos de tal Organización, precisamente aquel

<sup>94</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 13.

<sup>95</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>96</sup> Cfr. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional... *Op. Cit.* Artículo 17.

<sup>97</sup> Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order...* *Op. Cit.* pág. 267.

<sup>98</sup> Cfr. REINICKE, Wolfgang. *Global Public Policy en Idem..*

de la igualdad soberana de todos sus miembros y por ende también, la prohibición a sus miembros para intervenir en los asuntos de exclusiva jurisdicción interna de cada uno de los Estados.

Nos apegamos así, al pensamiento de Ferrajoli quien determina que lo anterior representa una verdadera antinomia jurídica. Acorde con este autor, el declive de la soberanía externa quedó sancionado en el derecho internacional a través del texto de la Carta de las Naciones Unidas y posterior en el tiempo, con la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS de 1948 y la celebración de los Pactos Internacionales de 1966. Así, a decir de Ferrajoli, la conclusión de estos documentos transformaría el aspecto normativo del orden mundial, existente hacia aquellos tiempos. De este modo, aquella soberanía que a decir de Ferrajoli, hasta entonces había de caracterizarse por ser un poder salvaje y carente de límite alguno, es decir, una negación misma del derecho, comienza a ser 'lógicamente inconsistente', al quedar supeditada a los límites que desde aquél momento le estableció el propio derecho, a saber, el imperativo de la paz, la prohibición de la guerra y la protección a los derechos humanos<sup>99</sup>.

El derecho internacional que desde siglos atrás se habría caracterizado por ser meramente *pacticio*, en aquél momento, a decir de Ferrajoli, habría de convertirse en un verdadero orden jurídico *supraestatal*, cuya estructura contaría con la "*presencia de normas internacionales que puede ser caracterizadas como ius cogens, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros*"<sup>100</sup>.

Por otra parte, aquel nuevo ordenamiento en el que no sólo los Estados serían sujetos de derecho internacional "*sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la Declaración de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966; los segundos, en cuanto titulares del derecho de autodeterminación reconocido por el artículo 1 de ambos Pactos*"<sup>101</sup>.

A pesar de todo lo anterior, el mismo Ferrajoli advierte que el imperativo de la paz y la protección a los derechos humanos, caracterizados *per se* como verdaderos derechos *supraestatales*, requieren hoy más que nunca de la existencia de garantías jurisdiccionales adecuadas contra los actos ilícitos de los Estados que violen la paz y los derechos fundamentales en el contexto del derecho internacional. Así, el autor

<sup>99</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías...* Op. Cit. págs. 144 y 145.

<sup>100</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>101</sup> Cfr. *Idem*.

refuta el principio de igualdad soberana, establecido en el texto del artículo 2 de la Carta y refiere que lo que en verdad valdría la pena analizar en el escenario actual de las relaciones internacionales, sería la figura del Estado -nacional, unitario e independiente- que hoy en día parecer revestir una crisis tan radical como aquella que habría de vivirse hace cuatro siglos, cuando en Europa surgió precisamente el Estado moderno y consecuencia, la comunidad de Estados soberanos<sup>102</sup>.

#### 4.5. LA PRESENCIA DE NUEVOS ACTORES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Coincidimos completamente con la idea de que el Estado permanece hoy en día, como figura central en el escenario de las relaciones internacionales, sin embargo, es inevitable advertir también la existencia de nuevos actores internacionales que sin duda alguna, influyen de manera rotunda en los procesos de decisiones jurídico-políticas, emprendidas por los Estados, en torno a situaciones que conciernen a toda la humanidad.

En este sentido, Bruno Simma establece que al hablar de comunidad internacional nos referimos a *“una comunidad que comprende no sólo Estados, sino en un último caso a todos los seres humanos”*<sup>103</sup>, al tiempo en que el profesor alemán Christian Tomuschat argumenta lo erróneo que resultaría en la actualidad *“... asumir que los Estados como una mera yuxtaposición de entes individuales constituyen a la comunidad internacional. Más bien, el concepto denota un sistema global que plasma el interés de todos los Estados, e indirectamente, de la humanidad”*<sup>104</sup>. Finalmente, Hedley Bull considera la existencia de una *“gran sociedad de toda la humanidad”*<sup>105</sup>, y al respecto apunta que *“las últimas unidades de la gran sociedad de toda la humanidad no son los Estados (o naciones, tribus, imperios, clases o partidos) sino los seres humanos individuales, mismos que son permanentes e indestructibles en el modo en que los grupos no lo son”*<sup>106</sup>.

Así, la idea de una comunidad internacional, compuesta no sólo por Estados sino también por otros actores ‘no estatales’, tales como las organizaciones intergubernamentales, los organismos no gubernamentales -nacionales e

<sup>102</sup> Cfr. *Ibidem*, pág.148.

<sup>103</sup> Cfr. SIMMA, Bruno. *From Bilateralism to Community Interest. Recueil des Cours*, Vol. 250 (1994- VI) pág. 234. (Traducción propia)

<sup>104</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will. Recueil des cours*. Vol. 241 (1993-IV), pp. 195- 374, pág. 227. (Traducción propia)

<sup>105</sup> Cfr. KWAKWA, Edward. *The international community, international law, and the United States...Op. Cit.* pág. 32. (Traducción propia)

<sup>106</sup> Cfr. *Idem*.

internacionales-, las empresas transnacionales e incluso los individuos, ha de encontrar su fundamento en el significado mismo del término 'comunidad'.

Nos hemos referido ya, al pensamiento de los profesores alemanes Bruno Simma y Andrea L. Paulus, quienes han establecido que a diferencia de una 'sociedad', el elemento que distingue a una comunidad de cada uno de los miembros que la integran, es precisamente la presencia de una 'unidad mayor' que en el caso de la comunidad internacional como tal, resulta en la representación y prioridad dada a los intereses comunes sobre aquellos meramente egoístas e individuales de cada Estado, a saber, la necesidad de ciertos intereses, valores, principios y procedimientos, comunes a todos ellos<sup>107</sup>.

Georges Abi-Saab refiere que a diferencia de aquella comunidad internacional que en su momento encontró su razón de ser en una mera coexistencia entre los Estados, requiere hoy en día de una cada vez mayor cooperación entre cada uno de sus miembros. De este modo, el 'derecho de la cooperación' – *law of cooperation*– encuentra sus bases en la conciencia entre los diversos sujetos internacionales, de la existencia de intereses o valores comunes que por su naturaleza, resulta imposible proteger o promover de manera unilateral y por el contrario, requiere de un esfuerzo común por parte de todos quienes juegan un papel en el contexto internacional actual<sup>108</sup>.

Acorde con el pensamiento de Kofi Annan, en un sentido amplio, es la visión compartida de un mejor mundo para todos los pueblos, como se establece por ejemplo, en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; el sentido de vulnerabilidad común a fenómenos globales, tales como el cambio climático y la producción de armas de destrucción masiva; la estructura del derecho internacional y la búsqueda de oportunidades comunes, razón de existencia de los mercados comunes e instituciones como la Organización de las Naciones, lo que sin duda ha de unirnos dentro de una comunidad internacional<sup>109</sup>.

A partir de todo lo dicho, es preciso aludir a la existencia de otros actores internacionales –no estatales- que sin duda alguna, intervienen de manera constante, en la configuración e identificación de los valores e intereses comunes que en un momento determinado habrán de definir la existencia de la misma comunidad

<sup>107</sup> Cfr. SIMMA, Bruno & PAULUS, Andrea. *The 'International Community': Facing de Challenge of Globalization...* Op. Cit. pág. 2.

<sup>108</sup> Cfr. ABI-SAAB, Georges. *Whither the International Community*. European Journal of International Law. Vol. 9 (1998) No. 2. págs. 248-265.

<sup>109</sup> Cfr. ANNAN, Kofi. *Problems without Passports* en *What is the International Community?...* Op. Cit. pág. 30.

internacional y por ende, sus acciones habrán también de influir en las decisiones político – jurídicas que respecto de las problemáticas que atañen a la humanidad en su conjunto, los Estados, como principales protagonistas de la comunidad internacional, hayan finalmente de tomar.

En principio, hemos de referirnos a la iniciativa internacional emprendida por Kofi Annan, durante la Cumbre Mundial organizada hacia el año 1999. A través de tal iniciativa, denominada ‘PACTO MUNDIAL’, el entonces Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, instó a los principales líderes de negocios de todo el mundo, a fin de que junto con los Estados, el trabajo de los diferentes organismos internacionales y la sociedad civil a través de sus distintas manifestaciones, pusieran en marcha los ‘DIEZ PRINCIPIOS UNIVERSALES’, en materia de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y corrupción<sup>110</sup>.

De modo similar, podemos advertir también la presencia de las organizaciones no gubernamentales en el desarrollo y configuración actual del derecho y la comunidad internacional. La propia Organización de las Naciones Unidas ha definido que una organización no gubernamental es:

*“Una agrupación de ciudadanos voluntarios, sin ánimo de lucro, que se organizan en un nivel local, nacional o internacional para abordar cuestiones de bienestar público. Las ONG, con una labor concreta y formadas por gente que comparte un mismo interés, desempeñan una serie de servicios y funciones humanitarias, acercan las preocupaciones de los ciudadanos a los gobiernos, vigilan las políticas y que los programas se pongan en práctica y animan a que los interesados de la sociedad civil participen en el nivel comunitario. Ofrecen análisis y competencia, sirven como mecanismos de alerta temprana y ayudan a vigilar y poner en práctica acuerdos internacionales. Algunas se centran en un tema en concreto, como los derechos humanos, el medio ambiente o la salud”<sup>111</sup>.*

Su existencia se contempla ya, desde el texto mismo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo 71 prevé que:

---

<sup>110</sup> Cfr. United Nations Global Compact. The Ten Principles. [[www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)], con acceso el día 20 de agosto de 2007.

<sup>111</sup> Cfr. Organización de las Naciones Unidas. Centro de Información Pública. Sección de Organizaciones no Gubernamentales. ¿Qué es una ONG? en [[www.un.org/spanish/aboutun/ONGs/brochure.htm](http://www.un.org/spanish/aboutun/ONGs/brochure.htm)] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

*“El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo miembro de las Naciones”.*

Este tipo de organizaciones ajenas en principio, a toda acción gubernamental, participan en la elaboración y establecimiento de las normas que han de regir en el contexto internacional, por ejemplo, a través de mecanismos de presión, por medio de la utilización de campañas de envío de cartas, faxes o correos electrónicos, dirigidos a jefes de Estado y de gobierno, miembros de los diferentes órganos legislativos, representantes de la Unión Europea, la Organización para el Tratado del Atlántico Norte o, a los miembros de la Organización de las Naciones Unidas o a los representantes del Consejo de Seguridad, también a través de marchas, manifestaciones o apariciones en los diversos medios de comunicación. Organismos no gubernamentales de cualquier naturaleza, suelen también elaborar reportes sobre las condiciones en que se viven en los diferentes Estados, respecto de una materia determinada, principalmente en materia de derechos humanos.

En virtud también de la presencia e intervención de las organizaciones no gubernamentales en la escena internacional, el derecho internacional ha experimentado durante las últimas décadas numerosos cambios que sin duda, han significado un vuelco total para el desarrollo del mismo y probablemente, para la identificación de los valores fundamentales propios de toda una comunidad internacional. De este modo, establecemos que desde hace algunas décadas atrás, comenzaron a formar parte del *corpus* del derecho internacional, cuestiones que durante largo tiempo fueron reservadas a la jurisdicción exclusiva de cada uno de los Estados, tales como la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, así como el combate a la corrupción, entre muchos otros.

A pesar de lo anterior, la solidez del derecho internacional aparece hoy en día, más debilitada que nunca, dada la creciente proliferación de declaraciones y resoluciones, emitidas primordialmente por los Estados y los organismos internacionales, respecto de las más variadas ramas del derecho internacional. De este modo, acorde con el pensamiento de algunos doctrinarios, aquel *cuasi* derecho internacional, conocido en

este ámbito como *soft law*, ha ganado un importante terreno sobre la ordinaria celebración de tratados o la formación del derecho consuetudinario o *hard law*<sup>112</sup>.

Su flexibilidad ha llevado a los Estados a preferir el compromiso político sobre aquél de carácter meramente jurídico que anteriormente conocimos, pues se dice que, en gran medida resulta más fácil convencer, al tratarse de un compromiso cuyo ámbito de responsabilidad pareciera en principio, no ser tan vinculante<sup>113</sup>. No obstante lo anterior, hemos de afirmar que es precisamente aquí, donde las organizaciones no gubernamentales han de jugar un papel vital de monitoreo en el estricto cumplimiento de tales compromisos 'políticos' por parte de cada uno de los Estados que los ha emprendido.

Todo lo anterior, lejos de parecer negativo para el surgimiento de las normas y la consecuente obligatoriedad del derecho internacional, nos lleva a concluir a través de ese largo proceso de monitoreo es como en la actualidad podrían ser redefinidos los valores y las prácticas comunes que habrán de identificar a la comunidad internacional misma. En consecuencia, al ser un proceso no inmediato, aquellas normas que constituyen al denominado *soft law* -sobre el que en el último de los capítulos haremos referencia específica- pueden llegar a convertirse en *hard law*, a través de la formación de normas de derecho consuetudinario o bien, en razón de la cristalización de aquellas normas, en los textos de los diversos tratados internacionales celebrados por los Estados, primordialmente aquellos de naturaleza universal.

Las tareas realizadas por las organizaciones no gubernamentales pueden dilucidarse también, a través de la presión que tales organismos han ejercido y en la actualidad ejercen, para lograr la codificación de ciertos principios de *soft law* por medio de la negociación. Baste citar como ejemplos de lo anterior, el papel emprendido por las organizaciones no gubernamentales durante las negociaciones de la CONVENCIÓN DE OTTAWA SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL ALMACENAMIENTO, PRODUCCIÓN Y TRANSFERENCIA DE MINAS ANTIPERSONAL Y SOBRE SU DESTRUCCIÓN de 1997, documento que para algunos autores respesentó un primer intento de democratización del derecho internacional y el surgimiento que una 'sociedad civil internacional'<sup>114</sup>. Asimismo, lo ocurrido durante las rondas de negociaciones del Estatuto de Roma para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional en Nueva York y Roma en donde

<sup>112</sup> Cfr. TÖRNQUIST-CHESENIER, Marie. *NGOs and International Law*. Journal of Human Rights, vol. 3, No. 2 (June 2004), pág. 253-263, pág. 254.

<sup>113</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>114</sup> Cfr. ANDERSON, KENNETH, *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of an International Civil Society*. European Journal of International Law. Vol. 11 (2000) No. 1, págs. 91-120.

algunos organismos no gubernamentales, englobados en su mayoría, en la denominada 'COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL'<sup>115</sup>, emprendieron acciones diversas hasta lograr que ciertos principios tales como la universalidad, la permanencia y la independencia del tribunal para juzgar a los responsables de crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, fueran incorporados a lo largo del texto de dicho instrumento internacional<sup>116</sup>.

En este mismo orden de ideas, aunque en un contexto distinto, hemos de destacar también como ejemplo de lo anterior, el trabajo realizado de manera conjunta por la Federación Internacional de Derechos Humanos, *Human Rights Watch* y la Comisión Internacional de Juristas, quienes hacia marzo de 2006, solicitaron el respaldo del recién establecido Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a fin de lograr hacer llegar hasta el seno de la Asamblea General, el PROYECTO DE CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, sobre el cual dichas Organizaciones habrían trabajado durante los meses anteriores y del que se buscaba su posible adopción por los Estados miembros de las Naciones Unidas<sup>117</sup>.

Por último, las organizaciones no gubernamentales, junto con otro tipo de actores, entre quienes desde luego habremos de incluir a los medios masivos de comunicación, tanto nacionales como internacionales, contribuyen a través de cada una de sus conductas, a sentar las bases mínimas para la formación de una '*conciencia jurídica universal*', misma de que -a decir de Antônio Augusto Cançado Trindade- ha de derivar "... *igualmente la expansión y el dominio del ius cogens internacional*"<sup>118</sup>.

Así, si bien es cierto que el fundamento primero de aquella '*conciencia jurídica universal*' hemos de encontrarlo en principios de naturaleza meramente ética y por lo tanto, carentes de toda fuerza obligatoria externa, también lo es que en gran medida, gracias a la presión ejercida por los diversos actores no gubernamentales, en específico, las organizaciones exclusivamente dedicadas a ello, se ha logrado que

<sup>115</sup> Cfr. Coalición por la Corte Penal Internacional en [www.iccnw.org/] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

<sup>116</sup> Cfr. TÖRNQUIST-CHESNIER, Marie. *NGOs and International Law...* Op. Cit. pág. 258.

<sup>117</sup> Cfr. Federación Internacional de Derechos Humanos. Carta Abierta. 15 de marzo de 2006, Ginebra Suiza, en [www.fidh.org/IMG/pdf/disp1503eb.pdf] con acceso el día 20 de agosto de 2007. Cabe mencionar que dicho proyecto en efecto, fue llevado y discutido en la Asamblea General y adoptado finalmente como la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones Forzadas en sesión del 20 de diciembre de 2006 y una par de meses después contaba ya, con la firma de 57 de Estados de los cinco continentes. Federación Internacional de Derechos Humanos. *La Convención ¡ya!*. 8 de febrero de 2007, Ginebra, Suiza en [www.fidh.org/article.php3?id\_article=4012] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

<sup>118</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en el Caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*, 27 de noviembre de 2003, pág. 3, párrafo 8 en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_103\_ing.doc] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

tales principios pasen a formar parte del *corpus* del derecho internacional, a través de sus fuentes ordinarias, a saber: el derecho convencional y la costumbre internacional.

Es preciso advertir que a pesar de todo lo que hasta ahora se ha dicho, debemos estar conscientes que ante la relevancia y cada vez mayor participación que han adquirido los actores no estatales dentro el ámbito jurídico internacional, existirá siempre el riesgo de que tales actores, se identifiquen a si mismos como una especie de ‘voceros de la humanidad’ y por ende, tiendan a monopolizar el debate en beneficio exclusivo de sus propios intereses<sup>119</sup>. En segundo término, la pregunta a plantearnos sería ¿acorde con qué criterio pueden considerarse a ciertos valores como universales? si bien, el papel jugado por las organizaciones no gubernamentales ha tomado el control de los derechos humanos y el medio ambiente, existen muchas otras áreas del derecho internacional que aun no han sido igualmente exploradas y en tal virtud, parecieran estar excluidas de la *ethos* internacional<sup>120</sup>.

#### 4.6. EL MULTICULTURALISMO EN EL DESARROLLO DEL DERECHO Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

En primer término, hemos de advertir que si bien, por la amplitud y complejidad del tema, no es la intención principal de este trabajo profundizar en torno a la pluralidad de civilizaciones en el actual escenario de las relaciones internacionales, para efectos de nuestra investigación consideramos un tanto atinado el intentar por lo menos, hacer un breve análisis de lo que ello significa y desde luego, del modo en que habrá de influir en el desarrollo mismo del derecho internacional universal y en específico, en el significado mismo de la noción de *ius cogens* en la actualidad.

El desenlace de la Guerra Fría puso también fin, a un largo periodo de lucha ideológica en el escenario político mundial, protagonizado por las grandes potencias antagónicas del siglo XX. Tal antagonismo encontró sus cimientos en dos cosmovisiones ideológicas, políticas, económicas e incluso, militares totalmente opuestas. La primera de ellas, respondió a un modelo meramente ‘occidental’ a cuyo frente se encontró Estados Unidos y alrededor de él, un conjunto de Estados de economía capitalista, con un alto nivel de desarrollo y sistemas políticos ‘democráticos’. El segundo bloque representó a la visión oriental, al mando de la entonces Unión Soviética y bajo su influencia, los países de la Europa oriental y algunos otros, configurados principalmente sobre las bases de un modelo político puramente comunista.

<sup>119</sup> Cfr. TÖRNQUIST-CHESNIER, Marie. *NGOs and International Law...* Op. Cit. pág. 261.

<sup>120</sup> Cfr. *Idem*.

A finales de la década de los años ochenta y anterior al derrumbe al que haría frente el modelo comunista, los planteamientos de estrategias en aquel mundo bipolar desempeñaron un papel primordial en el ejercicio de influencias y la manipulación de conflictos en el orden internacional, constituyendo así, actividades comunes de la política internacional, definida en razón de los intereses globales de las grandes potencias antagónicas de aquellos tiempos en busca de un balance de poder dentro del orden mundial. Sin embargo, tras el periodo que siguió a la Guerra Fría y principalmente, a partir de los ataques terroristas en contra de los Estados Unidos en septiembre de 2001, el mundo hoy en día encara ante la presencia de un nuevo escenario internacional, identificado no sólo por su unipolaridad política y multipolaridad económica, sino también por converger en él, un importante número de civilizaciones<sup>121</sup>, todas ellas integrantes de un solo concepto: la 'humanidad'.

Cabe hacer mención de la tesis planteada por el politólogo norteamericano **Samuel Huntington** hacia principios de la década de los años noventas, en respuesta a aquella establecida un poco antes por **Francis Fukuyama**, *EL FIN DE LA HISTORIA Y EL ÚLTIMO HOMBRE – 'The End of History and the Last Man'*- que por su parte, habría de proponer el triunfo del mundo liberal y sus valores secularizados como verdad universal<sup>122</sup>. Así, en un pensamiento diametralmente opuesto, Huntington advierte que hoy en día, los Estados permanecen como principales protagonistas de la escena mundial. Como en otros tiempos, su comportamiento aun se configura sobre las bases de la constante búsqueda de poderío y riqueza, sin embargo, en la actualidad hemos de observar que aquellos se comportan de uno u otro modo, en razón también, de sus preferencias culturales, de las cosas que comparten y por ende, de las diferencias existentes entre ellos<sup>123</sup>.

La tesis principal de Huntington descansa en el argumento de que en un futuro<sup>124</sup>, los conflictos ha que hará frente la humanidad, tanto locales como regionales y globales, deberán sujetarse a un esquema de lucha constante entre los miembros de todas las civilizaciones que habitan el planeta. Más aun, acorde con el pensamiento del mismo autor, el escenario más probable a presentarse será la lucha de Occidente en contra

<sup>121</sup> Al respecto, Samuel Huntington, elabora un listado de las civilizaciones que acorde con él, han de coexistir en el actual orden político internacional entre las que enumera a: La civilización Occidental, la Latinoamericana, la Africana, el Islam, la Hindú, la Ortodoxa, la Budista y la Japonesa. Cfr. HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*. Simon & Schuster. New York, 2003, Mapa 1.3. Pág. 26.

<sup>122</sup> FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Traducción de P. Elías. Ed. Planeta, Buenos Aires, 1992, pp. 1200.

<sup>123</sup> Cfr. HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*... *Op.Cit.* pág. 21.

<sup>124</sup> Es preciso aclarar que Samuel Huntington publicó su primer ensayo al respecto del "choque de civilizaciones" – *Clash of Civilizations* en 1993, es decir, justamente ocho años antes de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, evento considerado por muchos, como la prueba por excelencia para la viabilidad de la tesis propuesta por Huntington.

del resto de las civilizaciones no occidentales que parecen no tolerar o rechazar aquella supremacía que en términos de poder, permanece aun en manos del primero<sup>125</sup>.

La teoría expuesta por él en el 'CHOQUE DE CIVILIZACIONES' ha resultado esencial para alimentar las discusiones de grandes teóricos alrededor del planeta en torno al tema del presente y futuro del orden político global, para efectos de esta investigación tan sólo nos limitaremos a coincidir con él, en el modo en que convergen un gran número de civilizaciones, cuya identidad se encuentra definida en los valores, religiones, lenguas, historia, costumbres e instituciones, todos ellos factores que pueden bien unir o en un momento dado, dividir a la humanidad misma.

Quizá como consecuencia de lo antes apuntado, por iniciativa del ex presidente de Irán, el filósofo Mohammad Khatami, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, declaró el 2001 como el 'AÑO DE LAS NACIONES UNIDAS DEL DIÁLOGO ENTRE CIVILIZACIONES'<sup>126</sup>. Acorde con dicha iniciativa, los Estados miembros de la Asamblea General hicieron un llamado unánime a todos los gobiernos, organizaciones internacionales, organismos no gubernamentales y sociedad civil en general para promover en todas las instancias el respeto y la tolerancia hacia cada una de las civilizaciones que habitan el planeta, a fin de lograr una verdadera paz internacional. Cabe mencionar que entre muchas otras notables intervenciones, el delegado de Bangladesh, Anwarul Karim Chowdhury, apuntó que:

*“En un mundo globalizado, la tecnología moderna ha intensificado y promovido el intercambio intercultural ... Los avances en la tecnología y las comunicaciones no sólo han acercado a la comunidad internacional; el mundo es efectivamente una aldea global con un destino compartido para todos. En consecuencia, todos deben promover los valores convergentes que le son comunes a toda la humanidad. Aquellos valores –la tolerancia, el entendimiento y el respeto por el prójimo- no sólo son esenciales, sino la única opción para la sobrevivencia”<sup>127</sup>.*

Después de un sinnúmero de discusiones entre los diversos representantes ante la Asamblea General al respecto, finalmente hacia noviembre de 2001, dicho órgano

---

<sup>125</sup> Cfr. WEERAMANTRY, Christopher. *Universalising International Law. Developments in International Law*. Vol. 48. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2004. pág. 1.

<sup>126</sup> Cfr. Naciones Unidas A/RES/55/23 "Año de las Naciones Unidas del Diálogo entre Civilizaciones", 11 de enero de 2001.

<sup>127</sup> Cfr. United Nations GA/9819 Press Release "Without a vote, Assembly adopts resolution on dialogue among civilizations", 13 de noviembre de 2000 en [www.un.org/News/Press/docs/2000/20001113.ga9819.doc.html] con acceso día el 20 de agosto de 2007 (Traducción propia).

adoptó de manera unánime la resolución 56/6 'AGENDA GLOBAL PARA EL DIÁLOGO DE LAS CIVILIZACIONES'<sup>128</sup>. En el artículo primero de dicho documento, los miembros de la Asamblea General determinaron que *"El diálogo entre civilizaciones es un proceso entre y dentro de las civilizaciones, fundado en la inclusión y un deseo colectivo por aprender, descubrir y examinar supuestos, revelar propósitos compartidos y valores fundamentales e integrar múltiples perspectivas a través del diálogo"*.<sup>129</sup>

Los principios sobre los cuales habría de funcionar tal iniciativa quedaron establecidos del modo en que sigue: (a) la reafirmación de la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, (b) el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales bajo lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos; (c) el respeto por los principios fundamentales de justicia y derecho internacional; (d) el reconocimiento de las distintas fuentes del conocimiento y la diversidad cultural como rasgos fundamentales de la sociedad humana y como recursos indispensables y apreciables para el progreso y la riqueza material y espiritual de la humanidad en general; (e) el reconocimiento del derecho de los miembros de todas las civilizaciones para preservar y desarrollar su herencia cultural dentro de sus propias sociedades; (f) el compromiso a la inclusión, cooperación y la búsqueda de entendimiento como los mecanismos para la protección de los valores comunes y, (g) el aumento en la participación de todos los individuos, los pueblos y las naciones en los procesos de tomas de decisiones, locales e internacionales<sup>130</sup>.

Por su parte, los propósitos del 'DIÁLOGO ENTRE CIVILIZACIONES' fueron definidos de la siguiente manera: (a) la promoción de la inclusión, la igualdad, la equidad, la justicia y la tolerancia en la interacción humana; (b) la mejora del entendimiento y respeto mutuo a través de la interacción entre civilizaciones; (c) el enriquecimiento y avance mutuo en el conocimiento y la apreciación de la riqueza y la sabiduría presente en todas las civilizaciones; (d) la identificación y la promoción de los asuntos comunes a todas las civilizaciones a fin de enfrentarse a los retos comunes, los valores compartidos, los derechos humanos universales y los logros de las sociedades humanas en todos los ámbitos; (e) la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el enriquecimiento del entendimiento común de los derechos humanos; (f) el desarrollo de un mejor entendimiento de los parámetros éticos

<sup>128</sup> Cfr. United Nations A/RES/56/6 "Global Agenda for Dialogue among Civilizations", 21 de noviembre de 2001 en [<http://www.un.org/documents/ares566e.pdf>] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

<sup>129</sup> Cfr. *Idem.* artículo 1 (Traducción propia).

<sup>130</sup> Cfr. *Idem.* artículo 3

comunes y los valores humanos universales; (f) el aumento del respeto por la diversidad y la herencia cultural<sup>131</sup>.

Los incisos anteriores condensan un gran número de pronunciamientos, a través de los cuales todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas han expresado de manera conjunta, es decir, como comunidad internacional, la imperiosa necesidad de buscar una conciliación de valores e intereses entre las más diversas civilizaciones que habitan el planeta. Aunque en principio, esta iniciativa emprendida por la Asamblea General de las Naciones Unidas se limita tan sólo a una manifestación de voluntad, de carácter meramente político, lo cierto es que sin lugar a dudas, todo ello habrá de servir para sustentar en el mundo global actual la exigencia de contar con normas jurídicas fundamentales –*ius cogens*– tendientes a proteger jurídicamente los valores fundamentales, comunes a toda la humanidad.

En este orden de ideas, parece que el *iusinternacionalista* Christopher Weeramantry se ha referido al tema y desde luego, lo ha vinculado a la esencia misma del derecho internacional. De este modo, el ex juez de la Corte Internacional de Justicia ha destacado que un aspecto importante de la universalización del derecho internacional es precisamente, la búsqueda de principios y parámetros universalmente aceptables, sobre los cuales puedan establecerse un sólido fundamento para la disciplina del derecho internacional. En otras palabras se requiere que “... *trascienda todas las barreras impuestas en cuestión de raza, nacionalidad, cultura, religión, riqueza poder, privilegio y posición ...*”<sup>132</sup>.

Según hemos apuntado anteriormente, a diferencia del derecho internacional que desde mediados del siglo XVII y hasta el siglo XIX, rigió las relaciones jurídicas entre los entonces recién emergentes Estados-Nación, mismo que por su propia naturaleza habría de servir a los propósitos e intereses individuales de un pequeño grupo de Estados europeos, la ciencia del derecho internacional en la actualidad demanda una verdadera universalización en los fundamentos que le dan sentido a su existencia. Es así que en nuestra consideración tales fundamentos habrán de encontrarse principalmente, a través de la identificación de los valores primordiales que la comunidad internacional tienda a proteger en nuestros días, pero en todo caso y dada su estructura actual, será imperativa la necesidad de desprenderse del monoculturalismo occidental y por el contrario, dar lugar a una base amplia que incluya

---

<sup>131</sup> Cfr. *Idem.* artículo 2

<sup>132</sup> Cfr. *Idem.* (Traducción propia)

elementos de todas las civilizaciones, dirigida hacia la solución universal de los problemas globales y multiculturales que aquejan hoy a la humanidad en su conjunto.

La visión universal del derecho internacional parece ya haber sido contemplada a través de la creación misma de la Organización de las Naciones Unidas y su propia Corte Internacional de Justicia, cuyo estatuto en el artículo 9 establece la necesidad de que los jueces integrantes de aquél tribunal representen en conjunto, a las grandes civilizaciones y a los principales sistemas jurídicos del mundo<sup>133</sup>.

En esta misma tesitura, Weeramantry refiere al modo en que las diversas culturas han contribuido a la formación y desarrollo del derecho internacional a través del paso de su historia. Acorde con el autor, los diferentes grupos que conforman la herencia de la humanidad han realizado notables contribuciones a la filosofía del derecho internacional, aunque tales contribuciones no sean efectivamente reconocidas en favor de cada uno de ellos. Esta ausencia de reconocimiento –según nos dice el ex presidente de la Corte Internacional de Justicia- se debe quizá, a la creencia aun vigente entre algunos *iusinternacionalistas* de que el derecho de gentes fue casi en su totalidad una creación de la tradición cristiana occidental<sup>134</sup>.

Antes de que surgiera a la luz el mundo la comunidad católica de Estados, en la civilización islámica podíamos encontrarnos ya, ante la presencia de verdadera doctrina en materia de derecho internacional, en la que se hallaron plasmadas discusiones relativas a los derechos de los prisioneros, al derecho de la guerra, la protección diplomática, los pactos con los enemigos, el respeto a los tratados, el reconocimiento de la soberanía estatal, entre muchas otras cuestiones<sup>135</sup>.

Aunado a lo anterior, el mismo publicista nos señala que “... *el Islam ve a todos los seres humanos tan iguales como a los dientes de un peine*”<sup>136</sup>. Asimismo, en el sermón de despedida del profeta Muhammad, uno de los documentos de mayor relevancia en materia de derechos humanos de la historia mundial, el mismo profeta

---

<sup>133</sup> El artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia estipula que “*En toda elección, los electores [la Asamblea General y el Consejo de Seguridad] tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo*”. De este modo, este Tribunal en la actualidad se encuentra compuesto del modo en que sigue: Rosalyn Higgins (Reino Unido), Awn Shawkat Al- Khasawneh (Jordán), Raymond Ranjeva (Madagascar), Shi Jiuyong (China), Abdul G. Koroma (Sierra Leona), Gonzalo Parra Aranguren (Venezuela), Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Hishadi Owada (Japón), Bruno Simma (Alemania), Peter Tonga (Eslovaquia), Ronny Abraham (Francia), Kenneth Keith (Nueva Zelanda), Bernardo Sepúlveda Amor (México), Mohammed Bennouna (Marruecos), Leonid Skotnikov (Rusia) y como Secretario, Philippe Couvreur (Bélgica), véase *International Court of Justice* [<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1>] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

<sup>134</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 13.

<sup>135</sup> *Cfr. Idem*.

<sup>136</sup> *Cfr. Idem*. (Traducción propia)

advierte que “... *el árabe no es superior al no árabe, y el no árabe no es superior al árabe. Tampoco el de piel blanca es superior al de piel oscura, ni el de piel oscura es superior al de piel blanca*”<sup>137</sup>. En este sentido es preciso advertir que el pensamiento árabe ejerció una profunda influencia en el desarrollo del derecho internacional de occidente, ejemplo de lo anterior, parecen ser también las Siete Partidas del Rey Alfonso X de Castilla, cuyo texto hubría de contener un apartado específico sobre derecho internacional, apoyado de manera sustancial en los materiales heredados por la propia civilización islámica a la tradición occidental<sup>138</sup>.

Más aun, la existencia de valores tales como la ‘dignidad humana’ ha llevado a la pluralidad de civilizaciones que conforman hoy en día al género humano, a realizar grandes contribuciones en torno al constante desarrollo de nuevas facetas en el derecho internacional. Así, acorde nuevamente con el pensamiento de Christopher Weeramantry, dentro de estas contribuciones puede destacarse la idea de que no sólo la humanidad presente es titular de los derechos humanos, por el contrario, desde un par de décadas atrás, quienes elaboran el derecho internacional han contemplado también, el reconocimiento de derechos subjetivos incluso para las futuras generaciones<sup>139</sup>. Ejemplo de lo anterior lo constituye, la evolución de la idea de ‘desarrollo sostenible’<sup>140</sup>, recurrible notoriamente en el ámbito del derecho internacional ambiental.

La convergencia de civilizaciones en el actual orden jurídico internacional nos recuerda que del mismo modo en que los seres humanos poseemos derechos individuales, así también los pueblos son titulares de derechos colectivos. De este modo, la rapidez con que en la actualidad fluyen las comunicaciones y la gran multiplicidad de los medios de transporte y comunicación han acentuado la necesidad de que los pueblos, las etnias, las minorías y otros grupos culturales volteen la mirada hacia el interior de sus estructuras y de ese modo, sean capaces de definir su identidad a través de los lazos que los unen, pero en todo momento procurando hacer énfasis en las diferencias que como grupos culturales han de distinguirlos.

<sup>137</sup> Cfr. *Idem.* (Traducción propia)

<sup>138</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 14

<sup>139</sup> Cfr. WEERAMANTRY, Christopher. *Universalising International Law...* Op. Cit. pág. 14.

<sup>140</sup> Cfr. Algunos autores, refieren a dicho concepto como ‘desarrollo sustentable’. Sin embargo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 prevé en su Principio 1 que: “*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible ...*”. Por su parte, el Principio 3 determina que: “*El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma total que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*”. [[www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21spchapter1.htm](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21spchapter1.htm)] con acceso el día 2 de agosto de 2007.

A partir de todos los argumentos expuestos con anterioridad, tan sólo nos resta expresarnos a favor de la existencia de una 'comunidad internacional', dentro de cuya estructura hemos de seguir ubicando a los Estados como principales protagonistas en el escenario mundial. No obstante, hemos de hacer hincapié en el deber de éstos, como miembros de una 'comunidad', de proteger aquellos valores tan fundamentales e intereses comunes a todos ellos, en una época histórica determinada y en cuya ausencia, tal comunidad habría de perder sin lugar a dudas, todo cimiento y rumbo hacia el futuro.

Si bien es cierto, no nos corresponde por ahora el determinar de manera taxativa dichos valores e intereses, también lo es que con toda certeza nos atrevemos a afirmar que tales, habrán de fundarse en la esencia misma de la preservación y protección de aquello que en nuestros días suele llamarse 'humanidad'. En este tenor, vale la pena referir a la presencia periférica de otros actores internacionales, primordialmente, las grandes estructuras empresariales, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y en general, aquél fenómeno denominado 'sociedad civil internacional', quienes a través de su continuo trabajo, han de contribuir en la identificación de aquellos valores éticos fundamentales e intereses comunes y derivado de ello, en la creación de las normas jurídicas internacionales de vital importancia para el sostenimiento de la 'comunidad internacional'.

Así, concluimos que en la medida en que la comunidad internacional evoluciona y requiere de la existencia de un derecho internacional que regule las cada vez más complejas relaciones entre todos sus miembros, del mismo modo este derecho internacional habrá de ser constantemente adaptado para servir a las necesidades de aquella comunidad internacional en una etapa histórica determinada. De este modo, el escenario global de la actualidad, la esencia y el *corpus* del derecho internacional deberán tener como sólido fundamento las contribuciones que en *pro* de su formación y desarrollo universal hagan todas las civilizaciones y no tan sólo el producto intelectual de una o varias tradiciones culturales o hegemonía política alguna.

## CAPÍTULO 5. EL *IUS COGENS* EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ACTUAL

### 5.1. DERECHO INTERNACIONAL. ENTRE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU FRAGMENTACIÓN

#### 5.1.1. HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez abordada la idea actual de ‘comunidad internacional’, conviene apuntar también a la posible existencia de un incipiente orden constitucional en el ámbito del derecho internacional, idea que bajo múltiples argumentaciones, han destacado ya, un considerable número de estudiosos de la filosofía del derecho y que indudablemente, aparecerá claramente vinculada al papel que la noción de *ius cogens* ha de desempeñar en el orden internacional vigente en nuestros días.

En este contexto, podemos fácilmente afirmar que a la luz de un posible ‘orden internacional constitucional’ necesariamente aparecen dos nociones de manera entrelazada, a saber, nuevamente aquél que refiere nuevamente a la ‘soberanía’ y por ende, a su significado en el panorama actual de las relaciones internacionales y por supuesto, la definición de ‘derecho internacional’ *per se*. El profesor alemán **Bardo Fassbender**, al final de su ensayo titulado ‘SOBERANÍA Y CONSTITUCIONALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL’ –*Sovereignty and Constitutionalism in International Law*– atendió al pensamiento de dos grandes *iusinternacionalistas* que habrían de presenciar dos épocas distintas a lo largo del siglo XX: el austriaco Hans Kelsen y el norteamericano Wolfgang Friedmann, que en épocas distintas y bajo argumentos diversos, ambos fueron fuertes partidarios del desarrollo de un constitucionalismo a nivel internacional<sup>1</sup>.

Así, Kelsen en su ensayo titulado ‘EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL’ –*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*–, publicado al año siguiente del estallido de la Primera Guerra Mundial y donde aludió por primera vez a ideas tales como la ‘unidad del ordenamiento jurídico’ y el ‘globalismo judicial’, Hans Kelsen definió a aquél tiempo como un periodo de transición en la historia del derecho internacional, reflejado a través de las contradicciones manifestadas en una teoría jurídica internacional que en medio de un conflicto casi trágico aspiraba a alcanzar la cumbre de una comunidad jurídica universal erigida sobre Estados individuales, pero que al mismo tiempo permanecía cautiva de la esfera

---

<sup>1</sup> Cfr. FASSBENDER, Bardo. *Sovereignty and Constitutionalism in International Law* en WALKER, Neil (ed.). *Sovereignty in Transition. Essays in European Law*. Hart Publishing. USA, 2003, pág. 142.

de poder del Estado soberano<sup>2</sup>. Por su parte, a semejante conclusión arribó Friedmann casi cuatro décadas más tarde, en su obra 'THE CHANGING STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW', publicado hacia el año 1964. Así, acorde con el profesor de Columbia:

*“... en términos de objetivos, poderes, estructura jurídica y alcance, el estado actual de la organización internacional presenta un panorama extremadamente complejo. Refleja el estado de una sociedad que por un lado, se aferra desesperadamente a los símbolos jurídicos y políticos de la soberanía nacional y por el otro, se muestra forzada hacia la prosecución de las necesidades y metas comunes que pueden ser alcanzadas sólo a través de un constante e intensificante grado de organización internacional”<sup>3</sup>.*

Las referencias anteriores tan solo pueden reflejar el interés que desde el siglo XX y principalmente, a partir de su segunda mitad, han demostrado los diversos doctrinarios por abordar una disciplina denominada 'derecho constitucional' en el ámbito jurídico internacional, que desde luego, en ningún momento deberemos confundir con el denominado 'derecho constitucional comparado', de mayor desarrollo en el terreno doctrinal.

En este tenor, observamos en primer lugar, la utilización del término 'constitución' en el contexto actual del derecho internacional público. Acorde con Fassbender, en la actualidad el recurso a dicha terminología parece menos problemático que como solía serlo hacia una década atrás. Sin embargo, ya desde 1998 el mismo autor habría de establecer que incluso desde aquél entonces, no existía razón alguna para reservar el uso de aquella terminología para referir de manera estricta al ordenamiento supremo existente al interior de cada uno de los regímenes jurídicos nacionales, por el contrario, por 'constitución' debía de entenderse al orden jurídico fundamental de cualquier comunidad autónoma o cuerpo político<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. Kelsen, Hans. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtstheorie. (2nd ed. 1928) pág. 320 en Fassbender, Bardo. The Meaning of International Constitutional Law, MacDonald, Ronald & Johnston, Douglas. Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of The World Community. Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers). The Hague, 2005, pág. 837.

<sup>3</sup> Cfr. Friedmann, Wolfgang. The Changing Structure of International Law. Columbia University Press, N.Y. 1964, pág. 293 en *Idem*. (Traducción propia).

<sup>4</sup> Cfr. Fassbender, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 36, 1998 pp. 529-619. Esta afirmación ha sido respaldada por otros estudiosos del derecho internacional, a saber, Beutler, Beng. Das Staatsbild in den Landesverfassungen nach 1945. Duncker and Humblot. Berlin, 1973; Riegler, Johannes J. Konflikte zwischen Grundgesetz und Landesverfassungen. Würzburg University. Würzburg, 1996; Madde, Robert, L. State Constitutions. Congressional Quarterly. Washington, 1998; Weiler, Joseph HH. In Defence of the Statues Quo: Europe's Constitutional Sonderweg en Weiler, Joseph HH & Wind, Marlene (eds.). European Constitutionalism Beyond The State. CUP. Cambridge, 2003 en Wet, Erika de. The International Constitutional Order. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 1. No. 55, pp. 51-76.

Por su parte, el profesor de derecho internacional **Philip Allot**, quien a través de sus reflexiones sobre el constitucionalismo en las sociedades nacionales y en la sociedad internacional, ha determinado que: “... *una constitución es la estructura del sistema compartido por todas las sociedades ... operante acorde con principios genéricos mismos que son compartidos por todas las constituciones de todas las sociedades*”<sup>5</sup>.

Desde el pensamiento del filósofo alemán Immanuel Kant, a finales del siglo XVIII, comenzó a vislumbrarse la idea de un Estado y un derecho cosmopolitas. Aquella idea habría de encontrar su sentido de existencia en la globalización del derecho y en la ‘unidad moral del género humano’, traducidos ambos elementos en un ordenamiento jurídico tendiente a abarcar a toda la humanidad y absorber en su interior a cualquier otro ordenamiento<sup>6</sup>. En esta tesitura, según afirma el filósofo italiano **Danilo Zolo**, trataríase en todo momento de una “... *legislación universal –una especie de lex mundialis válida erga omnes basada en una homologación gradual no sólo de las costumbres y de los ordenamientos nacionales, sino también de las diferencias políticas y culturales*”<sup>7</sup>.

Hacia 1926 el *ius*filósofo Alfred von Verdross, precursor de Hans Kelsen, recurrió al uso de aquella misma expresión para aludir a aquellas normas jurídicas relativas a la estructura, subdivisión y distribución de las esferas de competencia en una comunidad<sup>8</sup>. De esta manera, Verdross refirió a la existencia de una constitución de la comunidad internacional, bajo la advertencia de que aquella habría de conformarse por medio de las normas fundamentales y principios de derecho internacional que asimismo, determinarían sus fuentes, sujetos y aplicación, además de la jurisdicción destinada por aquél derecho internacional a cada uno de los Estados nacionales<sup>9</sup>.

Vale la pena referir al pensamiento de los autores alemanes **Herman Mosler** y Christian Tomuschat, quienes a lo largo de sus diversas enseñanzas y escritos se han pronunciado de manera rotunda a favor de la existencia de una ‘comunidad global internacional’. Así, si bien es verdad que el primero de ellos, en su curso denominado ‘THE INTERNATIONAL SOCIETY AS A LEGAL COMMUNITY’, se opuso a la existencia de una constitución propia a la comunidad internacional como tal, también lo es que al mismo tiempo advirtió la presencia de ciertos elementos constitucionales inherentes al

---

<sup>5</sup> Cfr. ALLOT, Philip. *Eunomia: New Order for a New World*. Oxford University Press. United Kingdom, 2001. pág. 167. (Traducción propia)

<sup>6</sup> Cfr. ZOLO, Danilo. *Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas* (Traducción de Pedro Mercado Pacheco). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Serie III, No. 33, 2002, pp. 197-218, pág. 198.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Cfr. FASSBENDER, Bardo. *The Meaning of International Constitutional Law...* Op. Cit. pág. 842.

<sup>9</sup> Cfr. *Idem*.

contexto jurídico internacional. De esta manera, a mediados de la Guerra Fría, el profesor de derecho internacional estableció que:

*“Los estatutos de las organizaciones de Estados existentes, tomadas en su conjunto, pueden ser considerados como elementos de una vida constitucional en la sociedad internacional ... debemos admitir que incluso en épocas más tempranas, cuando los Estados coexistían sin la presencia de organización alguna, había ya un elemento constitucional. El derecho internacional evolucionó a través del consenso de los miembros de la sociedad internacional. En virtud de que el principio del consenso es inherente a cualquier comunidad jurídica, debe existir una norma jurídica relativa al modo de creación y desarrollo del derecho. En una sociedad organizada esta tarea es cumplida por el órgano competente, cualquiera que sea su especie. Ante la ausencia de tal institución, son los mismos miembros [de aquella sociedad] quienes deben desarrollar las normas y principios por los cuales ellos estarán obligados ...”<sup>10</sup>.*

Sin lugar a dudas, la aserción anterior nos recuerda un tanto a aquello que el iusfilósofo positivista de la Universidad de Oxford, **H.L.A. Hart** denominaría como ‘*power conferring rule*’, es decir, “una norma que confiere a un individuo la facultad o poder de crear normas jurídicas válidas”<sup>11</sup> y en esa misma tesitura, una perspectiva meramente positivista del derecho internacional, en virtud de la importancia dada al ‘consenso’ de los Estados, o mejor, a la voluntad de cada uno de ellos para someterse jurídicamente a las normas de derecho internacional creadas por aquellos mismos, a través principalmente, del principio ‘*pacta sunt servanda*’.

No obstante, es preciso aclarar que Mosler aborda también en su estudio la noción de un ‘orden público internacional’ y de esta manera establece la necesidad de contar con un mínimo de uniformidad dentro de cualquier comunidad jurídica, indispensable para mantener su existencia. Tal uniformidad debe relacionarse con los valores jurídicos considerados como fines de aquella comunidad o bien, con los principios jurídicos cuyo deber de identificarlos corresponde a todos sus miembros. De este modo, la comunidad internacional como tal, no puede prescindir de la existencia de tales

---

<sup>10</sup> Cfr. MOSLER, Herman. *The International Society as a Legal Community*. *Recueil des Cours*. Vol. 140, No. 1 (1974-IV), pp. 17-47, pág. 32 (Traducción propia).

<sup>11</sup> Cfr. HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1972 págs. 27-32 en TAMAYO, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*. Seminario de Filosofía del Derecho – Facultad de Derecho UNAM. Ed. Themis. México, 1996, pág. 229.

normas o principios de naturaleza tan fundamental, sin los cuales aquella simplemente dejaría de existir<sup>12</sup>.

De una forma un tanto más concreta, el también *iusinternacionalista* alemán Christian Tomuschat, nos advierte que algunas normas de derecho internacional desempeñan una función de naturaleza constitucional, tanto en el contexto nacional como en el internacional. Así, acorde con el autor, tal función quedaría manifestada a la luz de la salvaguarda de la paz, la seguridad y la justicia internacionales en las relaciones entre los Estados, la protección a los derechos humanos y el imperio de la ley al interior de cada uno de ellos en beneficio de los propios individuos, quienes en esencia, resultan ser últimos destinatarios del derecho internacional<sup>13</sup>.

En un plano diverso, pero sin duda relevante, el jurista italiano **Gustavo Zagrebelsky**, en su obra titulada 'EL DERECHO DÚCTIL' ha determinado que:

*“Las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes ... esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. ... E incluso en el plano de las relaciones entre Estados se ha recorrido un camino paralelo, testimoniado por la introducción de la expresión <<Constitución internacional>>, como signo de una progresiva legalización y de un repliegue de la mera efectividad del encuentro (o del desencuentro) de soberanías”<sup>14</sup>.*

Así entonces, aun cuando en la teoría jurídica internacional, aparecen también diversos argumentos y opiniones adversas a la posición doctrinal que favorece la presencia de una constitución internacional, lo cierto es que en la realidad, el ejemplo más evidente de un derecho constitucional allende las fronteras de los Estados soberanos se ve sin duda reflejado en el proceso tendiente a lograr la constitucionalización en el ámbito propio de la Unión Europea, principalmente a través del texto del nuevo 'TRATADO DE LISBOA', instrumento recientemente aprobado por los 27 Estados miembros de la Unión, que habrá de fungir en sustitución de aquel

---

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 33.

<sup>13</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. Recueil des Cours*. Vol. 281 (1999) en BOGDANDY, Armin Von. *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany. Harvard International Law Journal*. Vol. 47, No. 1 (2006). pág. 226.

<sup>14</sup> ZAGREBLESKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Ed. Trotta. Madrid, 2003. pág. 13.

malogrado 'TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA' celebrado en 2004. Lo anterior significa que en caso de ser ratificado por cada uno de los miembros, durante los próximos tiempos, el 'TRATADO DE LISBOA' podría convertirse en una constitución de naturaleza supranacional y bajo la cual se encontrarían regidos todos sus miembros, a fin de lograr responder a cada uno de los retos y desafíos planteados por la Europa del presente y del futuro.

En esta tesitura, al igual que en el texto de la denominada 'Constitución europea' podemos observar también en este nuevo documento constitucional, la identificación y definición de los valores sobre los cuales habrán de regirse cada unos de los Estados pertenecientes a la Unión Europea dentro del ámbito del derecho comunitario, a saber, el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos fundamentales. Valores compartidos por todos los miembros de aquella comunidad que en ningún momento advierte ser homogénea y en sentido contrario, se caracteriza por ser inherentes a ella, conceptos tales como el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres<sup>15</sup>.

En el contexto del derecho internacional universal, diversos han sido los argumentos doctrinarios desarrollados a fin de respaldar la idea de una 'constitución de la comunidad internacional', primordialmente dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas y desde luego, a través de su Carta<sup>16</sup>. Así, apegados nuevamente al pensamiento de Bardo Fassbender, una razón fundamental para ello la constituye sin duda, la intención de salir de aquella 'niebla' en que se ubica la retórica constitucional para volver nuestra atención hacia una declaración autoritativa en cuyo contenido se expresen los derechos y las responsabilidades fundamentales de cada uno de los miembros de la comunidad internacional, así como los valores sobre las cuales ésta se encuentra constituida y los cimientos de sus instituciones de mayor importancia<sup>17</sup>.

Atendemos también al pensamiento del *iuspublicista* británico **Lord Arnold McNair**, quien casi una década antes de la conclusión de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la consecuente inserción de la idea de *ius cogens* en ella, determinaría que:

---

<sup>15</sup> Cfr. CONFERENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. Tratado por el que se establece una constitución para Europa (texto en español). CIG 87/04. Bruselas, 6 de agosto de 2004. Artículo 19-I, pág. 23; CONFERENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. Proyecto de Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (texto en español). CIG 1/1/07. Bruselas, 5 de octubre de 2007. Artículo 2.

<sup>16</sup> Cfr. FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community... *Op. Cit.* pág. 585.

<sup>17</sup> Cfr. *Idem*-

*“... La Carta ... es el enfoque más cercano a una legislación desarrollada por la comunidad de Estados en su conjunto del que ha podido darse cuenta. ... algunas de sus disposiciones orientadas a crear derechos y deberes jurídicos poseen un carácter constitutivo o semilegislativo, lo que resulta en que los Estados miembros no pueden apartarse de aquellas o derogarlas a través de la celebración de tratados entre ellos, y por lo tanto, cualquier tratado por medio del cual intente lograrse tal efecto, será considerado como nulo”<sup>18</sup>.*

El profesor Christian Tomuschat en 1995, a los 50 años de existencia de las Naciones Unidas, advirtió también que *“... a lo largo de los años recientes, se ha vuelto evidente que la Carta no es más que la constitución de la comunidad internacional ... ahora que la universalidad ha sido casi alcanzada, sobresale como el documento supremo de la comunidad internacional, sin comparación alguna con cualquier otro acuerdo internacional”<sup>19</sup>.*

El autor alemán habría destacó que aun cuando al momento en que la Carta de las Naciones Unidas surgió a la luz del derecho internacional en 1945, jamás se concibió en ella una función de naturaleza constitucional, es también absolutamente cierto que incluso hoy en día, aquél texto constituye el único documento escrito obligatorio sobre la gran mayoría de los Estados que conforman al planeta y a lo largo de cuyo contenido se asientan firmes determinaciones respecto de las cuestiones generales que construyen la esencia misma de cualquier sistema de gobierno. Lo cierto es que en la actualidad y pese a los conflictos de existencia y efectividad a que se ha enfrentado aquella Organización, principalmente a partir de la última década del siglo XX, a los que hemos hecho breve referencia en el capítulo que antecede, el orden mundial descansa incluso hoy, sobre las bases establecidas por ella<sup>20</sup>.

Acorde con el pensamiento del profesor **Pierre - Marié Dupuy**,

*“La promoción de la Carta [de las Naciones Unidas] como constitución estable y efectiva de la comunidad internacional, representa un reto de particular*

---

<sup>18</sup> Cfr. McNAIR, Arnold Lord. Law of Treaties. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1961. pág. 217. (Traducción propia)

<sup>19</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian (ed.). The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective, 1995 en DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutionalization of the Charter of the United Nations Revisited en BOGDANDY, Armin von, et. al. (eds.). Mackplant Yearbook of United Nations Law. Vol. 1, 1997. p. 2.

<sup>20</sup> Cfr. *Idem*. Al respecto, quizá valga la pena hacer referencia a la declaración realizada por Kofi Annan, con relación a la invasión de Estados Unidos a Irak en 2003. El entonces Secretario General de las Naciones Unidas estableció que los constantes llamados por parte del gobierno de los Estados Unidos para lograr la intervención de las Naciones Unidas en aquél conflicto, es tan sólo evidencia de aquel gobierno encuentra a esta Organización como única fuente de legitimidad para lograr la credibilidad de un gobierno interino dentro del territorio iraquí. ANNAN, Kofi. Iraq war has sparked UN-US Crisis en BUZAN, Barry y GONZÁLEZ PELAEZ, Ana. International Community after Iraq International Affairs. Vol. 81, No. 1 January, 2005, pp. 31-52. pág. 47.

*importancia. Existen para ello muchas razones, tanto políticas como jurídicas. La Carta de las Naciones Unidas es al mismo tiempo un proyecto político y un compromiso jurídico para los Estados miembros, así como un tratado y un programa de ambiciosa cooperación. Es al mismo tiempo, el pacto básico de la comunidad internacional y la constitución mundial de que se tiene cuenta y aun está por venir*<sup>21</sup>.

Sin ser la intención de este trabajo el trasladar de manera total al concepto de 'constitución' dentro del estricto escenario de las relaciones jurídicas internacionales, nos apegamos completamente a la idea de que la Carta de las Naciones Unidas es sin duda, uno de los tratados de mayor relevancia que han tenido lugar al paso de la historia del derecho de gentes y como tal, debiera ser considerada su naturaleza constitucional.

A lo largo de su texto quedan plasmados en primer término, el sistema de coordinación e igualdad jurídica de todos los Estados, sobre el cual desde su surgimiento aquella Organización ha sido regida, además de una, aunque 'rudimentaria', división de poderes que le da la calidad de órgano ejecutivo al Consejo de Seguridad y establece a la Corte Internacional de Justicia, como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, una aparente jerarquía de normas jurídicas, a través de lo establecido por su artículo 103 y al que más adelante habremos de hacer referencia, pero sin lugar a dudas, un preámbulo y dos primeros artículos que nos permiten vislumbrar, la existencia de una historia, preocupaciones y valores fundamentales comunes que llevaron a los Estados a constituirse como miembros de aquella Organización que como la 'piedra angular', vendría a constituir la base de todas las relaciones internacionales entre los Estados en el marco del derecho internacional general.

De capital importancia nos parece el hacer referencia al pensamiento de dos de los más grandes filósofos de nuestra época, a saber, en primer término, el alemán **Jürgen Habermas** y posteriormente, el italiano Luigi Ferrajoli. De este modo, en una de sus más recientes publicaciones, 'THE DIVIDED WEST', Habermas propuso la identificación de tres 'innovaciones normativas' que sin duda, proveen a la Carta de las Naciones Unidas de un carácter constitucional y hacen posible su interpretación, en tanto 'constitución global'. Así, en primer lugar refiere a la combinación expresa que en su texto se establece respecto al propósito del mantenimiento de la paz

---

<sup>21</sup> Cfr. DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutionalization of the Charter of the United Nations Revisited...* Op. Cit. pág. 33.

internacional y una política de respeto a los derechos humanos; en segundo término, a la relación existente entre la prohibición del uso de la fuerza a través de un sistema realista de sanciones y de persecución criminal y finalmente, a la inclusividad de las Naciones Unidas y a la naturaleza universal de su derecho<sup>22</sup>.

Acorde con el filósofo y sociólogo alemán, la Guerra del Golfo ocurrida hacia 1991, generó que la turbulencia a que desde entonces hicieron frente las relaciones internacionales en razón de los desequilibrios económicos y sociales que hubieron de escindir al planeta, exigieron no sólo el aumento en el prestigio y credibilidad de las Naciones Unidas, sino también su reforzamiento a nivel militar. Para Habermas, la tarea de garantizar la paz y seguridad internacionales corresponde a las grandes potencias. De esta manera, le parece importante y además viable, que aquellas acuerden dotar a la Organización de una verdadera fuerza política y militar al tiempo en que se comprometan a la no utilización de la fuerza en el curso de sus relaciones internacionales. Seguido de lo anterior, la reforma de las Naciones Unidas –nos advierte el autor- debiera encaminarse a hacer de tal organización la sede de una policía internacional, conformada por fuerzas armadas neutrales de intervención rápida, organizadas y financiadas por las grandes potencias, con la finalidad de lograr un ‘orden cosmopolita justo y pacífico’<sup>23</sup>.

A través de su exposición, el mismo Habermas admite que tales transformaciones habrán de incidir en la soberanía tanto interna como externa de los Estados, limitándola de manera drástica. Empero, el ‘derecho cosmopolita’ debe ser institucionalizado de manera tal, que cada uno de los gobiernos se halle constreñido a respetar sus normas bajo la amenaza de sanciones. Sólo así -acorde con el autor- podrá alcanzarse una federación de Estados dotada de instituciones comunes que regulen las relaciones jurídicas entre sus miembros e impongan el respeto por las normas<sup>24</sup>.

Respecto de la segunda ‘innovación normativa’ a que el maestro alemán hace referencia en su ‘derecho cosmopolita’, a saber, la protección a los derechos humanos, la tesis habermasiana apunta que su tutela no puede dejarse en poder exclusivo de los Estados nacionales y por el contrario, debe confiarse cada vez más a organismos supranacionales. La aserción anterior parte de la premisa fundamental que establece la universalidad de la doctrina de los derechos humanos y por ende,

---

<sup>22</sup> Cfr. FASSBENDER, Bardo. *The Meaning of International Constitutional Law...* Op. Cit. pág. 847.

<sup>23</sup> Cfr. ZOLO, Danilo. *Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas...* Op. Cit. pág. 211.

<sup>24</sup> Cfr. *Idem*.

destaca la atribución del ser humano como sujeto de derecho internacional, o mejor dicho, del 'derecho cosmopolita', misma que habrá de extenderse a todos los individuos que habitan el planeta, y generar la exigencia de que en el ámbito universal de las Naciones Unidas sean creados nuevos órganos ejecutivos y judiciales, dotados de competencia para constatar las violaciones a los derechos humanos dentro de cualquier territorio, así como una policía judicial, de la que puedan disponer los tribunales internacionales a fin de reaccionar eficazmente ante la ocurrencia de crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>25</sup>.

Aun cuando la propia Carta dispone la obligación de los gobiernos para proteger y respetar los derechos humanos dentro de cada uno de sus territorios, además de la existencia de órganos como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el actual Consejo de Derechos Humanos para su defensa, al igual que Hans Kelsen en su obra 'LA PAZ POR MEDIO DEL DERECHO', la teoría habermasiana refiere a la necesidad urgente de que en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas sea creado un tribunal internacional dotado de jurisdicción universal y obligatoria, en virtud del cual el orden jurídico internacional sea capaz de dar efectiva respuesta a la naturaleza *erga omnes* de aquellos derechos fundamentales, idea inherente al derecho positivo<sup>26</sup>.

Finalmente hemos de arribar al pensamiento del filósofo italiano Luigi Ferrajoli, conforme a quien, la crisis a que hoy hace frente la figura del Estado-nación puede ser superada tan sólo en virtud de su reconocimiento y por ende, a través de la reconducción hacia la esfera internacional, de todos aquellos aspectos constitucionales, reservados al ámbito estatal. De este modo, a partir de un modelo puramente garantista, el maestro italiano observa que:

*“... el nexa entre Estado, constitución y garantías de los derechos fundamentales es totalmente contingente, y no el reflejo de ninguna necesidad de tipo teórico. Por el contrario, el modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condicionan la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios jurídicos establecidas en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento”<sup>27</sup>.*

---

<sup>25</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>26</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>27</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2002. pág. 152.

Sobre las bases del pensamiento vitoriano, Ferrajoli nos advierte que en un primer término, nos encontramos ante la presencia de aquello que el padre Vitoria denominó como '*totu orbis*', situación que, en los tiempos en que ahora vivimos, se materializaría por medio de la elaboración de un constitucionalismo mundial, capaz de dotar a las diversas cartas de derechos fundamentales con qué cuenta ya la comunidad internacional, de un sistema de garantías jurídicas. Es decir, se requiere que tanto la cultura política como jurídica reconozcan la ausencia de mecanismos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales, como una laguna que habrá de ser resuelta dentro del ámbito de la misma Organización de las Naciones Unidas y en consecuencia, por todos los Estados miembros<sup>28</sup>.

Aquello supone de manera irreversible, una reforma al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en materia de jurisdicción que, a decir del mismo autor, es hoy '*escasamente relevante*'. En este sentido, la tesis de Ferrajoli propone los cuatro puntos siguientes: a) la extensión de su competencia, en la actualidad reservada para conocer y pronunciarse sobre conflictos surgidos exclusivamente entre Estados, hasta los juicios de responsabilidad en materia de guerras, amenazas a la paz y violaciones de los derechos fundamentales; b) la obligatoriedad de su competencia, hasta hoy subordinada por el esquema de reconocimiento previo por parte de los Estados; c) el reconocimiento de legitimación ante la Corte también para los individuos, en tanto últimos titulares de los derechos humanos o quizá para los organismos no gubernamentales que alrededor del mundo actúan en su defensa; d) la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes en contra del derecho internacional, es decir, las guerras, daños irreversibles al medio ambiente, y en términos generales, todas aquellas violaciones a los derechos humanos que por haber sido cometidas por los Estados mismos, no pudieran ser punibles al interior de sus territorios, quedando codificadas en una especie de código penal internacional<sup>29</sup>.

La segunda indicación de Vitoria a que Ferrajoli presta atención para fundar su tesis es precisamente la prohibición de aquellas guerras consideradas por el filósofo escolástico como '*perjudiciales para la humanidad entera*' y en esta tesitura, el maestro italiano se aleja un tanto de la posición habermasiana, pues más que a una policía internacional, Ferrajoli establece la necesidad de garantías adecuadas de tipo preventivo. De esta manera, el autor italiano nos advierte que "*La paz se alcanzará no sólo y no tanto armando a la ONU, cuanto sobretodo desarmando a los Estados: cuando menos porque las fuerzas de que disponen actualmente los Estados bastan*

---

<sup>28</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>29</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 154.

*por sí solas para destruir muchas veces el planeta, y ninguna fuerza supranacional es por sí sola suficiente para domarlas ...*<sup>30</sup>.

Finalmente, Ferrajoli recurre también a las Relecciones de Vitoria para fundar su pensamiento e intentar así al igual que Habermas, lograr desvincular el concepto de ciudadanía al de aquél de derechos humanos. Así entonces, el padre español formuló la primera doctrina de los derechos naturales, proclamando como derechos universales e inherentes a todos los pueblos el '*ius communicationis*', el '*ius migrandi*', el '*ius peregrinando in illas provincias*', el '*illic degendi*' y por último, '*accipere domicilium in aliqua civitate illorum*<sup>31</sup>. Lo curioso en este caso es que aun cuando tales derechos parecían ser simplemente desiguales y asimétricos, por resultar en su momento, imposible la migración de los indios a Occidente, fue precisamente aquella concepción la que dio a Occidente la legitimación jurídica para ocupar el entonces Nuevo Mundo que durante alrededor de cinco siglos, justificaría la colonización y la explotación de todo el mundo sobre las bases de una 'misión evangelizadora' y posteriormente, de una 'misión civilizadora'<sup>32</sup>.

Hoy en día en que la situación aparece de modo revertido ante los ojos de un mundo 'globalizado' y aquellos pueblos que en alguna época histórica fueron conquistados son los que emigran hacia Occidente, tales derechos cristalizados como 'universales' en el texto de la DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO de 1789, parecieran haberlo dejado de ser. En este mismo contexto, Ferrajoli advierte la exigencia de 'tomar en serio' aquellos valores, los derechos humanos plasmados en las diversas cartas constitucionales y como resultado, tener el valor de desvincularlos de la idea de ciudadanía, reconociendo así, su carácter supraestatal y lograr su plena garantía no sólo hacia el interior, sino también hacia fuera y contra todos los Estados. Todo ello, a favor del género humano<sup>33</sup>.

No obstante todo lo apuntado hasta este momento, en ninguno de los casos debemos olvidar que el hecho de otorgar a la Carta de las Naciones Unidas o no, un carácter constitucional en el orden jurídico internacional de la época en que vivimos, habrá de depender en gran medida de los juegos políticos presentes en el escenario mundial. Así, según hemos destacado en los capítulos que preceden, desde finales del siglo XX y por supuesto hasta nuestros días, la Organización de las Naciones Unidas ha

---

<sup>30</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>31</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción de Gerardo Pisarello *et. al.* Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. No. 15. Universidad Externado de Colombia. Bogota, 2000. pág. 186.

<sup>32</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 187.

<sup>33</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil... *Op. Cit.* págs. 154-155.

hecho frente a una verdadera crisis que de manera inevitable, ha incidido en la esencia misma de esta organización. De este modo, en el seno de las Naciones Unidas se vive una atmósfera en la que cobra presencia tanto la hostilidad, como el desinterés y la amistad y al mismo tiempo, el constante choque entre los diversos intereses individuales y aquellos considerados como colectivos, situaciones que en combinación originan la falta de sustantividad y fuerza en las decisiones emprendidas, ante las diversas problemáticas que hoy desafían no sólo a un Estado o a una región del mundo, sino a la humanidad en su conjunto.

Fassbender ha observado que el futuro del entendimiento y la efectividad constitucional de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, el futuro de un orden constitucional internacional en general, no dependerá tanto de los esfuerzos de interpretación y construcción de la ciencia jurídica, como en el destino mismo de las Naciones Unidas. A decir del mismo autor, sólo un esfuerzo político similar a aquél que habría de motivar al surgimiento de aquella Organización hacia la conclusión de la Segunda Guerra Mundial podría reivindicar la esencia de la Carta en tanto documento constitutivo de la comunidad internacional. Quizá, la era de las Naciones Unidas, en el modo en que tal Organización fue concebida desde sus inicios ha llegado a su fin y sólo hasta hoy, es cuando los pueblos de las Naciones Unidas –en la forma en que aparece en el preámbulo de dicho documento- han cobrado conciencia de su naturaleza constitucional. Sin embargo, la idea de una constitución universal de la comunidad internacional basada en un sistema de valores fundamentales inherentes a toda ella, habrá de sobrevivir necesariamente, si se piensa en aquella como un instrumento jurídico indispensable para regular las relaciones internacionales o más un, como símbolo unificador por excelencia de toda la humanidad<sup>34</sup>.

Para concluir, nos parece por demás atinado recurrir una vez más al pensamiento del maestro italiano Luigi Ferrajoli, acorde quien si bien es cierto el derecho moderno, poco tiene de natural y al contrario, va configurándose a través de las relaciones de poder, es también verdad que aquél derecho se nos muestra también en el modo en que los seres humanos así lo queremos, a través de sus reivindicaciones y luchas y desde luego, en virtud del trabajo de filósofos y juristas. Es cierto –nos dice Ferrajoli- que hoy en día no existe razón alguna para ser optimistas al respecto, sin embargo, en todo momento debemos rechazar aquella actitud excesivamente ‘escéptica y resignada’ presente en la falacia realista del principio de efectividad que equipara al

---

<sup>34</sup> Cfr. FASSBENDER, Bardo. *The Meaning of International Constitutional Law...* Op. Cit. pág. 851.

derecho y el hecho y en sentido opuesto, debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional<sup>35</sup>. En este orden de ideas,

*“... El conflicto entre ser y debe ser del derecho, entre normatividad axiológica y efectividad concreta, entre justicia y derecho, entre idealismo y realismo, entre racionalidad sustancial y racionalidad formal, que hasta el momento ha gravado la cultura jurídica internacionalista, se ha desplazado ... al cuerpo mismo del derecho internacional positivo. ... Gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial. Los valores incorporados a ella –la prohibición de la guerra y los derechos de lo hombres y los pueblos-, al no ser externos al ordenamiento y al haberse convertido en normas jurídicas supraordenadas a todas las demás, no son formas de deslegitimación ideológica sino fuentes de deslegitimación jurídica. ... Ha pasado a ser el tiempo un elemento sustantivo que condiciona los contenidos de las decisiones, que resultarían inválidas en aquellos casos en que entren en conflicto con los nuevos principios positivos de derecho internacional. Hasta el punto de que es posible afirmar que hoy el positivismo constitucional desempeña respecto al derecho vigente esa misma función crítica y normativa que, en el pasado había correspondido al iusnaturalismo .... Y si es cierto que a corto plazo no podemos hacernos ilusiones, también lo es que los derechos no caen del cielo, y que un sistema de garantías efectivas no se construye a priori, ni en poco años y ni tan siquiera en pocas décadas. Así fue en el caso del Estado de derecho y en el de nuestras aún frágiles democracias, implantadas por medio de largas batallas ideales y de luchas sangrientas. No sería razonable pensar que éste no será el caso del derecho internacional, y tampoco lo sería dejar de comprometernos con el papel que nos corresponde”<sup>36</sup>.*

#### 5.1.2. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Durante los últimos tiempos, de modo paralelo a la constitucionalización del derecho internacional, aparece también a la luz de la doctrina jurídica internacional la especialización de aquella rama del derecho a través del surgimiento de diversos regímenes sectoriales, temáticos y relativamente autónomos, resultado de la existencia de intereses, deberes y derechos distintivos de varios aspectos

<sup>35</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil... Op. Cit. pág. 155.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 156-158.

relacionados con la actividad jurídica internacional en la actualidad. De entre ellos, podemos advertir al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho ambiental, el derecho comercial, el derecho del mar, el derecho europeo, y otros incluso de mayor especialización, tales como son el derecho de las inversiones y el derecho internacional de los refugiados, todos estos constituidos a partir de principios e instituciones, propias a cada uno<sup>37</sup>.

Aunado a lo anterior, la especialización del derecho internacional ha traído consigo la creación y proliferación de un gran número de organismos y tribunales internacionales también de naturaleza especializada, ambas situaciones que de modo importante han contribuido a generar entre los estudiosos del derecho internacional la preocupación de que tales regímenes particulares y el surgimiento de instituciones especializadas tiendan a dejar completamente de lado las actividades legislativas e institucionales de los campos contiguos y más aun, las normas y principios del derecho internacional general<sup>38</sup>.

El resultado de aquello que la misma doctrina reconoce como 'Fragmentación del derecho internacional' deriva en la existencia de conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general de derecho<sup>39</sup>. Con toda certeza hemos de afirmar que lo anterior habrá de incidir de manera importante en el papel que hoy en día y en el futuro próximo habrá de jugar la idea de *ius cogens*, en tanto su carácter supremo e inherente al orden jurídico internacional universal. A ello entonces, dedicaremos una parte de nuestro estudio.

Aunque para la mayoría de quienes han dedicado sus estudios al fenómeno de la 'Fragmentación del derecho internacional' parecería ser un fenómeno bastante novedoso, lo cierto es que la misma Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas<sup>40</sup> ha ubicado sus orígenes a mediados del siglo XX, cuando el célebre *iusinternacionalista* **Wilfred Jenks** destacó la existencia de dos fenómenos en

---

<sup>37</sup> Cfr. KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional, 58º periodo de sesiones A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006. pp. 294, pág. 12.

<sup>38</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>39</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>40</sup> Dicho órgano, conocido también como la 'Sexta comisión' fue establecido por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas hacia 1947 con la finalidad de promover el desarrollo progresivo así como la codificación del propio derecho internacional. En la actualidad se compone 34 miembros, de entre los estudiosos del derecho internacional de todo el mundo, elegidos por la misma Asamblea General. Véase [www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm), con acceso el día 30 de agosto de 2007. Por lo tanto, consideramos que el reporte sobre 'Fragmentación sobre Derecho Internacional' al que haremos constante referencia en este apartado funge como doctrina del más alto nivel, en tanto no sea adoptado por los Estados como texto obligatorio, acorde con las 'fuentes' del derecho internacional' establecidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

contexto del derecho internacional. En primer término, la carencia de un órgano legislativo general en el mundo jurídico internacional y en consecuencia, “... los tratados normativos tienden a desarrollarse en diversos grupos históricos, funcionales y regionales separados entre sí y cuyas relaciones mutuas en muchos aspectos son análogas a las de los sistemas separados del derecho interno”<sup>41</sup>. Para ello, el mismo Jenks, previó la necesidad de una estrecha analogía con la idea de conflicto de leyes que se presenta en los ordenamientos internos, pero esta vez no en razón de la aplicación territorial de las leyes, sino de los conflictos entre los diferentes regímenes de tratados<sup>42</sup>. El segundo aspecto de aquél fenómeno, lo encontró en el derecho mismo y en este sentido observó que “una de las fuentes más graves de conflicto es el considerable desarrollo del derecho que rige la revisión de los tratados multilaterales y define los efectos jurídicos de la revisión”<sup>43</sup>.

Ante el temor de que aquella multiplicación creciera al margen del esquema establecido por el derecho internacional general, en 2002 durante la celebración de su 54<sup>o</sup> sesión, la Comisión de Derecho Internacional decidió conformar un grupo de estudio, cuyo propósito fue el estudio del tema ‘FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE SU DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN’, mismo que concluyó en 2006 y a través del cual, fueron abordados los temas siguientes: a) La función y alcance de la norma *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos; b) La interpretación de los tratados a la luz de lo establecido por el artículo 31 (3c) de la Convención de Viena, a saber, ‘toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’, en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; c) La aplicación de los tratados sucesivos sobre la misma materia, en virtud de lo previsto por el artículo 30 de la Convención de Viena; d) La modificación de los tratados posteriores entre algunas partes únicamente, según lo dispuesto por el artículo 41 de la misma Convención y finalmente, e) la jerarquía normativa que se presenta en derecho internacional, a saber, *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y artículo 103 en tanto normas de conflicto<sup>44</sup>.

Destacamos que respecto del derecho internacional general, la Comisión de Derecho Internacional determinó que el derecho internacional es un ‘sistema jurídico’ y como tal, las normas establecidas en él surten necesariamente efecto con relación a otras

---

<sup>41</sup> JENKS, Wilfred. *The Conflict of Law Making Treaties*. B.Y.B.I.L, vol. 30 (1953), pág. 403 en KOSKENNIEMI Martti. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional... *Op. Cit.* pág. 10.

<sup>42</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 11.

<sup>43</sup> *Cfr.* JENKS, Wilfred. *The Conflict of Law Making Treaties...* *Op. Cit.* pág. 11.

<sup>44</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 8.

normas y por ende, todas ellas deben ser interpretadas dentro de un mismo contexto. De lo anterior se desprende que, al no ser el derecho internacional un simple complejo de normas jurídicas, se presenta ante nosotros en forma de una estructura vertical en donde se hace evidente la existencia de normas superiores e inferiores, generales o específicas, anteriores o posteriores, todas ellas interrelacionadas de manera significativa<sup>45</sup>.

Aunque siempre escéptico ante la presencia de valores universales y por ende, contrario a la idea de la 'unificación del derecho internacional', el *iusinternacionalista* **Martti Koskeniemmi**, se adhirió parcialmente al criterio de la Comisión al aludir a un fallo arbitral clásico entre Francia y México en el año 1925, mismo en que la comisión de reclamaciones determinó que "... *Debe ser considerado que toda convención internacional refiere a principios generales del derecho internacional para todas aquellas cuestiones que no resuelva por sí misma en términos expresos o de un modo diferente*"<sup>46</sup>.

El mismo ex-diplomático finlandés refiere que aquello pareciera haber sido también reconocido en el primer fallo emitido por la Organización Mundial de Comercio en 1996, cuando observó que los acuerdos celebrados dentro del ámbito de aquella Organización "*no deben ser leídos en aislamiento clínico del derecho internacional público*"<sup>47</sup> y posterior en el tiempo, determinó también que "*el derecho consuetudinario aplica generalmente a los acuerdos celebrados entre los miembros de la Organización Mundial del Comercio*"<sup>48</sup>. Más aun, Koskeniemmi advierte que los mismos tribunales regionales en materia de derechos humanos, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Corte Europea de Derechos Humanos, a lo largo de sus decisiones han hecho también, constante referencia al derecho internacional general sin necesidad de algún acto de incorporación<sup>49</sup>.

A lo establecido por el autor finlandés, tan sólo nos convendría añadir que incluso el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, constituido en el marco del Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y desde luego, especializado

---

<sup>45</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones del trabajo del grupo de estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. 58º periodo de sesiones A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, pág. 7.

<sup>46</sup> Cfr. *Georges Pinson Case (Fr v. Mex.)*, R. Int'l Arbitral Awards, No. 5, p. 422 en KOSKENIEMI, Martti. *International Law: Between Constitutionalism and Fragmentation*. Public Lecture at the Australian National University. Canberra, 27 November, 2006. pág. 9 en [[http://cigj.anu.edu.au/cigj/link\\_documents/KoskeniemmiPaper.pdf](http://cigj.anu.edu.au/cigj/link_documents/KoskeniemmiPaper.pdf)] con acceso el día 31 de agosto de 2007. (Traducción propia).

<sup>47</sup> Cfr. Appellate Body, *United States – Standards of Reformulated and Conventional Gasoline*, 20 May 1996, WT/DS2/AB/R. DSR 1996-1 p. 16 en *Idem*. (Traducción propia)

<sup>48</sup> Cfr, Panel Report, *Korea – Measures Affecting Government Affecting Procurement*, 19 January 2000, WT/DS163/R para. 7.96. en *Idem*. (Traducción propia)

<sup>49</sup> Cfr. KOSKENIEMI, Martti. *International Law: Between Constitutionalism and Fragmentation... Op. Cit.* pág. 11.

en aquella materia, ha recurrido en algunas de sus decisiones a lo dicho por la propia Corte Internacional de Justicia, en tanto máximo tribunal de la Organización de las Naciones Unidas. De lo anterior, baste como ejemplo el segundo de los casos que aquél tribunal resolvería, decisión en que recurrió al razonamiento de la Corte respecto del 'estado de necesidad' como excluyente de responsabilidad, en el caso GABČÍKOVO-NAGYMAROS entre Hungría y Eslovaquia en 1997<sup>50</sup>.

#### 5.1.1.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *LEX DEROGAT LEGI GENERALI*

Acorde con el principio *Lex Derogat Legi Generali*, cuando son diversas las normas jurídicas que tratan una misma cuestión, debe darse preferencia a la de mayor especificidad, en tanto se entiende que es precisamente aquella la que mejor toma en cuenta las particularidades del contexto en que se aplica<sup>51</sup>. La aplicación de este principio general de derecho ha sido ya, trasladada al derecho internacional positivo en tratándose de conflictos emergentes entre disposiciones de un mismo tratado,<sup>52</sup> conflictos entre normas jurídicas internacionales insertas en varios instrumentos<sup>53</sup>, aplicación de disposiciones de un tratado y normas de otro instrumento<sup>54</sup> y finalmente, entre normas de derecho internacional consuetudinario general y particular<sup>55</sup>.

En ninguno de los casos, la ley especial habrá de derogar de manera absoluta a la general, dado que esta última continúa aplicándose en contextos diversos<sup>56</sup>. Más aun, a este respecto, la propia Comisión de Derecho Internacional habría de pronunciarse también sobre aquellos casos en que la *lex generalis* resulta absolutamente inderogable, a saber, cuando aquella *lex generalis* goce del estatus de norma de *ius cogens*; en el caso de que una eventual derogación derivara en la frustración de aquella ley; cuando se hallare potencialmente afectado el equilibrio entre los derechos

<sup>50</sup> Cfr. *The M/V Saiga (No. 2) Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). International Tribunal for the Law of the Sea. 1 July 1999. párrafo 133.

<sup>51</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones del trabajo del grupo de estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional...* Op. Cit. pág. 9.

<sup>52</sup> Véase *Beagle Channel Arbitration* (Argentina v. Chile) ILR vol. 52 (1979), pág. 141, párrafos 36, 38 y 39; Asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*, sentencia de 11 de julio de 2002, ECR (2002) I-06367, págs. 6398 a 6399, párrafos 35 y 36, y pág. 6404, párrafos 59; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de mayo de 1993, ECHR Series A (1993), Nº 258, pág. 57, párrafo 76; *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, sentencia de 22 de mayo de 1984, ECHR, Series A (1984), Nº 77, pág. 27, párrafo 60; *Murray v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de octubre de 1994, ECHR Series A (1994), Nº 300, pág. 37, párrafo 98; y *Nikolova v. Bulgaria*, sentencia de 25 de marzo de 1999, ECHR 1999-II, pág. 25, párrafo 69.

<sup>53</sup> Véase *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), pág. 31.

<sup>54</sup> Véase *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol.8, 1985-I, pág. 378.

<sup>55</sup> Al respecto, la Corte Internacional de Justicia determinó que: "*Cuando, por tanto, la Corte encuentra una práctica claramente establecida entre dos Estados que ha sido aceptada por las Partes como elemento que regula las relaciones entre ellas, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esa práctica al objeto de determinar sus derechos y obligaciones específicos. Esa práctica particular debe tener primacía sobre las normas generales*". *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India) (Merits) I.C.J. Reports 1960, p. 6, pág. 44. (Traducción propia).

<sup>56</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones del trabajo del grupo de estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional...* Op. Cit. pág. 10.

y obligaciones establecidos en la ley general y finalmente, cuando de su no aplicación se derivare un daño a un tercero<sup>57</sup>.

#### 5.1.1.2. LOS REGÍMENES AUTÓNOMOS

Por otro lado, el documento de conclusiones a que arribó la Comisión de Derecho Internacional, aborda también la cuestión de aquellos conjuntos de normas y principios que configuran a los regímenes autónomos y les da el tratamiento de *lex specialis*, ya sea que aquellos emergieren a través de la conclusión de un tratado o de varios, o bien en virtud del derecho consuetudinario<sup>58</sup>.

Este órgano se dio a la tarea de clasificar aquellos regímenes 'más o menos autónomos', conocidos también en la doctrina del derecho internacional como '*self – contained regimes*', en tres tipos diversos, a saber: a) aquel caso contemplado por el artículo 55 del 'PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO', elaborado por la propia Comisión de Derecho Internacional, es decir, cuando la vulneración de un conjunto determinado de normas -primarias- va acompañada de una serie especial de normas -secundarias- relativas a la infracción y las reacciones contra ésta; b) aquellos regímenes relativamente autónomos que abarcan una determinada región geográfica, por ejemplo, la protección de un río y; c) las normas y principios que regulan un determinado sector problemático del derecho internacional, entre ellos, el derecho del mar, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de la Organización Mundial del Comercio, y el derecho ambiental, etcétera<sup>59</sup>.

Respecto de los regímenes especiales, únicamente hemos de precisar que en tanto *lex specialis*, aquellos también quedan sujetos a las normas y principios del derecho internacional general y en consecuencia, a las excepciones previstas por aquel principio general de derecho, incluida la contraposición de sus disposiciones con las normas de *ius cogens*.

Acorde con la doctrina establecida, son estos subsistemas jurídicos 'más o menos autónomos' los que en mayor riesgo ponen a la 'unificación del derecho internacional'. El *iusinternacionalista* español **Antonio Remiro Brotóns** ha advertido que dada la ausencia de instituciones que garanticen la coherencia entre aquellos subsistemas, a manera de poder integrar a todos ellos en un 'gran sistema', el derecho internacional

---

<sup>57</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 11.

<sup>58</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>59</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 12.

funciona como un 'derecho de coordinación' y por lo tanto, pueden producirse contradicciones e incluso competencia 'concurrente' entre los diversos regímenes materiales, o bien en un mismo régimen temático, pero en distintos ámbitos territoriales, sean regionales o bien, de naturaleza universal. De este modo, Remiro Brotóns se pronuncia a favor de la unidad del ordenamiento jurídico internacional, no obstante aquella normatividad compleja y más aun, señala que es precisamente en el primero, donde debiera ubicarse al fundamento de los diferentes subsistemas<sup>60</sup>.

#### 5.1.1.3. CONFLICTOS ENTRE NORMAS SUCESIVAS

El artículo 30 (3) de la Convención de Viena prevé que “3. *Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior*”. Esta norma es el reflejo de la aplicación de otro principio general del derecho: ‘la ley posterior deroga a la ley anterior’ – *lex posterior derogat legi priori* -<sup>61</sup>.

Su aplicabilidad no resulta ilimitada y por el contrario, de manera lógica requiere en primer término, que los Estados parte en el tratado posterior sean idénticas a los del tratado anterior. Así, un Estado parte en dos tratados contradictorios *inter se*, correrá el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de alguno de ellos y otorgar la facultad al Estado afectado o a los demás Estados partes en él, para darlo por terminado o suspender su aplicación de manera total o parcial, según lo establece el artículo 60 de la misma Convención.

En segundo lugar, en este sentido hemos de recordar que es precisamente, la voluntad de las partes en los tratados el elemento que habrá de prevalecer en casi todo momento. De lo anterior, podemos desprender que el principio *lex posterior derogat legi priori* pudiera ser principalmente aplicable cuando el conflicto de normas a resolver no sólo involucrare a las mismas partes de manera idéntica, sino también, se hallare vinculado con tratados conexos o cuyos objetivos sean análogos y no al tratarse de regímenes distintos, ya que en tal caso, no quedaría reflejado aquel consentimiento.

---

<sup>60</sup> Cfr. Entrevista a Antonio Remiro Brotóns en ZCAR, Susana (Comp.). *El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal*. Puente@Europa. Año V, No. 2. Junio 2007, pp. 24- 27.

<sup>61</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones del trabajo del grupo de estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional...* Op. Cit. pág. 18.

Ahora bien, en cuanto a la relación que guarda este principio con el *ius cogens* dentro del régimen específico del derecho de los tratados, si bien es verdad que la Comisión de Derecho Internacional no hizo especial énfasis al respecto, cierto es también que conforme a lo previsto en la Convención de Viena, podríamos fácilmente concluir que, al tratarse de un conflicto en donde se halle inmersa una norma anterior con carácter reconocido de *ius cogens*, el principio *lex posterior derogat legi priori* habrá de resultar automáticamente inoperable y más aun, aquella nueva disposición habrá de ser declarada nula, según el artículo 53 de aquél instrumento internacional. No obstante, en ningún momento dejemos de lado que una excepción a la afirmación anterior la constituye el texto del artículo 64 del mismo documento, disposición que prevé la existencia de la figura conocida como '*ius cogens superveniens*', cuya naturaleza y efectos hemos abordado ya, en el capítulo tercero.

#### 5.1.1.4. PROLIFERACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Según lo advertimos con anterioridad, la fragmentación del derecho internacional no sólo cuenta con una faceta puramente material o sustancial y al contrario, quizá como consecuencia de ésta, surge también un aspecto de naturaleza institucional, a través de la creciente multiplicidad de los tribunales que toman parte en la escena judicial internacional. En esta tesitura, a lo largo de las siguientes líneas analizaremos tal situación y el modo en que las decisiones emitidas por cada uno de ellos han de impactar a la problemática del *ius cogens* en el derecho internacional de nuestros días.

Según lo establece el 'PROYECTO SOBRE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES' – *Project on International Courts and Tribunals*<sup>62</sup>, hace un poco más de un siglo, en el marco de la CONVENCIÓN PARA EL ARREGLO PACÍFICO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES de 1899, surgió la Corte Permanente de Arbitraje, a saber, la primera institución de carácter permanente, cuyo fin primordial sería resolver todas las controversias surgidas de entre los Estados, sobre las bases establecidas por el derecho internacional. Desde entonces, se dio una multiplicación paulatina de aquellos, pasando desde luego, por la Corte Permanente de Justicia Internacional, seguida por su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, instauradas por el Pacto

---

<sup>62</sup> El proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales fue creado en 1997, a través del trabajo conjunto del Centro sobre Cooperación Internacional –*Center on International Cooperation*– de la New York University, la Fundación para el Derecho Internacional Ambiental y el Desarrollo –*Foundation for International Environmental Law and Development*–. Sin embargo, a partir del 2002, los trabajos realizados en el ámbito de dicho proyecto han sido desarrollados por el mismo Centro de Cooperación Internacional y Centro para las Cortes y Tribunales Internacionales –*Centre For International Courts and Tribunals*– de la University College London, gracias al apoyo económico brindado por algunas instituciones de carácter filantrópico. El objetivo de aquel proyecto es el promover entre los miembros de la comunidad internacional el desarrollo de un sistema coordinado de justicia internacional. A este respecto, recomendamos visitar el siguiente sitio web: [www.pict-pcti.org/about/about.html](http://www.pict-pcti.org/about/about.html) con acceso el día 21 de septiembre de 2007.

de la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas, respectivamente y los tribunales de Nüremberg y Tokio, para juzgar los crímenes cometidos por las potencias vencidas durante la Segunda Guerra Mundial.

No obstante lo anterior, ya hacia la década de los años ochenta, aquella multiplicación gradual de instancias judiciales a nivel internacional, comenzó a expandirse de manera incesante, de modo que en la actualidad, el orden jurídico internacional cuenta más de veinte tribunales internacionales permanentes, conformados por jueces independientes y dedicados a la resolución de controversias surgidas entre dos o más entidades, de las que al menos una de ellas, lo es un Estado o bien, un organismo internacional, que operan sobre determinadas reglas de procedimientos y sus decisiones son de carácter obligatorio para las partes a las cuales se dirigen.

Entre tales instancias, hemos de referir a la Corte Internacional de Justicia, al Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, los tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, así como la Corte Penal Internacional, los tribunales regionales en Europa, tales como la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia del Tratado Europeo de Libre Comercio; en el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia Centroamericana y la Corte de Justicia del Caribe y finalmente, en el África, la recién creada Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otras. Por otro lado, es de nuestra consideración no dejar a un lado, a los órganos de naturaleza no propiamente jurisdiccional, cuyo ejemplo más relevante lo constituye el órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, además del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, dependiente del Banco Mundial y los diversos órganos arbitrales, específicamente, en materia comercial, a manera de ejemplo, baste referir a los paneles de solución de controversias, cuya instauración se prevé en los capítulos 11, 14, 19 y 20 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Acorde con el pensamiento de Remiro Brotóns, tal fenómeno resulta ser tan sólo uno de los efectos de la misma expansión y diversificación material en que se ha visto envuelto el derecho internacional desde los últimos tiempos. De esta forma - a decir del autor - esta proliferación podría ser interpretada como un signo de madurez del mismo, al ofrecer las vías para la solución definitiva y vinculante de todo tipo de controversias e inclusive, hasta la persecución de la comisión de crímenes internacionales. Empero, de modo paralelo, aquello también podría representar una

nueva amenaza para la lograr la unidad y coherencia del sistema jurídico internacional, nuevamente en razón de la estructura horizontal que rige al mismo hasta nuestros días y por ende, a la ausencia de jerarquía formal entre las distintas jurisdicciones, lo que posibilita la existencia de criterios contradictorios, especialmente en aquellos casos en que sus respectivos ámbitos de jurisdicción material pudieran mostrar algún tipo de concurrencia<sup>63</sup>.

La evidencia más clara de la aserción anterior, la constituyen sin duda, los casos conocidos como Tadic y Nicaragua. Así, en 1999 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto TADIC fue más allá del criterio asentado por la Corte en el caso de las ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN Y CONTRA NICARAGUA de 1986, mismo al que hemos aludido con anterioridad, del que decidió apartarse deliberadamente y adoptar el razonamiento del 'control general' y no aquel de 'control efectivo' adoptado por la Corte Internacional de Justicia- para aducir las circunstancias en que podía considerarse que un grupo armado militar o paramilitar en un conflicto presuntamente interno actuaba por cuenta de una potencia extranjera, como lo hicieron los Estados Unidos, durante el régimen sandinista en Nicaragua<sup>64</sup>.

El mismo Remiro Brotóns advierte que a pesar de lo anterior, no hay razón alguna para ser alarmista. En el caso citado, el giro interpretativo podría ser explicado en razón del hecho de que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, trató de establecer la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual, además de que aquel tipo de 'contradicciones', pudieran incentivar posteriores cambios progresivos de la Corte Internacional de Justicia, siendo en ese sentido muy constructivas. Así, la unidad del sistema jurídico internacional debería bastar para impedir contradicciones flagrantes, a menos que nos enfrentemos a la presencia de tribunales sean éstos arbitrales o judiciales, de composición muy sesgada y/o con miembros manifiestamente ignorantes del derecho internacional general, lo que en su opinión tampoco resulta completamente descartable<sup>65</sup>.

Es precisamente en este planteamiento, donde consideramos que la idea de *ius cogens* vuelve a jugar un papel primordial en el modo en que se presenta el orden jurídico internacional actual. Es decir, acorde con lo hasta ahora establecido, ante la falta de jerarquía y coordinación entre los diversos órganos jurisdiccionales y *cuasi*

---

<sup>63</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>64</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>65</sup> Cfr. *Idem*.

jurisdiccionales, cualquiera de aquellos, pudiera en un momento dado, pronunciarse sobre la existencia e identificación de una norma con *status* de *ius cogens*, al menos, así parecieran haberlo ya hecho en diversas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex – Yugoslavia.

Aunque hasta el momento sin embargo, no se ha presentado una situación de semejanza tal, nos atreveríamos a imaginar una posible contradicción de criterios en tratándose de la definición de este tipo de normas tan fundamentales para la propia comunidad internacional, sin olvidar en ningún momento, que aquellas pertenecen al *corpus* del derecho internacional general, en tanto su sentido de existencia es justamente, la protección de los valores fundamentales universales, sin formar parte exclusiva de algún régimen material o regional. Ante todo lo anterior, tan sólo nos resta finalizar con algunos planteamientos: En tal situación ¿a quién correspondería el pronunciarse jurisdiccionalmente sobre la existencia o no, de una de norma de *ius cogens*?, ¿Debería tener la Corte Internacional de Justicia un papel primordial en su identificación?, ¿Pudiera hablarse de jerarquía alguna entre las normas de *ius cogens*?, ¿Acorde con el derecho internacional, a quién correspondería resolver un posible conflicto entre normas imperativas de derecho internacional general?. A estos cuestionamientos intentaremos dar respuesta en lo que toca al punto relativo a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y las normas de *ius cogens*.

### 5.3. *SOFT LAW, ARTÍCULO 103, OBLIGACIONES ERGA OMNES Y IUS COGENS ¿JERARQUÍA DE NORMAS EN DERECHO INTERNACIONAL?*

Sin lugar a dudas, pensar en la existencia de una jerarquía de normas en el orden jurídico internacional, de manera inmediata nos lleva a reflexionar también acerca de la naturaleza y estructura del derecho internacional, así como de sus ‘normas de reconocimiento’, cuya función principal, acorde con el pensar de H.L.A. Hart, la constituye precisamente, el identificar dentro de tal estructura, la presencia de las denominadas ‘normas primarias’, o mejor, de aquellas reglas que imponen obligaciones y por ende, las distingue de aquellas otras no que no son jurídicamente vinculantes<sup>66</sup>. Aun cuando esta cuestión habría de analizarse ya desde la primera mitad del siglo XX, a través por ejemplo, del pensamiento de Alfred von Verdross en 1937<sup>67</sup>, cierto es también que en la medida en que un creciente número de normas e

---

<sup>66</sup> Cfr. SHELTON, Dinah. *Normative Hierarchy in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291-323, pág. 291.

<sup>67</sup> Al respecto, veáanse VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 31, No. 4 (1937), pp. 571-577; VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 60, No. 3 (1966), pp. 511-515.

instituciones jurídicas internacionales fueron irrumpiendo en el escenario de las relaciones internacionales, primordialmente a partir de la década de los años ochentas, el debate relativo a la jerarquía normativa comenzaría a ocupar un lugar central en las discusiones planteadas por los diversos teóricos del derecho internacional<sup>68</sup>.

A partir de la posición que hemos adoptado a través de este trabajo, en este apartado habremos de dedicarnos al análisis de cuestiones tales como el '*soft law*', el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la noción de obligaciones *erga omnes*, en tanto conceptos que infieren una diferencia jerárquica dentro de la estructura actual del ordenamiento jurídico internacional y desde luego, el papel que cada uno de ellos ha de desempeñar alrededor de nuestra idea principal, a saber, el *ius cogens* internacional.

### 5.3.1. EL SOFT LAW Y SU VINCULACIÓN CON EL IUS COGENS

Es conveniente aclarar que si bien la doctrina no ha logrado llegar a un consenso respecto del significado, alcance y contenido de la expresión *soft law*<sup>69</sup>, en tanto que aquello dependería de la definición misma que se diera de derecho internacional, cierto es que tal terminología es generalmente utilizada para referir primordialmente, a los principios, reglas, estándares o directrices que aunque carecen de efectos vinculantes *per se*, no dejan por ello de producir consecuencias de carácter jurídico<sup>70</sup>.

Acorde con la idea anterior, la noción misma de *soft law* involucra una amplísima variedad de documentos internacionales, entre los que podemos referir a las

---

<sup>68</sup> En este sentido, vale la pena referir al autor francés Prosper Weil, quien en 1983 introdujo el concepto de 'normatividad relativa' –*relative normativity*– en su polémico artículo '*Towards the Relative Normativity in International Law?*'. En tal publicación Weil emprendió el análisis de los posibles riesgos que consigo traería el entonces reciente desarrollo de conceptos tales como *ius cogens*, la distinción entre crímenes y delitos internacionales, la noción de obligaciones *erga omnes* e incluso el denominado '*soft law*'. Asimismo, advirtió también que una excesiva variación de la normatividad internacional vendría en el desconocimiento de la naturaleza del propio orden internacional, entendido éste como el derecho de cooperación entre los diversos Estados soberanos y por ende, de sus procesos de formación normativa, vinculados principalmente con la idea de voluntarismo estatal. DEL TORO, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Vol. VI (2006) pp. 513 -549. Por su parte, acorde con el pensamiento de Pierre Marie Dupuy, es imposible hablar de una jerarquía de normas en el derecho internacional en razón de que con base en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en el principio de la igualdad de los Estados, tanto las fuentes, como las normas y los procedimientos del derecho internacional son equivalentes entre sí y todos ellos derivan del consentimiento otorgado por los Estados. De manera contrastante, Michael Byers por ejemplo, ha establecido que el concepto de 'comunidad de Estados en su conjunto' previsto en artículo 53 de la Convención de Viena, ha de fungir como punto de partida para el surgimiento de una fuerza que determine la existencia de normas fundamentales e inherentes a la idea de 'orden público' – *public policy*–. Finalmente, el profesor americano Jonathan Charney precisó la necesidad de dar una efectiva articulación a las normas jurídicas universales, a fin de poder dar respuesta a la creciente lista de problemáticas que demandan una respuesta internacional rápida y uniforme. SHELTON, Dinah. *Normative Hierarchy in International Law...* *Op. Cit.* págs. 291-292.

<sup>69</sup> El término *soft law* fue utilizado por primera vez hacia mediados del siglo XX por el profesor inglés Lord McNair, con el objeto de distinguir exclusivamente entre proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*. *Cfr.* DEL TORO, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law...* *Op. Cit.* pág. 518.

<sup>70</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 534.

resoluciones, declaraciones, recomendaciones e informes emitidos por los diversos organismos internacionales o dentro del marco de conferencias internacionales; planes de acción; textos de tratados aun no en vigor; declaraciones interpretativas; disposiciones de carácter programático; acuerdos políticos, entre otros<sup>71</sup>.

Dada la gran diversidad de documentos internacionales que pudieran ser considerados dentro del ámbito del *soft law*, resulta un tanto complicado dotar a éste de un significado uniforme en el derecho internacional y por el contrario, tal pareciera que en lo único que existe consenso estriba en lo que refiere a sus efectos no obligatorios y que lo define en contraposición a aquello denominado *hard law*<sup>72</sup>, situación que sin duda, hace que la misma doctrina ubique al estudio de tal concepto en el contexto estricto del sistema tradicional de fuentes del derecho internacional, a saber, aquellas definidas en el texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En este mismo sentido, **Daniel Thürer** advierte la presencia de cuatro aspectos que resultan necesarios para lograr su descripción. En primer término, conforme al *iusinternacionalista* suizo, el *soft law* generalmente expresa las expectativas comunes relativas al modo de conducirse las relaciones internacionales, según se configuran o surgen dentro de la estructura misma de los organismos internacionales. En segundo lugar, a decir del mismo autor, el *soft law* es creado por los sujetos del derecho internacional. En tercer término, el contenido normativo del *soft law* no ha pasado aun por todas las etapas de los procedimientos descritos para la creación de normas jurídicas internacionales y por ende, carecen de toda obligatoriedad y finalmente, la idea de *soft law*, si bien no es derecho como tal, se caracteriza por su proximidad a éste y sobre todo por su capacidad para producir algunos efectos de naturaleza jurídica<sup>73</sup>.

Hemos de apegarnos entonces al pensamiento del maestro Mauricio del Toro, acorde con quien, el *soft law* debiera aparecer un tanto desvinculado de la teoría de las fuentes del derecho internacional y en su lugar, ser analizado desde una perspectiva global del derecho internacional. Acorde con el mismo autor, más que contribuir a una distinción entre lo obligatorio y aquello que no lo es, el *soft law* o mejor, el derecho flexible, enriquece también al modo en que se conciben los diversos procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales. Al mismo tiempo nos permite

---

<sup>71</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>72</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>73</sup> Cfr. THÜRER, Daniel. *Soft law* en BERNHARDT, R. (ed.), Encyclopedia of Public International Law, 2000, pp. 454-460 en *Idem*.

vislumbrar el papel activo de otros actores internacionales y por último, representa en la actualidad el primer eslabón que va desde lo que es *soft* hasta lo *hard* y que precisamente, con transcurso del tiempo habrá de culminar tal vez con el surgimiento de normas imperativas de derecho internacional<sup>74</sup>.

Los instrumentos internacionales que conforman al *soft law* se constituyen como parte de un conjunto abierto y flexible que no necesariamente se muestra en oposición ni en sustitución del *hard law*, por el contrario puede antecederle o bien, complementarle. De este modo, en razón de su naturaleza 'informal' permite la adaptación del ordenamiento jurídico internacional en el modo en que así lo exijan los complejos desarrollos de la globalización mundial, al tiempo en que permite la participación a actores no estatales que de otro modo, habrían de encontrarse excluidos de los procesos formales de creación de las normas jurídicas internacionales<sup>75</sup>.

No debemos tampoco dejar de lado los riesgos que corre el ordenamiento jurídico internacional con la presencia del *soft law*. Así, en oposición a él pudiera argumentarse el uso 'caprichoso' que pudieran hacer de él algunas potencias, especialmente los Estados Unidos, en diversos ámbitos del derecho internacional de nuestros días, principalmente hemos de destacar la protección del medio ambiente, algunos aspectos relacionados con los derechos humanos, la limitación de armamento, entre otros<sup>76</sup>. Al respecto sin embargo, hemos referido ya en un capítulo anterior, a la función de monitoreo que en este tenor ha de ejercer la 'sociedad civil internacional', a través principalmente, de las Organizaciones No Gubernamentales, los medios masivos de comunicación y las empresas privadas, en tanto de este modo podemos afirmar, contribuyen también a sentar los valores, retos y preocupaciones de la comunidad internacional en su conjunto, más allá de la voluntad de los gobiernos de cada uno de los Estados que la conforman para obligarse jurídicamente.

Finalmente, coincidimos también con el pensamiento de Mauricio del Toro, acorde con quien, el fenómeno del *soft law*, más allá de ocupar un lugar importante en las discusiones doctrinales relativas a las fuentes del derecho internacional, debiera ser mejor abordado como "*... un acontecimiento cultural que refleja el Estado actual del funcionamiento de la sociedad internacional y nos muestra sus diferentes posibilidades*

---

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 544.

<sup>75</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>76</sup> Cfr. *Idem*.

*incluso aquellas que, en sus extremos, podrían afectar el funcionamiento del sistema y fraccionar aún más a la comunidad internacional ...*<sup>77</sup>.

### 5.3.2. ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Sin duda alguna, una de las cuestiones que mayor discusión ha provocado entre los teóricos del derecho internacional lo constituye precisamente el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y desde luego, la relación que éste guarda con las normas imperativas de derecho internacional. En este tenor, el texto del artículo 103 dispone que *“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”*<sup>78</sup>.

Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha advertido que el artículo 103 de la Carta en ningún momento refiere a la prevalencia de la Carta, sino a todas las obligaciones contraídas en virtud de ésta. Es decir, además de los derechos y obligaciones de los Estados miembros que la misma Carta prevé, aquella idea involucra también los deberes fundados en las decisiones obligatorias emitidas por cada uno de los órganos que componen a aquella Organización<sup>79</sup>.

En este tenor, el caso de mayor relevancia es aquel que dispone el artículo 25 de la misma Carta, acorde con el cual *“Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”*. Así, hemos de observar que si bien es cierto el artículo 103 no refiere expresamente a la supremacía de las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cualquier otro tipo de obligación contraída por los Estados miembros, una gran parte de la doctrina jurídica internacional así lo reconoce<sup>80</sup>. En razón de lo anterior, resulta preciso cuestionarnos si todas las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad habrán de prevalecer sobre cualquier otro compromiso internacional, incluso si aquellas hubieren sido

---

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> Hemos de precisar que ya en el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones hubo de establecerse que *“1. Los Miembros de la Sociedad reconocen, cada uno en lo que le atañe, que el presente Pacto deroga cualesquiera obligaciones o inteligencias inter se incompatibles con sus términos, y se comprometen solemnemente a no contraer otros análogos en lo sucesivo. 2. Si antes de su entrada en la Sociedad algún Miembro hubiere asumido obligaciones incompatibles con el presente Pacto, deberá tomar inmediatamente las medidas necesarias para desligarse de tales obligaciones”* en BRIERLY, J.L. *La Ley de las Naciones. Introducción al Derecho Internacional de la Paz*. Editora Nacional. México, 1950. pág. 256.

<sup>79</sup> Cfr. KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional...* *Op. Cit.* págs. 168-169.

<sup>80</sup> Véanse por ejemplo, BERNHARDT, Rudolf. *Artículo 103* en SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford University Press. N.Y. 2002, pág. 1295; ORAKHELASHVILI, Alexander. *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*. *European Journal of International Law*. Vol. 16, No. 1 (2005) pp. 59-88, pág. 69.

adoptadas *ultra vires* o más aun, el caso que nos ocupa, en contraposición a la existencia de una norma imperativa de derecho internacional.

Así, hemos de destacar que de la interpretación realizada al artículo 103 de la Carta, no podemos deducir que esta disposición pudiera fungir como un equivalente a la idea de *ius cogens*, en tanto se refiere de modo exclusivo a una cuestión de 'primacía' entre los diversos regímenes de tratados y no así, a una nulidad consecuente, inherente al *ius cogens*.

En este sentido, vale la pena atender a lo dicho por la Comisión de Derecho Internacional quien ha establecido que desde una perspectiva meramente gramatical, la palabra 'prevalecerá', según aparece inserta en el texto de tal artículo, en ninguno de los casos advierte la posibilidad de provocar la nulidad o suspensión de alguna obligación, ubicada jerárquicamente por debajo de las disposiciones de la Carta y desde luego, en contraposición a éstas. Acorde con la misma Comisión, tan solo se trata de una prohibición a los Estados para cumplir las obligaciones contraídas en contraposición a la Carta, sin que ello implique su nulidad o suspensión<sup>81</sup>. Convendría considerar además, si aquella disposición tiene lugar en tratándose únicamente de compromisos de naturaleza contractual o bien, pudiera englobar también, al ámbito del derecho internacional consuetudinario.

Con base en todo lo anterior, conviene referir al criterio asentado por la Corte Internacional de Justicia en el conocido caso LOCKERBIE. En tal caso, Libia, bajo la tesis de la incompatibilidad de las resoluciones emitidas en su contra por el Consejo de Seguridad y obligaciones contraídas por aquél Estado en el contexto de la CONVENCIÓN DE MONTREAL PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL de 1971, solicitó a este tribunal la indicación de medidas provisionales en contra de la orden de extradición de dos nacionales libios, ordenada por el propio Consejo de Seguridad, a través de sus resoluciones 731 y 748 (1992), sobre las bases de que la destrucción del aeroplano en el poblado de Lockerbie, en Escocia, cometida por ambos individuos, constituía una amenaza a la preservación de la paz y la seguridad internacionales, acorde con el capítulo VII. Como respuesta a dicha petición, Estados Unidos y el Reino Unido, patrocinadores de

---

<sup>81</sup> Cfr. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional.... Op. Cit. pág. 194.

aquellas resoluciones y en su calidad de Estados demandados, argumentaron que una decisión obligatoria del Consejo de Seguridad no permitía tal indicación<sup>82</sup>.

Fue así que en su orden emitida el 14 de abril de 1992, el mismo tribunal determinó que:

*“39. En tanto Libia como Estados Unidos, como Miembros de las Naciones Unidas, se encuentran bajo la obligación de aceptar y llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 25 de la Carta; mientras que la Corte, que en la fase del procedimiento correspondiente a las medidas provisionales considera que prima facie esta obligación se extiende a la decisión contenida en la resolución 784 (1992); y en tanto, acorde con el artículo 103 de las partes a este respecto prevalecen sobre sus obligaciones bajo cualquier otro acuerdo internacional, incluida la Convención de Montreal;*

*40. Considerando en consecuencia que la Corte, aunque en esta etapa no está llamada a pronunciarse de manera definitiva sobre el efecto legal de la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad, considera que cualquiera que hubiera sido la situación anterior a la adopción de esa resolución, no se puede considerar que los derechos invocados por Libia en virtud de la Convención de Montreal, justifiquen la protección de medidas provisionales”<sup>83</sup>.*

De las citas anteriores, podemos vislumbrar que en aquella ocasión, la Corte Internacional de Justicia habría de limitar su conocimiento tan sólo a la aplicabilidad de las obligaciones contenidas en la Convención de Montreal de 1971, en oposición al contenido de las resoluciones del Consejo de Seguridad y no así, a la invalidez o

---

<sup>82</sup> Es preciso destacar que las obligaciones a que Libia hizo referencia a lo largo de su petición se encuentran consagradas en los artículos 5, 6, 7, 8 y 11 de dicha Convención, todos ellos relativos a la instauración de procedimientos penales en contra de los perpetradores de crímenes de esta naturaleza. En específico, conviene referir al principio conocido como *aut dedere aut iudicare*, plasmado en el numeral 7, acorde con el Libia habría estado obligado a extraditar a aquellos dos nacionales en el caso en que dicho país no hubiera tenido la intención de juzgarlos a nivel interno. En este sentido, Libia alegó que en consideración de que, al tiempo en que los cargos fueron comunicados a dicho Estado, o un quizá un poco después, los acusados se hallaban presentes en territorio libio; que después de haber sido informada de los cargos, Libia emprendió todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción sobre los delitos imputados, acorde con el artículo 5 párrafo 2 de la Convención de Montreal; que por su parte, Libia había también tomado las medidas a fin de asegurar la presencia de los acusados en Libia, a fin de instituir procedimientos criminales en contra de éstos; que había iniciado ya investigaciones preliminares y había sometido el caso ante las autoridades competentes y más aun, Libia había incluso buscado, a través de las autoridades libias competentes, la asistencia judicial por parte del Reino Unido, ofreciéndose a cooperar con las investigaciones dentro de aquél territorio y éste se había negado, Libia había cumplido hasta aquel momento con las obligaciones contenidas en la Convención de Montreal y por tanto, no podía operar la resolución 731 (1992) del Consejo de Seguridad, en virtud de la cual habría de ordenarse la extradición de los dos nacionales libios. *Cfr. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 9, págs. 4 y 6.

<sup>83</sup> *Cfr. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 of April 1992, Judgment, I. C.J. Reports 1992, p. 2, pág. 15 (Traducción propia).

suspensión de las disposiciones de tal Convención, como si se hubiere tratado de una norma de *ius cogens*, a lo que más adelante haremos referencia.

En diferente orden de ideas, los términos del artículo 103 de la Carta refieren de manera expresa a “*obligaciones establecidas en virtud de otro acuerdo internacional*”, situación que, según afirmamos en los párrafos que preceden, referiría tan sólo a obligaciones de naturaleza convencional. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional, nos advierte que en este respecto, la doctrina jurídica internacional se encuentra dividida<sup>84</sup>.

Así, quienes consienten la naturaleza constitucional de la Carta de las Naciones Unidas observan que el artículo 103 comprende no sólo a los tratados y por ende, su aplicación ha de extenderse también a las obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario. En este tenor,

*“No sería correcto suponer que las obligaciones establecidas en la Carta no prevalecen también en relación con las demás obligaciones [incluidas las basadas en el derecho consuetudinario]. El artículo 103 debe interpretarse en relación con el artículo 25 y con el carácter de la Carta como documento básico y “constitución” de la comunidad internacional. Por tanto, las ideas en que se basa el artículo 103 son también válidas en caso de conflicto entre las obligaciones de la Carta y aquella distintas de las contenidas en los tratados”<sup>85</sup>.*

En sentido opuesto, parte de la doctrina duda que el artículo 103 pudiera ubicarse por encima de la propia costumbre internacional y es que en la redacción de la Carta de Naciones Unidas, hubo de ser descartada una fórmula propuesta, acorde con la cual, todas las obligaciones jurídicas internacionales, incluso aquellas emanadas del derecho consuetudinario, habrían de quedar sustituidas por la Carta, lo que sin duda refleja que su intención era la aplicación de tal artículo únicamente en torno a las obligaciones de naturaleza estrictamente pacticia<sup>86</sup>.

Con relación a lo anterior baste tomar en consideración únicamente dos aspectos. En primer término, acorde con una interpretación literal, pudiéramos decir que efectivamente, las disposiciones de carácter consuetudinario quedan fuera de la aplicación del artículo 103, en tanto refiere a “*obligaciones establecidas en virtud de*

---

<sup>84</sup> Cfr. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional ... Op. Cit. pág. 175.

<sup>85</sup> Cfr. BERNHARDT, Rudolf. *Artículo 103* en *Idem*.

<sup>86</sup> Cfr. *Idem*.

otro acuerdo internacional". En segundo lugar, la Comisión de Derecho Internacional ha observado que pudiera también argumentarse la prevalencia de los tratados internacionales, como *leges specialis*, dentro de los cuales se encuentra incluida a la Carta de las Naciones Unidas, sobre las normas jurídicas de derecho internacional consuetudinario, consideradas éstas, como *lex generalis*<sup>87</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional ha concluido que pese al argumento anterior, la práctica del Consejo de Seguridad se ha fundamentado en el entendimiento de que sus resoluciones habrán de anular la costumbre internacional en oposición. Así, acorde con el criterio adoptado por este órgano, si el Consejo de Seguridad es en sí, una creación de la propia Carta, resultaría extraño que el efecto de sus decisiones no pudiera extenderse más allá de dicho instrumento. En consecuencia, parecería lógico sumarse al pensamiento dominante de aquellos quienes afirman que el artículo 103 debiera interpretarse de manera extensiva y por ende, las obligaciones previstas por la Carta habrán de prevalecer también sobre aquella emergidas del derecho internacional consuetudinario, desarrollado por los mismos Estados miembros de las Naciones Unidas<sup>88</sup>.

Derivado de los razonamientos expuestos, hemos de concluir este apartado en alusión al conflicto de aplicación entre el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en específico, a aquél generado en virtud de la aplicación de su artículo 25 y la existencia de normas de *ius cogens*, en oposición a las resoluciones de naturaleza obligatoria, emitidas por el propio Consejo de Seguridad. Así, a diferencia del artículo 103, cualquier decisión emitida por dicho órgano en oposición a una norma imperativa de derecho internacional, no habrá de generar prioridad en las obligaciones, sino su nulidad de pleno derecho.

De modo lógico ha de advertirse que si los Estados miembros de las Naciones Unidas no pueden celebrar entre sí acuerdos internacionales o emprender acciones unilaterales, contrarios a lo que en derecho internacional gozara del *status* de norma imperativa, válido es también afirmar que aquellos mismos Estados en ningún momento podrían conferir a una organización internacional, atribuciones que pudieran entrar en conflicto con alguna norma de *ius cogens*. En este sentido, refiere la misma Comisión de Derecho Internacional, la Organización de las Naciones Unidas opera simplemente como cualquier otra organización internacional que, aunque constituida en razón de la Carta de las Naciones Unidas, las decisiones derivadas de este

---

<sup>87</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>88</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 176.

documento jamás habrán de sobrepasar lo previsto por una norma con carácter *iuri cogentis*<sup>89</sup>. Lo anterior, resulta de particular relevancia en tratándose de las resoluciones del Consejo de Seguridad que según observan algunos publicistas, cuya validez ha sido cuestionada, dada su oposición con alguna de estas normas<sup>90</sup>.

Evidencia de lo anterior, lo constituye el pensamiento de quien fuera juez de la Corte Internacional de Justicia Elihu Lauterpacht, quien en su opinión separada para el caso relativo a la APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO en 1993, precisó que:

*“El concepto de jus cogens remite a la noción superior tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho de los tratados. El apoyo que el artículo 103 de la Carta puede conferir al Consejo de Seguridad en caso de conflicto entre una de sus decisiones y una obligación convencional no puede hacerse extensivo, como cuestión de simple jerarquía de normas, a un conflicto entre la resolución del Consejo de Seguridad y el jus cogens. En efecto, basta con enunciar la proposición citada, es decir, que una resolución del Consejo de Seguridad puede incluso requerir la participación en un genocidio, para que resulte evidente su inaceptabilidad”<sup>91</sup>.*

Por su parte, tal discusión también se ha planteado en el ámbito del derecho comunitario en la región europea. En este orden de ideas, en septiembre de 2005 se presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, los asuntos concernientes a la congelación de activos pertenecientes a personas y entidades sospechosas de entablar relaciones con grupos terroristas de modo tal que, acorde con el Consejo de la Unión Europea, pudiera darse cumplimiento a las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad al respecto<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 202.

<sup>90</sup> Véase por ejemplo, la resolución 748 (1992), cuando al estar conciente de la amenaza de uso de fuerza por parte de Estados Unidos y el Reino Unido en contra de Libia sin justificación alguna en el artículo 51 de la Carta, de manera indirecta, el Consejo de Seguridad respaldaría tales acciones tendientes a lograr la extradición de sus dos nacionales sospechosos de terrorismo, autorizando el embargo aéreo y de armamento en contra de aquél país, a fin de lograr tal extradición. Además, tal resolución habría de emitirse a pesar de que el gobierno libio argumentó que tal extradición habría de privar a tales individuos de su derecho a un juicio justo, en tanto aquél país había expuesto sus dudas respecto de la posibilidad de un juicio justo para ellos fuera en Escocia o en Estados Unidos en ORAKHELASHVILI, Alexander. *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions...* Op. Cit. pág. 71.

<sup>91</sup> Cfr. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* Order of 13 September 1993. **Separate opinion of Judge Lauterpacht**, I.C.J. Reports, 1993, p. 3, pág. 440. (Traducción de la Comisión de Derecho Internacional)

<sup>92</sup> Cfr. *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, extended composition) of 21 September 2005. Case T-306/01; *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, Extended Composition), 21 September 2005, Case T-315/01.

Así, una vez que dicho tribunal decidió en sentido favorable acerca de la competencia de la Comunidad Europea para la emisión de tales medidas, declaró que acorde con el derecho internacional, las obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, habrían de prevalecer sobre cualquiera otra obligación, incluidas aquellas cristalizadas a lo largo del texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tratado de la Unión Europea, preeminencia que habría desde luego, a las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>93</sup>.

En consecuencia, aquel tribunal resolvió que si bien era cierto que las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad, motivo de aquella controversia, caían en principio fuera del ámbito de la competencia judicial del tribunal y por lo tanto, este mismo no se hallaba facultado para cuestionar de manera alguna su legalidad a la luz del derecho comunitario, verdadero era también que aquel mismo tenía la facultad de revisar indirectamente las resoluciones del Consejo de Seguridad con relación al *ius cogens*, entendido éste como “... *el cuerpo de normas superiores de derecho internacional público, obligatorias sobre todos los sujetos del derecho internacional, incluidos los órganos de las Naciones Unidas y de las cuales ninguna derogación es posible*”<sup>94</sup>.

De esta manera, “*El derecho internacional ... permite inferir que existen un límite al principio según el cual las resoluciones del Consejo de Seguridad tienen efecto vinculante, a saber; el deber de observar las disposiciones imperativas fundamentales de jus cogens. Si no lo hacen, por improbable sea, no serían vinculantes ni para los Estados miembros de las Naciones Unidas ni, por consiguiente, para la Comunidad*”<sup>95</sup>.

Finalmente, al decidir si la congelación de los derechos de los demandantes constituía o no, una violación a la idea de *ius cogens*, en los dos primeros casos, el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea habría de pronunciarse en sentido negativo, en tanto que se trataba de una medida precautoria y no de una privación arbitraria de la propiedad en los términos del artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>96</sup>.

### 5.3.3. LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES Y LA NOCIÓN DE IUS COGENS

---

<sup>93</sup> *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities...* Op. Cit. párrafo 206.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrafo 277.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párrafo 281.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párrafos 293 y 299; *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities...* Op. Cit. párrafos 242 y 244.

Sin duda alguna, la idea de las obligaciones *erga omnes*, surgida a la luz del derecho internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX e inspirada en el concepto ‘*erga omnes*’ del derecho romano, ha constituido hasta hoy en día, una de las nociones que mayor confusión doctrinal, pero primordialmente práctica, han originado entre quienes estudian al derecho internacional actual. A lo largo de este apartado, intentaremos definir a la idea de obligaciones ‘*erga omnes*’, a través de su ubicación en el terreno de la responsabilidad internacional, para distinguirla así, de nuestra noción de *ius cogens* y finalmente, intentar identificar la relación existente entre ambas figuras jurídicas.

Si bien es verdad a lo largo de la historia de la Corte Internacional de Justicia, este tribunal ha hecho referencia constante al concepto ‘*erga omnes*’, también lo es que en todas las ocasiones ha aludido a él, en contextos completamente diferentes<sup>97</sup>. Sólo hasta 1972, a través de su famoso *obiter dictum* en el caso conocido como BARCELONA TRACTION, sin aparente ilación alguna, atendió por primera vez a la categoría de obligaciones ‘*erga omnes*’ para distinguirlas así, de aquellas que aquél mismo definió como ‘obligaciones *vis-a-vis* entre los Estados’. Acorde con lo anterior, en aquella ocasión, la Corte afirmó que:

*“... debe trazarse una distinción entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional y aquellas que emergen vis-à-vis entre los Estados en el campo de la protección diplomática. Por su mera naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de los derechos ahí involucrados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección. Se trata de las obligaciones erga omnes ... Tales obligaciones se derivan por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y genocidio, así como de las normas y principios, relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos la protección de la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección han entrado al cuerpo del derecho*

---

<sup>97</sup> Véanse, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, pág. 53; *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, pág. 102, párrafo 29; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 595, pág. 616, párrafo 31; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, p.136, pág. 199, párrafo 155; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction, Judgment, I.C.J. Reports, 2006, p. 126, pag. 45, párrafo 125. En este último caso, resulta conveniente precisar que la Corte recurrió a la utilización de los conceptos *erga omnes* y *ius cogens* de manera indistinta, al establecer que “... el simple hecho de que los derechos y obligaciones *erga omnes* o normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en disputa, no pueden constituir en sí mismos una excepción al principio que establece que la jurisdicción [de la Corte] siempre depende del consentimiento de las partes”; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, p.136, pág. 199, párrafo 155.

*internacional; otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal*<sup>98</sup>.

A fin de intentar desentrañar la esencia de las obligaciones *erga omnes*, del criterio anterior, hemos de destacar algunos aspectos que en nuestra consideración, resultan de particular relevancia. Así, en primer lugar, dicho tribunal refirió en su *dictum* al interés jurídico con que cuentan todos los Estados en la protección de las obligaciones *erga omnes*, lo que como resultado nos llevaría a tratar uno de los conceptos menos aceptados en la teoría jurídica internacional, es decir: la *actio popularis*. En segundo término, dicho *dictum* recurre también a la utilización del término 'derivar', lo que en algún momento habrá de contribuir a su distinción con las normas de *ius cogens* y en un último lugar, a la posición en que se ubican los derechos protegidos por la noción de *erga omnes*, dentro de la estructura misma del derecho internacional, es decir, el derecho internacional general o bien, su cristalización a través de los instrumentos internacionales de naturaleza universal o *cuasiuniversal*.

De este modo, aun cuando a primera vista pudiéramos dilucidar una estrecha y casi confundible relación entre las figuras de *ius cogens* y *erga omnes*, gracias quizá a la constante renuencia mostrada por la Corte Internacional de Justicia por pronunciarse respecto de la existencia de normas de *ius cogens* y de manera paralela, el *obiter dictum* antes mencionado, nos es preciso sin embargo, insistir en las diferencias existentes entre ambos conceptos, en razón principalmente, de los efectos que cada uno de ellos pudiera generar en el orden jurídico internacional actual.

Así, hemos de observar la amplitud con que surge el concepto de obligaciones *erga omnes* a la luz de la teoría jurídica internacional. De este modo, de modo independiente al criterio adoptado por la Corte en el Caso BARCELONA TRACTION, la idea de obligaciones *erga omnes* juega un papel importante no únicamente como efecto de las normas *ius cogens*, sino de manera un tanto más amplia, algunos *iusinternacionalistas* suelen recurrir también a aquella terminología, para hacer referencia al derecho de paso por un estrecho internacional, las libertades de alta mar, los derechos y deberes en la denominada 'Zona' o el espacio ultraterrestre como patrimonio común de la humanidad, sin que en cada uno de éstos se vislumbre la naturaleza misma de las normas de *ius cogens*<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power, Limited* (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J., Reports 1970, p. 3, pág. 32, párrafo 33 (Traducción propia).

<sup>99</sup> VISSCHER Charles D. *Positivisme et Jus Cogens*, *RGDIP*, N° 75, 1971, pág. 1 y ss; Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º Período de Sesiones (1994). AG Doc. Of. 49º Período de

En este tenor, por lo que toca a la relación presente entre la idea de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, el célebre jurista Antonio Augusto Cançado Trindade, ha referido al menos en un par de ocasiones que:

“... mientras el *ius cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de las entidades y todos los individuos obligados. A su vez no todas las obligaciones se refieren necesariamente a normas del *ius cogens*”<sup>100</sup>. De tal modo que en tanto “el *ius cogens* genera siempre obligaciones *erga omnes*, no todas las obligaciones de esa naturaleza son generadas por el *ius cogens*. Pero los dos conceptos encuéntranse íntimamente ligados”<sup>101</sup>.

En consecuencia, si bien podemos afirmar que la relación de una y otra figura, deviene necesariamente del contenido de intereses y preocupaciones comunes, así como de la existencia de valores fundamentales, también nos resulta fácil determinar que, a diferencia del *ius cogens*, ubicado dentro del esquema normativo del derecho internacional, el tratamiento de las obligaciones *erga omnes*, habremos de encontrarlo necesariamente en el ámbito de la responsabilidad internacional, puesto que en nuestra consideración, tal concepto se encuentra involucrado más que con la esencia normativa del *ius cogens*, con el modo en que los Estados, en tanto miembros de una comunidad internacional, pudieran reaccionar ante una posible violación a alguna de aquellas normas.

Aunado a lo anterior, destacamos también que en cuanto a su identificación, la mayor parte de la doctrina internacional existente respecto de las ‘obligaciones *erga omnes*’, suele considerar como su cimiento principal, las pocas líneas que la misma Corte Internacional de Justicia, le dedicó en su mencionado *obiter dictum*, a tal idea. De este modo, acorde con el profesor Anthony Cassimatis, tan sólo de aquellas líneas han surgido en la doctrina, al menos dos criterios tendientes a identificar la existencia de una obligación *erga omnes*<sup>102</sup>.

---

Sesiones. Sup. Nº 10 (A/49/10), pág. 260 en DRANAS DE CLEMENT, Zlata. *Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Jus Cogens). Dimensión sustancial en Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-Argentina, 2002.

<sup>100</sup> *Condición jurídica y derechos de los migrantes mexicanos*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/3 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, pág. 33, párrafo 80.

<sup>101</sup> *Caso Pueblo Indígena de Sarayaku*. Medidas provisionales respecto a Ecuador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005. Voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade. pág. 7, párrafo 21.

<sup>102</sup> Cfr. CASSIMATIS, Anthony. *The Legality of Trade Measures Taken by States in Response to Human Rights Violations in other States*. A thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Queensland, Queensland, 2003. pág. 110.

En primer término refiere así, al *iusinternacionalista* **Giorgio Gaja**, conforme a quien, el fundamento de la noción de *erga omnes* ha de encontrarse en la naturaleza ‘no recíproca’ de ciertas obligaciones jurídicas internacionales. De este modo, sobre las bases de las expresiones ‘*obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional su conjunto*’ y ‘*por su mera naturaleza ... conciernen a todos*’, recurridas por la Corte en el *BARCELONA TRACTION*, el profesor italiano ha advertido que:

“[...] *las normas de protección a los derechos humanos generalmente imponen obligaciones sin consideración de las nacionalidad u otras características personales del individuo; en el caso de una norma plasmada en un tratado multilateral sobre derechos humanos, la violación a una obligación con relación a un individuo afecta los derechos de todas las partes contratantes, independientemente de si el individuo en cuestión es su nacional o no ...*”<sup>103</sup>.

En segundo lugar, **Maurizio Ragazzi** por su parte, nos ofrece un criterio distinto para distinguir a las obligaciones *erga omnes*, en razón de una interpretación *iusnaturalista*, del *dictum* de la Corte. Así, para el también maestro italiano, es la importancia intrínseca a aquella categoría de obligaciones lo que le da la naturaleza de *erga omnes*. En esta tesitura, “... *las obligaciones identificadas por la Corte Internacional en el BARCELONA TRACTION son erga omnes, en primer término, en razón del valor intrínseco de su contenido y sólo secundariamente, en virtud de su estructura jurídica*”<sup>104</sup>.

Un tanto más apegados al pensamiento de Maurizio Ragazzi, es preciso determinar que con respecto a las obligaciones de naturaleza ‘*erga omnes*’, derivadas de una norma imperativa de derecho internacional, su sentido de existencia lo encontramos en las considerables transformaciones que a que se ha enfrentado el orden internacional desde las últimas décadas y en virtud de las cuales, ambas construcciones conceptuales, a saber, el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, han dotado al orden jurídico internacional de una verdadera dimensión axiológica que de manera necesaria y tal vez inevitable, se muestra presente ante el proceso de ‘humanización del derecho internacional’, al que el mismo Juez Cançado Trindade ha hecho referencia<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Cfr. GAJA, Giorgio. *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens; A tentative Analysis of the Three Related Concepts* en *Idem*. (Traducción propia).

<sup>104</sup> Cfr. RAGAZZI, Maurizio. *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford Clarendon Press, United Kingdom, 1997, págs. 202- 203 en *Ibidem*, pág. 111. (Traducción propia).

<sup>105</sup> Cfr. Caso Pueblo Indígena de Sarayaku... *Op. Cit.* pág. 7, párrafo 22.

De esta manera, hemos de precisar además, que la idea de obligaciones *erga omnes*, representa hasta hoy, en la doctrina del derecho internacional, el gran paso dado de las obligaciones estrictamente bilaterales a aquellas, que por los intereses y valores comunes que involucran en sí, han de otorgar a cada uno de los Estados, el interés jurídico para su protección, acorde con el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia.

No obstante lo anterior, si según establecimos, la existencia de normas *ius cogens* genera *per se*, un efecto de naturaleza *erga omnes*, a través del cual se dota a todos los Estados de un interés jurídico para la protección de los valores fundamentales de la comunidad internacional que en ellas se consagran, se vuelve también preciso atender a los mecanismos jurídicos con los que en un momento dado, pudieran contar cada uno de los Estados, para ejercitar aquél interés jurídico reconocido por la propia Corte Internacional. De capital importancia se torna nuevamente, el trabajo realizado por la Comisión de Derecho Internacional, consagrado en el 'PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO' de 2001, mejor conocido en el ámbito de la doctrina como el 'PROYECTO CRAWFORD'<sup>106</sup>.

Así, en el capítulo relativo a la invocación a la responsabilidad del Estado, el artículo 42 de dicho trabajo, prevé de manera expresa que:

*“Un Estado tendrá derecho como **Estado lesionado** a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:*

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o*
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o **con relación a la comunidad internacional en su conjunto**, y la violación de la obligación:*
  - i) afecta especialmente a ese Estado; o*
  - ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta”.*

Asimismo, el artículo 48 del mismo documento, refiere a la invocación de responsabilidad internacional por un Estado distinto al 'Estado lesionado' y de este modo, advierte que:

---

<sup>106</sup> Cfr. Naciones Unidas A/CN.4/L.602.Rev. *Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en Segunda Lectura*. Comisión de Derecho Internacional, 53º Período de Sesiones, Ginebra 23 de abril a 1o. de Junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001Ñ; CRAWFORD, James (ed.). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2002. pp. 387.

*“1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:*

*a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o*

*b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.*

*2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:*

*a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y*

*b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y*

*c) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada ...”<sup>107</sup>.*

Desde la perspectiva propia, en los textos anteriores podemos advertir una evidente antinomia jurídica. Es decir, acorde con el primero de los artículos mencionados, habrá de considerarse como ‘Estado lesionado’ aquel que invoque la responsabilidad de otro, si la obligación violada fuese ‘con relación a la comunidad internacional en su conjunto’ y de manera un tanto paradójica, en el artículo 48, refiere que ‘todo Estado que no sea Estado lesionado’ tendrá el derecho de invocar la responsabilidad de otro Estado en tratándose de obligaciones violadas ‘con relación a la comunidad internacional en su conjunto’. Es preciso aclarar sin embargo, que en los propios comentarios realizados por la misma Comisión de Derecho Internacional, la expresión ‘Estado lesionado’ habrá de comprenderse de un modo relativamente estrecho, esto es, trazando una distinción entre la lesión ocasionada a un Estado en lo individual o posiblemente a un pequeño grupo de Estados y los intereses jurídicos de varios o de todos los Estados con respecto a ciertas obligaciones establecidas en el interés colectivo<sup>108</sup>.

No obstante lo anterior, hemos de decir de manera un poco desafortunada que, si bien es verdad que la Comisión de Derecho Internacional habría de dar un gran salto al incorporar este tipo de preceptos tendientes a lograr la efectiva aplicabilidad de las

---

<sup>107</sup> Las negritas son propias.

<sup>108</sup> Cfr. CRAWFORD, James (ed.). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility...* Op. Cit. pág. 255.

obligaciones *erga omnes*, en este caso, aquellas derivadas de la existencia de una norma con carácter de *ius cogens*, también es cierto que en aquél trabajo podemos percibir también una ‘actitud indecisa’ parecida a aquella con la que a lo largo de su historia ha actuado la Corte Internacional de Justicia, cuando ha tenido la oportunidad de hacer grandes contribuciones al desarrollo del derecho internacional, al tratarse de las figuras de *ius cogens* y *erga omnes* y de manera notoria, ha evadido la cuestión.

Esto sin duda, nos lleva a pensar en uno de los conceptos más antiguos de que puede conocer el derecho y que sin embargo, hasta hoy en día no goza de aplicación práctica alguna en el contexto del derecho internacional contemporáneo, a saber: la ‘*actio popularis*’ que, en palabras de Cançado Trindade, fue concebida para la salvaguardia del interés público o general, a su vez, presumiblemente resguardaría el interés individual y reconocía así, la solidaridad entre los intereses de la comunidad y del individuo<sup>109</sup>. Esto constituye la verdadera esencia de una comunidad y en este estudio, de nuestro concepto de ‘comunidad internacional’, según lo señalamos con anterioridad.

No obstante, la Corte Internacional de Justicia ha mostrado también constante negación a la aceptación de este principio. Así por ejemplo, en la sentencia del caso de TIMOR ORIENTAL de 1995, si bien aquel tribunal aceptó el carácter *erga omnes* del derecho a la autodeterminación de los pueblos, según reclamaba Portugal, también lo es que en aquella sentencia, dicho tribunal habría de distinguir entre la naturaleza *erga omnes* de una norma jurídica y la norma que establece el consentimiento de la jurisdicción. En este sentido, la Corte determinó que cualquiera que fuera la naturaleza de las obligaciones invocadas, dicho tribunal no podía pronunciarse sobre la legalidad de la conducta de un Estado cuando su juicio implicara el examen de la conducta de otro Estado, no parte de aquel procedimiento, incluso si se tratase de una norma *erga omnes*<sup>110</sup>.

Un criterio similar fue adoptado por el mismo tribunal, apenas en 2006, en la etapa de jurisdicción y admisibilidad del Caso relativo a las ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DE CONGO. En tal decisión, la Corte determinó que, a pesar de la existencia de una norma de *ius cogens* o una obligación de carácter *erga omnes* en disputa, como seguramente lo era la prohibición del Genocidio, lo anterior no era

---

<sup>109</sup> Cfr. Caso Pueblo Indígena de Sarayaku... *Op. Cit.* pág. 4, párrafo 10.

<sup>110</sup> Cfr. *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, pág. 102.

suficiente para otorgarle jurisdicción, pues acorde con su propio Estatuto, la jurisdicción debe siempre basarse en el consentimiento dado por las partes<sup>111</sup>.

A partir de todo esto lo expuesto, podemos vislumbrar que al menos conforme al criterio de la Corte Internacional de Justicia, el máximo tribunal de las Naciones Unidas, pareciera que aquella norma que establece la naturaleza consensual de su jurisdicción, prescrita en el artículo 36 de su estatuto, ha de gozar preeminencia respecto de otros conceptos, tales como el *ius cogens* o las obligaciones *erga omnes*, cuya naturaleza en cambio, supone entrañar la protección de los valores fundamentales e intereses comunes a toda la comunidad internacional. Lo anterior, sobre las bases del carácter estrictamente consensual del derecho internacional.

Ante todo lo anterior, tan sólo nos baste concluir que, si en verdad buscamos el desarrollo continuo del derecho internacional y la aplicación efectiva de las normas de *ius cogens* con su consecuente efecto *erga omnes*, debemos comenzar – a decir de Ronald Dworkin- por tomar al derecho internacional en serio y en este sentido, atendemos de nueva cuenta al pensamiento del Juez Cançado Trindade, acorde con quien:

*“El vacío jurídico y los resultados nefastos de los casos de África del Sudoeste ... encuéntrase seguramente superados en nuestros días; eran propios de una mentalidad que desafortunadamente frenó el desarrollo del derecho internacional, pero que ha sido descartada por la conciencia jurídica universal. El jus cogens, al generar obligaciones erga omnes, las dota de un carácter necesariamente objetivo, abarcando todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes) ...”<sup>112</sup>.*

#### 5.4. EL PAPEL DEL IUS COGENS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Sin duda alguna, desde su surgimiento a la vida jurídica internacional y un tanto, hasta nuestros días, la mayor parte de los doctrinarios que en sus textos intentan abordar el estudio de las normas de *ius cogens*, parecen hacerlo desde el ámbito exclusivo del denominado ‘derecho de los tratados’. Lo anterior, en razón de que lo más próximo a una definición de la idea de *ius cogens* en la práctica internacional, pudiéramos encontrarla precisamente, en los textos del artículo 53 común a la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, de 1969 y a la CONVENCIÓN DE VIENA

<sup>111</sup> Cfr. *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo ... Op. Cit.* págs. 25-26, párrafos 60 a 64.

<sup>112</sup> Cfr. *Caso Pueblo Indígena de Sarayaku... Op. Cit.* pág. 7, párrafo 23.

SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS O ENTRE ORGANISMOS INTERNACIONALES, de 1986.

De la lectura a los preámbulos de ambos instrumentos internacionales, podemos determinar que las denominadas normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*, en el modo en que primordialmente, aparecen cristalizadas en la Convención de 1969, emergieron en medio de un escenario mundial donde si bien, se encontraba ya en evolución la idea misma de ‘comunidad internacional’, las relaciones jurídicas internacionales por su parte, encontraban su sentido de existencia, en virtud de la celebración de un cada vez mayor número de tratados internacionales, bilaterales, multilaterales y regionales, que para el año 2000, alcanzarían a los cuarenta mil<sup>113</sup>. Fue así que desde aquel entonces, la idea de *ius cogens*, vendría a fungir como un límite al prevaleciente *ius dispositivum* que - a decir de Alfred von Verdross - sería consecuencia de la necesidad de regular la coexistencia moral y racional de todos los miembros de una comunidad, existente en todo orden jurídico<sup>114</sup>.

Respecto a la idea anterior, coincidimos nuevamente con el pensamiento del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade, acorde con el cual, el *ius cogens* representa “... una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”<sup>115</sup>. La existencia de las normas imperativas de derecho internacional general no se limita a la presencia de normas convencionales y por el contrario, se extiende también a todo acto jurídico<sup>116</sup>.

En tal virtud, apegados al mismo Cançado Trindade, el concepto de *ius cogens* resulta de igual forma propio al derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y es precisamente en este ámbito, donde aquél ha de revelar su “... real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal”<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. BARRENA, Guadalupe. La Doctrina de la Unidad del Derecho. Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México – Facultad de Derecho. México, 2003. pág. 19.

<sup>114</sup> Cfr. VERDROSS, Alfred von. Forbidden Treaties in International Law. The American Journal of International Law (1937), pp. 571-577. pág. 572.

<sup>115</sup> Condición jurídica y derechos de los migrantes mexicanos. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade... *Op. Cit.* pág. 26, párrafo 68.

<sup>116</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tomo II. Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed. 1999, págs. 415-416 en Condición jurídica y derechos de los migrantes mexicanos. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade... *Op. Cit.* pág. 26, párrafo 68.

<sup>117</sup> *Ibidem.*, pág. 27, párrafo 70.

La Comisión de Derecho Internacional ha observado que, aun cuando han sido pocas las normas imperativas de derecho internacional, reconocidas como tales, algunos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han sin embargo abordado, la existencia de tal tipo de normas en contextos ajenos a aquel del derecho de los tratados<sup>118</sup>. Entre aquellas normas reconocidas y aceptadas con *status* de *ius cogens*, se incluyen a la prohibición de los crímenes de agresión, el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial, los crímenes en contra de la humanidad y la tortura, así como el derecho a la autodeterminación de los pueblos<sup>119</sup>.

A partir de las aseveraciones anteriores, pudiéramos también afirmar que la idea de tratar al *ius cogens* más allá del derecho de los tratados fue medianamente concebida ya desde 1976, tiempo en que la Comisión de Derecho Internacional, a través de su entonces 'PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO', mejor conocido como el 'PROYECTO AGO', propuso la inclusión en su artículo 19 (2), la definición de 'crimen internacional' del modo en que sigue:

*"... un hecho internacionalmente ilícito que derive de la violación de una obligación internacional por un Estado, tan esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, cuya ruptura sea reconocida como crimen por la comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional"*<sup>120</sup>.

En el párrafo tercero de aquel numeral, la Comisión de Derecho Internacional determinó que tales crímenes internacionales, se distinguían de los delitos internacionales en tanto que los primeros, podrían derivar del incumplimiento de obligaciones, tales como: la prohibición de la agresión; el respeto al derecho de la autodeterminación de los pueblos; la prohibición de la esclavitud, el genocidio y el *apartheid* y la salvaguarda y la protección al medio ambiente humano. Todas ellas identificadas desde entonces por algunos delegados y publicistas, como normas pertenecientes al *corpus* del *ius cogens*<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Con relación a ello, vale la pena referir a la decisión del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso IT-95-17/1T, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, judgment of 10 December 1998. I.L.M. Vol. 38 (1999), pág. 317; *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 All ER 97, págs. 108-109 y 114-115; *Legality of Threat of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, pág. 257, párrafo 79. Todas ellas citadas en los comentarios al artículo 26 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado en CRAWFORD, James (ed.). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility...* Op. Cit. pág. 188.

<sup>119</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>120</sup> Cfr. GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. *Recueil des Cours*. Vol. 172 (1981-III). pp. 271- 316, pág. 300. (Traducción propia).

<sup>121</sup> Cfr. *Idem*.

Fue empero, a principios de este siglo cuando el jurista australiano **James Crawford**, a cuyo frente se encontraba la Comisión de Derecho internacional, advirtió la circularidad de aquella definición y a este respecto afirmó que escasos habían sido los intentos de los miembros de aquella Comisión, por dotar a los primeros de verdaderas consecuencias punitivas para los Estados. En consecuencia, recomendó el emprendimiento de una ruta alternativa, a través del estudio de los efectos del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, dentro un régimen unitario de responsabilidad internacional<sup>122</sup>.

Así, aunque de manera desafortunada para algunos estudiosos del derecho internacional<sup>123</sup>, en el texto final del 'PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS' de 2001<sup>124</sup>, la Comisión de Derecho Internacional, incorporaría entre otras cuestiones, tres aspectos tendientes a la introducción de la idea de *ius cogens*, dentro del ámbito del derecho de la responsabilidad internacional, a saber en primer término, el artículo 26, acorde con el cual, el cumplimiento de las normas imperativas de derecho internacional general, ha de quedar excluido de la aplicación de alguna de las causas excluyentes de responsabilidad internacional<sup>125</sup>. En segundo lugar, el artículo 40, en cuyo texto refiere a una 'violación grave por el Estado de una norma que emane de una norma imperativa de derecho internacional', definida ésta como grave '*si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*'<sup>126</sup>.

Finalmente, en este mismo contexto hemos de referir también la prohibición de los Estados para recurrir al emprendimiento de contramedidas, en tratándose de las obligaciones siguientes: a) el abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza, en el modo en que aparece cristalizado en la propia Carta de las Naciones Unidas; b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; y por último,

---

<sup>122</sup> Cfr. ABI-SAAB, Georges. *The Uses of Article 19*. European Journal of International Law. Vol. 10, No. 2 (1999) pp. 339-352.,pág. 339.

<sup>123</sup> Ver por ejemplo, *Idem*.

<sup>124</sup> Ver Asamblea General A/CN.4/L.602.Rev. *Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos...* Op. Cit. artículos 26, 40 y 50.

<sup>125</sup> Las causas excluyentes de ilicitud quedan establecidas en los artículos 20 al 25 del mismo proyecto, a saber, el consentimiento, la legítima defensa, la utilización de contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y por último, el Estado de necesidad.

<sup>126</sup> A este respecto, es conveniente referir al comentario realizado por la misma Comisión de Derecho Internacional, según el cual para considerar una violación como sistemática, ésta ha de ser organizada y llevada a cabo de un modo deliberativo, en tanto que el término 'flagrante' refiere más bien, a la intensidad de la violación o sus efectos, importando un asalto rotundo y directo a los valores protegidos por una norma imperativa de derecho internacional general. Ver CRAWFORD, James (ed.). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility...* Op. Cit. pág. 247. En nuestra consideración, lo anterior resulta de capital importancia al intentar identificar la existencia de una norma *iuri cogentis*.

d) otros deberes derivados de la presencia normas imperativas de derecho internacional general, todo ello acorde con el artículo 50 del mismo documento.

#### 5.5. *EL IUS COGENS Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA*

Durante un largo tiempo, la Corte Internacional de Justicia fue considerada como el único tribunal internacional, existente en el marco de las relaciones jurídicas interestatales. Incluso, podríamos afirmar que aun en nuestros días y ante la proliferación de los diversos órganos arbitrales y jurisdiccionales que han emergido en la escena mundial, la Corte Internacional de Justicia es en gran medida, el órgano jurisdiccional que en el ámbito universal, posee la más amplia competencia sobre los terrenos del derecho internacional general.

Conforme al artículo 36 de su Estatuto, este tribunal ha de tener competencia sobre todas las controversias de orden jurídico que le sometan los Estados parte en un conflicto, siempre y cuando éstos hubieren aceptado de manera recíproca y voluntaria la jurisdicción contenciosa de la Corte. Este criterio ha sido confirmado por la Corte a través de algunas de sus decisiones posteriores. Con base en lo anterior, tan sólo hemos de cuestionarnos si realmente la Corte Internacional de Justicia cumple en nuestros días, con aquella función encomendada por el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, esto es, ser “*el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas*” y en virtud de ello, si es capaz de encarar los desafíos que impone la estructura misma del derecho internacional vigente en la actualidad.

Al tratar la relación existente entre las normas de *ius cogens* y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, dos cuestiones se tornan particularmente relevantes: la primera de ellas, relativa a la proliferación de los tribunales internacionales y por ende, el potencial riesgo de una multiplicidad de criterios jurídicos, en razón de la falta de jerarquía entre aquellos tribunales, de modo específico en tratándose de pronunciamientos en materia de *ius cogens*. El segundo aspecto, aquel ubicado en el esquema del efecto *erga omnes* de tales normas, la idea de *actio popularis* y la posibilidad de una jurisdicción especial obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, cuando hubiera de tratarse de pronunciamientos en materia de normas imperativas de derecho internacional general.

Con relación a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y la idea de *ius cogens*, en el terreno estricto del derecho de los tratados, el texto del artículo 66 de la Convención de Viena establece los procedimientos de arreglo judicial, arbitraje y

conciliación, con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado y de modo particular, el inciso a) del mismo numeral determina que:

*“... Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del art 53 o el art 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan en común acuerdo someter la controversia a arbitraje”.*

A partir de lo anterior, tan sólo podemos vislumbrar la exclusiva circunscripción de la idea de *ius cogens* al derecho de los tratados y en consecuencia, el escaso o nulo tratamiento que la propia doctrina y la práctica internacional han generado en tratándose de conductas inclusive unilaterales por parte de los Estados, de las que pudieran derivar violaciones a la esencia misma del *ius cogens* por parte de los Estados.

#### 5.5.1. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. SU PAPEL EN CENTRAL EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Ahora bien, la idea actual de *ius cogens* se encuentra inmersa en algunos aspectos de la actividad jurídica internacional de nuestros días. Así, en primer lugar, conviene abordar lo que concierne a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, con relación a la multiplicidad de criterios y razonamientos que pudieran emerger de las diversas decisiones emitidas por aquellas cortes y tribunales internacionales, sobre cuestiones pertenecientes al campo del derecho internacional general y en el caso que nos ocupa, sobre la existencia de una norma de *ius cogens*.

Según hemos afirmado, algunos publicistas han coincidido dentro de la teoría del derecho internacional con la idea de que si bien, la multiplicación de cortes, tribunales y diversos tipos de órganos de solución de controversias, creados al interior de algunos organismos internacionales, ha contribuido de manera notable a la evolución y extensión del derecho internacional, evidente es también que ante la horizontalidad que lo caracteriza, los Estados, miembros de la comunidad internacional y creadores de aquellos, jamás han vislumbrado en dicha multiplicación, la existencia de posición jerárquica alguna entre las distintas jurisdicciones<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. CHARNEY, Jonathan. *The Impact on the International Legal Order System of the Growth of International Courts and Tribunals*. *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 31 (1999) pp. 697-708, pág. 698; DUPUY, Pierre- Marie. *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the*

En razón de lo anterior, vale la pena cuestionarnos acerca de la posición que en este sentido, ha de jugar el denominado 'derecho internacional general' y en específico, la idea de *ius cogens*, como contenido esencial de éste, dentro del ámbito jurisdiccional de cada uno de tales órganos y por ende, la situación que potencialmente pudiere emerger en caso de contradicción de pronunciamientos a este mismo respecto.

Así, resulta conveniente aclarar que de la falta de jerarquía entre las diversas jurisdicciones que emergen en el orden jurídico internacional actual, no deviene que estas jurisdicciones puedan apartarse en momento alguno, del derecho internacional general, puesto que en nuestra consideración, aquellas mismas fueron en principio creadas con fundamento en el mismo derecho internacional general. En este tenor, podemos vislumbrar el riesgo en que se encuentra la 'unidad o coherencia del orden jurídico internacional', ante la ausencia de una evidente uniformidad en los criterios y decisiones emitidas por aquellas jurisdicciones. Como consecuencia de lo anterior, resultaría válido preguntar: ¿a quién correspondería decidir en caso de alguna contradicción entre criterios que pudiera atañer en sí, una norma perteneciente al derecho internacional general?.

Conforme al pensamiento del profesor de la Universidad de París, Pierre-Marie Dupuy, existe en la comunidad internacional una plena consciencia del papel central que debiera ocupar la Corte Internacional de Justicia en el escenario de las relaciones jurídicas internacionales<sup>128</sup>.

Acorde con el autor mencionado, evidencia de esto, lo es sin duda, el trabajo denominado '*THE PEACEFUL SETTLEMENT OF DISPUTES: PROSPECTS FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY*', en cuyo texto, los *iusinternacionalistas* **Francisco Orrego** y **Christofer Pinto**, destacaron entre otras cuestiones, la evidente necesidad que surge de entre los miembros de una sociedad internacional, cada vez más descentralizada, de identificar aquellos principios fundamentales regulatorios de derecho internacional, en razón de los cuales ha de quedar garantizada la integración y coherencia del orden jurídico mundial<sup>129</sup>.

---

*International Court of Justice. New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 31 (1999 ) pp. 791-807, págs. 796-797.

<sup>128</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 798.

<sup>129</sup> Cfr. ORREGO, Francisco & PINTO, Christofer. *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century. Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference*, C.E. Doc. CAHDI (98)15 en *Idem*. Al respecto, es importante precisar que la elaboración de este trabajo fue tan sólo resultado de la Resolución 52/154 de la Asamblea General de 26 de enero de 1998, en virtud de la cual dicho órgano ordenaría la realización de las actividades realizadas con motivo del centenario, en 1999, de la primera Conferencia Internacional de la Paz y de la clausura del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

De lo anterior se sigue que, acorde con ambos profesores, en razón de que la Corte Internacional de Justicia no ha desarrollado el papel guía que le corresponde, respecto de tales principios fundamentales de derecho internacional, el orden jurídico mundial parece presentarse cada día menos estructurado e incluso la mínima jerarquía existente entre sus normas ha comenzado a desvanecerse, situación que podría empeorarse de cara al surgimiento de nuevos tribunales en la escena internacional<sup>130</sup>.

Así lo largo de su reporte, ambos autores insistieron en la necesidad de fortalecer las funciones de la Corte Internacional, en tanto dicho tribunal conforma al principal órgano judicial de la comunidad internacional. Aquel fortalecimiento, podría por ejemplo, tener lugar a través de una expansión de las funciones consultivas de la Corte, cuya solicitud en la actualidad se reserva primordialmente a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad de las Naciones, según lo prevé el artículo 96 de la propia Carta, para dar paso también a la autorización al Secretario General, a fin de que éste pudiera solicitar de la misma Corte, las opiniones consultivas que en materia jurídica, pudieran desprenderse de sus funciones dentro de la Organización, autorización que de manera gradual, se iría también extendiendo a otras entidades, como sus diferentes organismos especializados, hasta alcanzar a cada uno de los Estados, miembros de la comunidad Internacional<sup>131</sup>.

Por otra parte, establecieron además que un fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia podría materializarse además, en virtud de una mayor participación de este tribunal, a través de la conclusión de acuerdos institucionalizados de solución de controversias, un aspecto que podría referir tanto a sus funciones consultivas como contenciosas<sup>132</sup>. Por último, en su opinión, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, debiera expandirse también a los organismos internacionales y de manera eventual, a las Organizaciones no Gubernamentales, corporaciones e incluso a los individuos<sup>133</sup>.

En respuesta a lo anterior, Dupuy ha determinado que aun cuando el contenido de cada una de aquellas propuestas pareciera en principio interesante, lo cierto es que en la práctica luce materialmente imposible, dado que ello traería necesariamente consigo una revisión al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre las bases establecidas para ello, en los artículos 108 y 109 de la Carta de las Naciones

---

<sup>130</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 799.

<sup>131</sup> *Cfr. Idem*.

<sup>132</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 800.

<sup>133</sup> *Cfr. Idem*.

Unidas<sup>134</sup>. Sin embargo, hemos de decir que, a pesar de lo expresado por el profesor de la Universidad de París, consideramos que las problemáticas que encaran cada una de las propuestas anteriores, no son tanto de naturaleza procedimental como sustancial. Es decir, pareciera prudente analizar más que la posibilidad de materializar tales propuestas, la posible conveniencia de cada una de ellas, desde una perspectiva meramente de contenido.

Hemos de señalar nuestra posición contraria a la idea de una posible ampliación del acceso a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia a los organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, corporaciones e individuos. Si bien, en los capítulos anteriores nos mostramos a favor de la existencia de actores internacionales no estatales que sin duda, influyen de manera palpante en la formación y la definición del rumbo constante a seguir por la 'comunidad internacional', cierto es también que en nuestra consideración, los Estados han de jugar aun el papel protagónico en el escenario de las relaciones internacionales.

Cabe decir que la naturaleza del derecho internacional cobra vida en tanto dicho derecho se encuentra dirigido primordialmente, a regular las relaciones jurídicas entre aquellos Estados. Acorde con lo anterior, pensar en una posible expansión de la competencia de la Corte Internacional de Justicia a otro tipo de actores internacionales, diferentes a los Estados, podría sin duda, devenir en un igual tratamiento jurídico para todos los actores internacionales y por ende, una mayor decadencia de la figura estatal. Asimismo, si bien es verdad el derecho internacional debe evolucionar al tiempo en que lo hace la misma 'comunidad internacional' que le da forma y sentido de existencia, jamás debemos dejar de lado la esencia misma de la Organización de las Naciones Unidas y más aun, de su máximo órgano jurisdiccional, la Corte Internacional de Justicia.

La idea que propone una expansión de las funciones consultivas de la Corte, a fin de facultar al Secretario General, a los organismos especializados y a los Estados para solicitar de dicho tribunal una opinión consultiva, resulta en algún modo innecesaria. En esta tesitura, el artículo 96(2) de la Carta prevé ya la posibilidad de que los otros órganos de las Naciones Unidas, entre los que se encuentra desde luego, su

---

<sup>134</sup> *Cfr. Idem.* a ellos nos atreveríamos a agregar los artículos 69 y 70 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Mismos que aparecen en los términos siguientes: "Artículo 69. Las reformas al presente Estatuto se efectuarán mediante el mismo procedimiento que establece la Carta de las Naciones para la reforma de dicha Carta, con sujeción a las disposiciones que la Asamblea General adopte, previa recomendación del Consejo de Seguridad, con respecto a la participación de Estados que sean parte del Estatuto, pero no Miembros de las Naciones Unidas". "Artículo 70. La Corte estará facultada para proponer las reformas que juzgue necesarias al presente Estatuto, comunicándolas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas a fin de que sean consideradas de conformidad con las disposiciones del artículo 69".

Secretaría General, así como los diversos organismos especializados, puedan solicitar la autorización de la Asamblea General, con el objetivo de pedir a la Corte Internacional de Justicia, la emisión de una opinión consultiva, respecto de una materia determinada.

Por el contrario, si acaso pretendemos fortalecer el papel de este tribunal internacional, en tanto Corte verdaderamente mundial, pudiéramos proponer en su lugar, la ampliación de la competencia consultiva de la Corte a la solicitud de los diversos tribunales internacionales, creados por los Estados mismos, e incluso a los tribunales nacionales que hubieren de pronunciarse a lo largo de sus decisiones, sobre cuestiones concernientes al derecho internacional general y de manera más importante, en materia de normas de *ius cogens*.

Conscientes estamos de que la aserción anterior podría aparecer ante los ojos de la doctrina y la práctica jurídica internacional un tanto difícil de concluir en virtud de ser cierto que aquello implicaría una reforma, tanto a la Carta de las Naciones Unidas como al propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por lo que toca al establecimiento de la competencia consultiva de dicho tribunal. Empero, verdadero es también que tal modificación pudiera tener lugar con fundamento nuevamente, en el artículo 103 de la Carta, mismo al que hemos referido ya en las líneas que preceden.

En consideración de lo señalado en los párrafos que preceden, baste tomar en cuenta tres ejemplos. En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por medio del capítulo VIII de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Tal instrumento internacional encuentra su origen en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyo documento constitutivo, a saber, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 131 prevé de manera expresa que "*Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas*".

En segundo término, hemos de aludir a la jurisdicción del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, órgano jurisdiccional especializado, creado a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 para conocer y resolver de todas las controversias y demandas de conformidad con aquella Convención y a todas las cuestiones que le hubieren de conferir competencia,

previstas en cualquier otro acuerdo<sup>135</sup>. Así entonces, además de que a lo largo de su texto, la Convención sobre el Derecho del Mar, refiere en al menos tres ocasiones a la Corte Internacional de Justicia, estableciendo inclusive su competencia como mecanismo para la solución de controversias, derivadas de aplicación e interpretación de aquel documento<sup>136</sup>, el artículo 301 del mismo documento refiere que “*Al ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones de conformidad con esta Convención, los Estados Partes se abstendrán de recurrir a la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas*”.

Por último, referimos también a los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, erigidos en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad 827 (1993) y 995 (1994), respectivamente. Tales tribunales fueron creados por dicho órgano con la finalidad de enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario, cometidas en los territorios de Yugoslavia a partir de 1991 y Ruanda, a lo largo del año 1994<sup>137</sup>. De este modo, hemos de tomar en consideración que del análisis realizado al artículo 103 de la Carta, podemos vislumbrar que al ser ambos tribunales, creación misma del Consejo de Seguridad, al tiempo en que el artículo 92 de dicho instrumento refiere a la Corte Internacional de Justicia, como máximo órgano judicial de las Naciones Unidas, parece bastante lógico concluir en la idea de que aquellos órganos jurisdiccionales pudieran recurrir a la opinión consultiva de la Corte Internacional, sobre aquellas cuestiones de interés para el derecho internacional general y de manera particular, a la identificación de normas *iuri cogentis*, de gran importancia en el derecho penal internacional.

El mismo criterio pudiéramos adoptar en el caso de otros órganos de solución de controversias que al ser establecidos por los Estados mismos, en el marco de algún organismo internacional, por ejemplo, la Organización de Mundial de Comercio, se encuentran también sometidos a la aplicación del mismo 103 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en tanto miembros de esta Organización y por

---

<sup>135</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Firmada en Montego Bay, Jamaica el 10 de diciembre de 1982 y en vigor desde el 16 de noviembre de 1994. Anexo VI, Artículo 21.

<sup>136</sup> *Ibidem*, Artículo 287 (1b).

<sup>137</sup> *Cfr. Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, as amended 28 February 2006, by SC Resolution 1660. Artículo 1, en [www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/statute-feb06-e.pdf], con acceso el día 27 de septiembre de 2007; Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and other Serious Violations of International Humanitarian Law, committed in the territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and other such Violations Committed in the Territory of the Neighbouring States, between January 1994 and 31 December 1994, as amended 14 August 2002, by SC Resolution 1431. Artículo 1, en [www.un.org/icty/statute.html], con acceso el día 27 de septiembre de 2007.*

ende nuevamente, el artículo 92 vuelve a cobrar relevancia al aparecer como máximo órgano judicial de las Naciones Unidas. Hemos de aclarar desde luego, que la aserción anterior de ningún modo implica una posible concurrencia o jerarquía entre jurisdicciones, sino tan sólo la posibilidad de que aquellos organismos internacionales pudieran solicitar de la Corte Internacional de Justicia, un pronunciamiento de naturaleza estrictamente consultivo, en tratándose de cuestiones inherentes al *corpus* del derecho internacional general y desde luego, respecto de normas de *ius cogens*, según el caso sea dado.

Desde luego, en momento alguno es nuestra intención el pronunciarnos a favor del papel de la Corte Internacional de Justicia, como una especie de tribunal constitucional. Así, acorde con el pensamiento del maestro español Remiro Brotóns, aunque la idea de hablar de una Corte Internacional de Justicia, de naturaleza constitucional resulta en principio constructiva, en la actualidad aun no se encuentran dadas las condiciones para lograr su materialización<sup>138</sup>. Por otro lado, nos permitimos coincidir con el profesor Jonathan Charney, quien al respecto estableció la poca intención con que cuenta hoy en día, la propia 'comunidad internacional' para fijar una jerarquía entre los diversos tribunales y cortes internacionales en cuyo ápice, se ubicara a la Corte Internacional de Justicia o a cualquier otro tribunal, como una 'Corte Suprema de Derecho Internacional'. No obstante, según nos dice el mismo autor, la Corte Internacional debe jugar un papel primordial en el mantenimiento de la coherencia del derecho internacional aun ante la ausencia de una jurisdicción de naturaleza constitucional<sup>139</sup>.

De este modo podemos afirmar que tanto quienes integran a la Corte Internacional de Justicia, como los miembros de la 'comunidad internacional' tienen a su cargo la responsabilidad de que dicho tribunal continúe realizando dicha función unificadora. Sin duda alguna, en razón de que tanto otras jurisdicciones, como quienes se encuentran involucrados en los diversos procedimientos seguidos ante ellas, se encuentran normalmente conscientes de los criterios adoptados por los diversas cortes y tribunales internacionales, especialmente aquellos razonamientos emprendidos por la Corte Internacional de Justicia a lo largo de sus decisiones, tales razonamientos

---

<sup>138</sup> Entrevista a Antonio Remiro Brotóns en ZCAR, Susana (Comp.). *El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal...* Op. Cit. págs. 26-27.

<sup>139</sup> Cfr. CHARNEY, Jonathan. *The Impact on the International Legal Order System of the Growth of International Courts and Tribunals...* Op. Cit. págs. 698 y 705.

debieran adquirir una particular relevancia en otros foros en donde hubieren de decidirse cuestiones similares<sup>140</sup>.

En este contexto, ha de destacarse entonces, la fuerza prodigiosa que como 'máximo órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas' ha de contar la Corte Internacional de Justicia, aun en nuestros días en que las decisiones de dicho tribunal continúan siendo recurridas de manera constante por todos los demás órganos jurisdiccionales en el ámbito internacional. Lo anterior, a decir del maestro norteamericano, es probable que no cambie en el futuro inmediato<sup>141</sup>.

Pareciera prudente referir una vez más, al pensamiento de los profesores Francisco Orrego y Christofer Pinto, quienes con relación a la idea anterior, hubieron de concluir que la intención de un fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia, como verdadera 'Corte mundial', ha de mostrar la cara a un difícil contexto político que vuelve a aquel potencial fortalecimiento altamente problemático. De esta manera, resulta inminente lograr la revitalización del papel de la Corte Internacional de Justicia, en tanto cuerpo judicial central de la comunidad internacional, papel que sin duda alguna, excede los límites de una mera solución de controversias que varía de caso en caso y más aun, la coloca en una posición que requiere de ella, más que la solución de una controversia entre dos o varios Estados partes, un continuo desarrollo de criterios jurídicos, tendientes a contribuir al desarrollo de los principios fundamentales de derecho internacional que habrán de regular a la comunidad internacional<sup>142</sup>.

En este mismo contexto, Pierre- Marie Dupuy ha destacado que el verdadero fortalecimiento de la Corte ha de descansar en las manos de los mismos jueces que la conforman y en el modo en que cada uno de ellos ha de concebir la verdadera función de dicho tribunal dentro del sistema jurídico internacional<sup>143</sup>.

Así, aun cuando pareciera evidente que los Estados, miembros de la comunidad internacional, no tienen por objetivo la ubicación de jerarquía alguna entre los diversos órganos de solución de controversias, verdadero es también que la misma comunidad internacional demanda la identificación de los principios básicos de derecho internacional que habrán de sentar las bases fundamentales de las relaciones jurídicas entre todos los miembros de que integran. A fin de lograr tal identificación y la coherencia del orden jurídico internacional, en razón del creciente número de

---

<sup>140</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 705.

<sup>141</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>142</sup> Cfr. ORREGO, Francisco & PINTO, Christofer. The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty- First Century... *Op. Cit.* págs. 801-802.

<sup>143</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 802.

tribunales internacionales y otros órganos de solución de controversias, se vuelve preciso dar nueva vida al papel que ha de jugar la Corte Internacional de Justicia en el ámbito del sistema jurídico internacional, acorde con lo previsto por el texto de la Carta de las Naciones Unidas.

Una gran cantidad de propuestas pueden ser planteadas con respecto a esta discusión, no obstante, coincidimos plenamente con Dupuy, en el sentido de que el camino por el que ha de dirigirse este tribunal en el futuro estará primordialmente en las manos y mejor aun, en las mentes de cada uno de los jueces que la integran, tendientes a través de sus decisiones y opiniones individuales, el asentamiento de verdaderos criterios jurídicos tendientes a promover y marcar el rumbo a que haya de dirigirse el derecho internacional en el futuro y no simplemente a la solución de controversias individuales, eludiendo abordar el estudio de aquellas cuestiones que pudieran resultar un tanto 'espinosas', pero sin duda, de gran importancia para la evolución normativa del derecho internacional.

En nuestra opinión, lo anterior se torna de capital importancia en tratándose de pronunciamientos en materia de *ius cogens*, ya que en virtud de su naturaleza y composición universal, la Corte Internacional de Justicia podría contribuir de manera notoria a la identificación de aquellos valores fundamentales e intereses comunes a toda la comunidad universal, según sabemos, sentido de existencia de nuestras normas imperativas de derecho internacional general.

#### 5.5.2. ¿UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL IUS COGENS?

Una vez analizados las figuras jurídicas de *ius cogens* y su consecuente efecto *erga omnes*, vale bien la pena analizar en este apartado, la posibilidad de existencia de una jurisdicción especial, a través de la cual, la propia Corte Internacional de Justicia pudiera decidir en torno a la presencia y en su caso, violación a una norma jurídica internacional con *status* de *ius cogens*, aun cuando el 'Estado trasgresor' no hubiere dado su consentimiento para someterse en aquél procedimiento a la competencia contenciosa de dicho tribunal, en el modo en que lo previene para ello, el artículo 36 de su Estatuto.

Sin lugar a dudas, podríamos afirmar que la respuesta a la interrogante anterior ha de aparecer en un sentido negativo a la luz del derecho internacional vigente en nuestros días. La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia al ser un mecanismo para la solución pacífica de controversias, de los establecidos por el artículo 33 de la Carta de

las Naciones Unidas, no depende de la calidad de una norma, en este caso al tratarse de una norma con *status* de *ius cogens*, sino de modo contrario, del consentimiento dado por las partes involucradas en una controversia<sup>144</sup>.

En algunas decisiones emitidas por la Corte Permanente de Justicia Internacional, podía vislumbrarse el ineludible requisito del consentimiento para motivar así, la jurisdicción de aquel tribunal, sobre una cuestión meramente jurídica. Así por ejemplo, hemos de recordar la opinión consultiva con respecto al territorio de CARELIA ORIENTAL, emitida hacia el año 1923 y acorde con la cual, la Corte determinó que “... *bien establecido está en derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser compelido a someter sus disputas con otros Estados ya sea a la mediación o al arbitraje o a cualquier otro tipo de solución pacífica*”<sup>145</sup>.

Por su parte, en el caso de las CONCESIONES MAVROMMATIS EN PALESTINA de 1924, el mismo tribunal advirtió que:

*“... tomando en consideración de que su jurisdicción es limitada, que es invariablemente basada en el consentimiento del demandado y sólo existe en la medida en que este consentimiento ha sido otorgado, no puede satisfacerse a sí misma con la conclusión de que la controversia recae o no de los términos del Mandato”*<sup>146</sup>.

Además de las decisiones emitidas por la Corte Internacional de Justicia, con relación a su competencia en torno a obligaciones de tipo *erga omnes*, este mismo tribunal habría de confirmar la idea anterior en el CASO RELATIVO A LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS en 1998, al determinar la existencia de:

*“... una distinción fundamental entre la aceptación de la competencia de la Corte y la compatibilidad de ciertos actos con el derecho internacional. El primero requiere consentimiento. El último sólo puede ser abordado cuando la*

---

<sup>144</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. Recueil des Cours*. Vol. 281 (1999) en RUFFERT, Matthias. *Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?* en TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.). *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers). The Hague, 2006, pp. 295-310. pág. 295.

<sup>145</sup> Cfr. *Status of Easter Carelia Case* (Finland v. U.S.S.R.), PCIJ, Serie B. No. 5, (1923), pág. 27. (Traducción propia).

<sup>146</sup> Cfr. *Mavrommatis Palestine Concessions Case* (Greece v. United Kingdom), PCIJ, Serie A. No. 2, pág. 16. (Traducción propia).

*Corte ha entrado al estudio del fondo del asunto, después de haber establecido su competencia y escuchado los argumentos jurídicos de ambas partes*<sup>147</sup>.

A partir de lo anterior, pareciera que en ninguno de los casos podría aceptarse la competencia de la Corte Internacional de Justicia en ausencia del consentimiento recíproco de las partes en conflicto. La práctica internacional nos revela que no existe indicación alguna de que tal criterio pudiera modificarse ni siquiera ante aquellas situaciones en que hubiera de invocarse la violación de una norma de *ius cogens*<sup>148</sup>.

La aserción anterior nos resulta un tanto compleja en su comprensión a la luz del derecho internacional contemporáneo, dentro de cuya estructura, según hemos observado, las relaciones bilaterales entre los Estados han quedado ya, un tanto desplazadas para dar así juego, a las relaciones jurídicas internacionales encausadas a la promoción y protección de los valores jurídicos fundamentales e intereses comunes a toda una comunidad internacional<sup>149</sup>.

Apegados al pensamiento del maestro alemán Christian Tomuschat, las normas fundamentales del derecho internacional exceden en principio, a la voluntad individual de cada uno de los Estados. En este orden de ideas, podría afirmarse que las normas de *ius cogens* y su consecuente efecto, *erga omnes* fueron diseñadas de manera deliberada para aplicar a los Estados, miembros de la 'comunidad internacional', aun en contra de la voluntad de alguno de ellos<sup>150</sup>. Más aún, en opinión del maestro Antonio Cassese, pareciera que en el orden jurídico internacional actual tienden a coexistir los viejos y nuevos patrones del derecho internacional, es decir, dentro de él podemos ubicar que normas creadas en virtud del consentimiento de cada uno de los Estados han de operar justo a un lado de aquellas normas obligatorias fundadas en las existencia de una comunidad<sup>151</sup>.

Con base en todo lo que hasta ahora hemos dicho, pareciera existir una sólida evidencia de dos situaciones. En primer término, la constante renuencia de la mayor parte de los jueces quienes han integrado a la Corte Internacional de Justicia a lo largo de su existencia, por abordar el estudio del *ius cogens*. En segundo lugar y como

---

<sup>147</sup> Cfr. *Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada). Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports, 1998, p. 432, pág. 456, párrafo 55. (Traducción propia).

<sup>148</sup> Cfr. RUFFERT, Matthias. *Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?*... Op. Cit. pág. 296.

<sup>149</sup> Al respecto véanse *Idem.*; BYERS, Michael. *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*. *Nordic Journal of International Law*, pp. 211-239, pág. 211; SIMMA, Bruno. *From Bilateralism to Community Interests in International Law*. *Recueil des Cours*, 250 (1994-VI), pág. 217;

<sup>150</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will*. *Recueil des Cours*. Volume 241 (1993-IV), pp. 195-374, pág. 306 y ss.

<sup>151</sup> Cfr. CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford University Press. United Kingdom, 2005. pág. 205.

consecuencia de lo anterior, podemos hablar también de la constante negación de este tribunal para asumir su competencia, para conocer y pronunciarse en materia de *ius cogens*, aun en los casos en que no contare con el consentimiento de la parte demandada.

En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, tal terminología sólo ha sido recurrida como tal, en el conocido CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA para hacer referencia al carácter imperativo de que goza la 'prohibición del uso de la fuerza', mismo que en aquél procedimiento ya había sido previamente reconocido por los gobiernos de Nicaragua y los Estados Unidos<sup>152</sup>. A partir de entonces, sólo hasta 2006, este mismo tribunal habría de respaldar la existencia de la idea de *ius cogens* en el procedimiento seguido ante ella, sobre las excepciones preliminares en el CASO DE LAS ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO<sup>153</sup>.

En este procedimiento, la República Democrática del Congo argumentó la existencia violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, resultado de los actos de agresión armada, cometidos por el gobierno de Ruanda dentro del territorio del Congo. En esta tesitura, las tres bases de jurisdicción alegadas por el gobierno del Estado demandante tuvieron como fundamento la supuesta existencia de violaciones a normas imperativas de derecho internacional, a saber: a) la naturaleza imperativa de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1949 y por ende, la invalidez de la reserva introducida por Ruanda, en virtud de la cual impedía a la Corte de conocer de violaciones en materia de *ius cogens*; b) la invalidez de la reserva presentada por el gobierno de Ruanda a la Convención sobre Discriminación Racial, que acorde con el Congo también contenía disposiciones de naturaleza imperativa y c) la invocación del artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a fin de argumentar la competencia de la Corte Internacional de Justicia en razón de violaciones a normas de *ius cogens*<sup>154</sup>.

Ante lo anterior, si bien es cierto que debemos tener en consideración que por primera ocasión la Corte aceptó de manera amplia y expresa la existencia de normas de *ius cogens* en su análisis a las reservas sometidas por Ruanda, además de confirmar la

---

<sup>152</sup> Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 p. 14, pp. 100-101, párrafo 190.

<sup>153</sup> Cfr. SHELTON, Dinah. *Normative Hierarchy in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291-323, pág. 306.

<sup>154</sup> Cfr. *Idem*.

naturaleza imperativa de la prohibición al delito de genocidio y determinar el carácter *erga omnes* de los derechos y obligaciones cristalizadas en el texto de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, desafortunadamente es también verdad que en aquella ocasión, la Corte negó nuevamente su competencia sobre las bases de que ni la naturaleza *erga omnes*, ni el carácter de *ius cogens* de una norma, podían por sí misma, dar competencia a la Corte para decidir una controversia ante la falta del consentimiento de alguna de las partes de disputa<sup>155</sup>.

Como resultado de todo lo hasta ahora dicho, hemos tan sólo de advertir que es precisamente aquella constante renuencia que a lo largo de su historia, ha mostrado la Corte Internacional de Justicia, de pronunciarse respecto de la naturaleza, identificación y consecuencia del *ius cogens* en la escena internacional, lo que ha originado que dicho concepto se ubique cada más en los terrenos de la utopía, que en los de la realidad jurídica internacional.

Una vez más nos atrevemos a recurrir a la expresión utilizada por Ronald Dworkin y afirmar que si acaso pretendemos que la institución del *ius cogens* cobre la importancia que debiera en el escenario actual de las relaciones jurídicas internacionales, la Corte Internacional de Justicia debe volver a ocupar su lugar central, en tanto máximo órgano judicial de la comunidad internacional. Así, a pesar de los diversos escenarios políticos que pudieran al respecto presenciarse, consideramos que la Corte debe atreverse, a manera de '*ratio decidendi*', a definir en principio, la esencia de las normas imperativas de derecho internacional general y seguido de esto, las consecuencias jurídicas que de su existencia pudieran devenir en la escena internacional.

Estamos ciertos de que si lo anterior no hubiere de lograrse en el futuro, la unidad del derecho internacional no sólo habrá de perder coherencia sustancial, sino más aún, la idea misma de 'comunidad internacional' habrá de perder también todo sentido de existencia y dar así origen, a una nueva estructura del derecho internacional que ante nuestros ojos, aparece simplemente inexplicable, puesto que al menos en el modo en que en la actualidad se presenta el complejo sistema de las relaciones internacionales, pareciera un tanto más que imposible el poder visualizar nuevamente un escenario de relaciones jurídicas entre Estados, ubicadas en un panorama estrictamente bilateral como lo fue primordialmente, durante el siglo XIX, época histórica en que el *iuspositivismo* hubo de alcanzar su máximo apogeo.

---

<sup>155</sup> Cfr. *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction, Judgment, I.C.J. Reports, 2006, p. 126, pag. 45, párrafo 125.

A modo de conclusión, pareciera conveniente referir al pensamiento del *iusinternacionalista* **John Dugard** quien en su opinión separada como Juez *ad hoc* en el CASO DE LAS ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO, establecería que:

*“... En la actualidad es aceptado que un tratado sea nulo si al tiempo de su celebración, es incompatible con una “norma imperativa de derecho internacional general” ... y que los Estados deben negar su reconocimiento a una situación creada en violación de una norma imperativa ... Más aún, se ha advertido que una resolución del Consejo de Seguridad puede invalidarse si colisiona con una norma de jus cogens ... Sin embargo, el jus cogens juega un papel menos espectacular en el proceso judicial y es este papel el que hoy se vuelve más importante, cuando la Corte ha reconocido finalmente la existencia de normas imperativas”<sup>156</sup>.*

En este orden de ideas, conforme al mismo juez Dugard:

*“... Las normas de jus cogens son una mezcla de principios y política. Por un lado, confirman la existencia de principios superiores de derecho internacional que reconocen los más importantes derechos del orden internacional –tales como el derecho a ser libre de agresión, genocidio, tortura y esclavitud y el derecho a la autodeterminación- mientras que por otra parte, dan también forma jurídica a las más fundamentales políticas o metas de la comunidad internacional –las prohibiciones sobre agresión, genocidio, tortura y esclavitud y el fomento a la autodeterminación-. Esto explica el porqué aquellas [ius cogens] gozan de una jerarquía superior con respecto a otras normas del orden jurídico internacional. El hecho de que las normas de jus cogens impliquen tanto principios como política significa que éstas deben jugar un papel dominante en el proceso de elección judicial”<sup>157</sup>.*

---

<sup>156</sup> Cfr. *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). **Separate Opinion of Judge John Dugard**, I.C.J. Reports, 2006, p. 126, págs. 2 y 3, párrafo 8. (Traducción propia).

<sup>157</sup> Cfr. *Idem.* párrafo 9.

## CONSIDERACIONES FINALES

1. Durante la primera mitad del siglo XX, aunque sin recurrir necesariamente a dicha terminología, la idea de *ius cogens* emergió a la luz del derecho internacional, primordialmente en el terreno doctrinal. De este modo, con fundamento en las ideas de 'derecho público', 'derecho privado' y 'orden público', todas ellas vigentes desde el derecho romano y desde luego, en la naturaleza 'pacticia' del derecho internacional, un considerable número de iuspublicistas hubieron de advertir desde entonces, la necesidad de imponer límite al *ius dispositivum*, o mejor, a la libertad contractual de los Estados, que sobre las bases de la doctrina iuspositivista habría de caracterizar la esencia de las relaciones jurídicas internacionales, esto a fin de lograr la preservación de los parámetros mínimos que permitirían la existencia de una sociedad internacional de Estados en aquella época.

2. A diferencia del concepto 'sociedad', la idea de 'comunidad internacional' refiere, más que a una simple yuxtaposición y un cierto grado de interdependencia entre todos los elementos que la integran, a la presencia de valores éticos e intereses compartidos que llevan a aquellos a encaminar sus conductas siempre sobre las bases de la protección a tales valores e intereses comunes, que trascienden en todo momento, incluso a aquellos de carácter individual, principalmente ubicados en la dimensión bilateral de las relaciones jurídicas internacionales. En esta tesitura, acorde con el principio que establece '*ubi societas ubi iuris*', la idea de *ius cogens* en tanto fenómeno de naturaleza estrictamente jurídica, ha de tener a su cargo la protección de aquellos valores e intereses comunes a todos quienes integran a tal 'comunidad internacional' y mismos que habrán de fungir como principal cimiento de ésta.

3. Concluimos también en el carácter dinámico de la 'comunidad internacional'. Así, según lo revela la propia historia, desde los tiempos romanos hasta nuestros días, el 'derecho de gentes' se ha enfrentado a una gran cantidad de sucesos tanto políticos, como económicos, ideológicos y en la actualidad, hasta científicos y tecnológicos, que sin lugar a dudas, han tenido gran impacto en los procesos formativos de lo que hoy en día conforma a la idea de 'comunidad internacional' y que, en mayor o en menor medida, han definido cada uno de los rumbos que esta última ha tomado a lo largo de su vida, situación que advertimos, que ha tenido grandes repercusiones en el desarrollo y percepción actual del derecho

internacional general, y particularmente en la concepción misma de la idea de *ius cogens*.

4. Por su parte, una de las cuestiones que respecto la idea de *ius cogens* han generado mayor controversia dentro de la teoría del derecho internacional, es por un lado, aquella relativa a la fuente o fuentes de derecho internacional que pudieren dar origen a una norma *iuri cogentis*, cuyo fundamento lo sea precisamente, la 'aceptación y reconocimiento' de cada uno de los Estados, miembros de la comunidad internacional requerida para ello y por el otro, la posición que dentro de la estructura normativa del derecho internacional pudiere ocupar este tipo de normas. De lo anterior, hemos de atender a las siguientes precisiones:

En cuanto al derecho convencional, la mayor que relación que guarda con la idea de *ius cogens* es aquella prevista por el texto mismo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues consideramos que incluso desde una visión auténticamente *iuspositivista*, un tratado como tal, sólo estaría en posibilidad de generar una norma imperativa de derecho internacional general, si las partes en él fuesen todos los Estados miembros de la comunidad internacional, sin embargo, aunque con toda certeza, una gran cantidad de tratados juegan un papel de vital importancia en el equilibrio del orden jurídico internacional, lo cierto hasta hoy en día no podemos hablar de la existencia de un tratado plenamente 'universal', no incluso, la propia Carta de las Naciones Unidas.

En tal virtud, conforme al principio '*Pacta tertiis nec nocent prosunt*', ningún tratado puede generar *per se* obligaciones sobre los Estados no partes en él, sin su consentimiento. Más aun, en este tenor se vuelve preciso referir también a la posibilidad de que los Estados parte en un tratado, puedan reservarse el derecho a denunciarlo, lo cual en todo momento, equivaldría a una 'derogación' de la norma, en los términos establecidos por el propio artículo 53 de la Convención de Viena.

Ahora bien, por lo que toca al derecho internacional consuetudinario, hemos de decir que éste es, nuevamente sobre las mismas bases del *iuspositivismo*, la fuente por excelencia, de la que pudiera emerger a la luz del orden jurídico internacional una norma imperativa de derecho internacional general. Sin embargo, acorde con la doctrina, a diferencia de una norma consuetudinaria de carácter ordinario, las normas de *ius cogens* requieren una especie de 'doble consentimiento' que dote a ellas de tal categoría. Aunado a lo anterior, vale la pena agregar que si acaso se admitiere su existencia, la regla del 'objector persistente' aplicaría a favor del

consentimiento dado por las partes sólo en el caso de las normas ordinarias de derecho consuetudinaria, pero no así, en tratándose de una norma con naturaleza de *ius cogens*, pues en este caso trataríase igualmente, de una 'derogación' de aquella norma.

Por último, hemos de aludir también a los principios generales del derecho, en específico, a aquellos que a la luz del mismo artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia exigen ser 'reconocidos por las naciones civilizadas'. De nueva cuenta, desde una perspectiva enteramente dispositiva, establecer que tales principios pudieran fungir como fuente generadora de normas *iuri cogentis*, dependería en todo caso de la definición que de aquellos pudiera darse y en esta tesitura, es dable destacar la gran controversia doctrinal que incluso hasta nuestros días se ha suscitado en torno a ello.

Derivado de esto, no consideramos factible el hecho de que un 'principio general de derecho' pudiera *per se*, dar origen a una norma con carácter de *ius cogens*, pues en tal virtud, aquél tendría que convertirse primero en una norma de derecho consuetudinario, en virtud de la cual pudiera darse 'la aceptación y el reconocimiento', requerido para su existencia, acorde con el fundamento consensual del derecho internacional y en consecuencia, tal norma de *ius cogens* sería producto de la costumbre internacional y no así, de los llamados principios generales de derecho 'reconocidos por las naciones civilizadas'.

5. En esta tesitura, sirva tomar en cuenta que si bien es cierto, la naturaleza consensual del derecho internacional juega un papel de innegable importancia en el surgimiento y evolución del mismo y en específico, de sus normas imperativas, resulta también válido establecer que aunado a él, la verdadera esencia de la idea de *ius cogens* deviene no necesariamente de su ubicación dentro del esquema normativo del derecho internacional general sino más aún, el sentido de existencia del *ius cogens* demanda en primer término, la identificación de aquellas preocupaciones, valores e intereses fundamentales, comunes a toda la 'comunidad internacional', a pesar de la tan diversa naturaleza de cada uno de sus componentes. El emprendimiento de tal tarea habrá de tener lugar a través de la combinación de los diferentes instrumentos internacionales, algunos jurídicamente obligatorios por sí mismos, otros simplemente con efectos declarativos '*soft law*', tal es el caso entre otros, de la mayoría de las resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales.

6. En razón de lo anterior, sólo algunas normas jurídicas internacionales han sido ‘aceptadas y reconocidas’ como normas de *ius cogens*, a saber, la prohibición del uso de la fuerza, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, ambos con las múltiples variantes que presentan hoy en día, el respeto absoluto a la protección de algunos derechos humanos y las normas fundamentales del derecho internacional humanitario. Asimismo, aunque ubicados más en el plano de la ‘responsabilidad internacional’ y por ende, con consecuencias diversas, la prohibición de algunos crímenes internacionales ha sido también reconocida como norma de naturaleza *iuri cogentis*, tales crímenes son: la agresión, el genocidio, la esclavitud –en sus formas contemporáneas-, la tortura, los crímenes en contra de la humanidad y la discriminación racial.

7. Ubicamos al concepto de ‘comunidad internacional’ como tal, a partir del surgimiento mismo de la Organización de las Naciones Unidas en 1945. Desde entonces, el recurso a dicha terminología ha tenido lugar tanto en la doctrina del derecho internacional, como en la práctica internacional, a través de la jurisprudencia, los textos de algunos documentos internacionales de obligatoriedad jurídica y en los trabajos realizados en los diversos foros internacionales, por ejemplo, en el seno del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Fue precisamente en este órgano, donde durante la celebración de la Cumbre Mundial de 2005, hubieron de ser definidos los valores inherentes a la ‘comunidad internacional’. Tales valores son: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto a la naturaleza y la responsabilidad compartida.

8. A pesar de lo anterior, la esencia misma del concepto de ‘comunidad internacional’ resulta una de las cuestiones mayormente cuestionadas en la actualidad, no sólo entre distinguidos internacionalistas, sin más aun, entre algunos de los más notables líderes políticos mundiales. Así entonces, de las definiciones que de aquel concepto se han analizado en este trabajo, podemos vislumbrar la división entre los pensamientos de quienes opinan que la ‘comunidad internacional’ representa una especie de colectividad moral conformada por todo el género humano o mejor dicho, la humanidad, incluso si dicha colectividad no presenta en sí algún tipo de organización y por otra parte, aquellos quienes ven en tal concepto una especie de representante con cierta facultad de acción.

9. Desde su creación en 1945, la Organización de las Naciones Unidas ha encarado diversas crisis de múltiple naturaleza, mismas que al paso de los años

han venido a cuestionar tanto su existencia, como su efectividad y eficacia ante los retos y desafíos a que ha hecho frente la 'comunidad internacional'.

De este modo, si quienes integran a dicha Organización pretenden que tal constituya hoy en día, como al momento de su origen y principalmente, al final de la 'Guerra Fría', la máxima expresión de la idea de 'comunidad internacional', será imperativo trabajar de manera consistente en su procedimiento de reforma, a fin de que su existencia sea capaz de dar respuesta a los retos y desafíos impuestos a la humanidad en el presente y el futuro. Tal reforma en consecuencia, deberá atender en principio, a la búsqueda de los verdaderos valores, intereses y preocupaciones a toda la 'humanidad' y no así, de una tradicional cultural o régimen político alguno. De este modo, podremos afirmar que la identificación de aquellos constituirá la piedra angular de aquello que en adelante pueda ser denominado como 'comunidad internacional' y por ende, de nuestro objeto de estudio: el *ius cogens*.

10. Sin duda alguna, la 'globalización', fenómeno entendido para estos efectos, como la creciente internacionalización de los diversos aspectos de la actividad económica, social, tecnológica y política y como resultado de lo anterior, el continuo aumento de la interacción entre los Estados y las diferentes sociedades en todos y cada uno de aquellos aspectos, ha de generar al menos dos grandes consecuencias en cuanto al entendimiento de la idea de 'comunidad internacionales. A tales consecuencias nos podemos referir en primer lugar, a la innegable necesidad de dejar a un lado la noción clásica de 'soberanía', comprendida como la potestad suprema del Estado para quedar libre de toda sujeción o limitación, respecto a una potestad exterior, o bien en palabras de Luigi Ferrajoli "*la ausencia de todos límites y reglas*", para dar paso a una nueva concepción en cuya esencia pueda vislumbrarse la protección de los 'seres humanos', como fin último de cada Estado y en segunda, a la manera en que habrá de estructurarse la 'comunidad internacional' en el nuevo orden mundial.

11. En este orden de ideas, valga la pena aludir también al sentido evolutivo de una 'sociedad internacional', fundada en la mera coexistencia de los Estados, al surgimiento de una 'comunidad internacional' cuyo fundamento se encuentra en la cooperación y la solidaridad internacional, en donde si bien es cierto, los Estados se ubican en el ápice de su estructura, de manera periférica encontramos también, la presencia de otros actores internacionales, primordialmente, las grandes estructuras empresariales, los organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y en general, aquél fenómeno denominado 'sociedad civil

internacional', quienes a través de su continuo trabajo, han de contribuir en la identificación de aquellos valores éticos fundamentales e intereses comunes y derivado de ello, en la creación de las normas jurídicas internacionales de vital importancia para el sostenimiento de la 'comunidad internacional'.

El escenario global de la actualidad, la esencia y el *corpus* del derecho internacional deberán tener como sólido fundamento las contribuciones que en favor de su formación y desarrollo universal hagan todas las civilizaciones y no tan sólo el producto intelectual de una o varias tradiciones culturales o hegemonía política alguna.

12. En la actualidad no existe ya, motivo alguno para reservar el término 'constitución' a los diversos órdenes jurídicos internos, por el contrario, el desarrollo del derecho constitucional europeo, así como el surgimiento de las diversas teorías existentes en torno al 'constitucionalismo global', además del continuo debate relativo a los temas de la 'soberanía' y la estructura de la 'comunidad internacional', han abierto las puertas a la incipiente presencia de un constitucionalismo en el derecho internacional.

13. De este modo, nos apegamos a la idea de que si bien es verdad, al momento de su origen en 1945, la Carta de las Naciones Unidas no fue concebida como documento de naturaleza estrictamente constitucional, cierto es también que, a pesar de las grandes dificultades que principalmente desde las últimas décadas ha atravesado esta organización, tal documento constituye hoy en día, el único documento escrito obligatorio sobre la gran mayoría de los Estados que conforman al planeta y a lo largo de cuyo contenido se asientan firmes determinaciones respecto de las cuestiones generales que construyen la esencia misma de cualquier sistema de gobierno. En razón de lo anterior, una vez más se vuelve preciso lograr una reforma sustancial de aquél documento que lleve a la Organización de las Naciones Unidas a dar respuesta a los retos y desafíos que en la actualidad se hallan impuestos a toda la 'humanidad'.

14. Por su parte, el tema relativo a la 'fragmentación del derecho internacional' se presenta también como la cara opuesta del mismo fenómeno. Así las cosas, la fragmentación del derecho internacional, comprendida ésta como la especialización de aquella rama del derecho a través del surgimiento de diversos regímenes sectoriales, temáticos y relativamente autónomos, resultado de la existencia de intereses, deberes y derechos distintivos de varios aspectos relacionados con la

actividad jurídica internacional en la actualidad, entre los que se encuentran el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental, el derecho comercial, el derecho del mar, el derecho europeo, el derecho de las inversiones y el derecho internacional de los refugiados, todos aquellos constituidos a partir de principios e instituciones, propias a cada uno, así como la consecuente proliferación de organismos y tribunales internacionales, han llevado a reanalizar la estructura actual del orden jurídico internacional.

Así entonces, si bien no negamos la influencia positiva que sin duda alguna, presenta este fenómeno en el contexto de la evolución práctica del derecho internacional, hemos de establecer además, que en ninguno de los casos, la fragmentación del derecho internacional puede aparecer aislada de la estructura misma del derecho internacional general y por el contrario, cualquier conflicto que pudiere suscitarse entre las normas de aquellos regímenes tan diversos entre sí deberá ser siempre resuelto a la luz del propio derecho internacional general.

15. Según indicamos en alguno de los párrafos anteriores, las ideas de un 'derecho internacional constitucional' y de manera paralela, la 'fragmentación del derecho internacional', generan como consecuencia inmediata la inevitable existencia de una jerarquía normativa en el orden jurídico internacional. Así, concluimos que el 'orden jerárquico' a que aquí aludimos, nada tiene que ver en principio con el consentimiento dado los sujetos obligados por una determinada norma, sino más aun, por los efectos que aquellas pudieran a través de su aplicación. En este orden de ideas, resulta necesario aludir a las nociones que siguen: '*soft law*', 'artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas', 'obligaciones *erga omnes*' y 'normas de *ius cogens*', principalmente. A este respecto, podemos hacer algunas precisiones:

'*Soft law*'. Si bien es cierto, el denominado '*soft law*' o 'derecho flexible', articulado a través de una gran cantidad de instrumentos internacionales de naturaleza no obligatoria, debiera ubicarse de manera periférica a la estructura normativa del derecho internacional y en consecuencia, analizarse más acorde a la influencia que aquél fenómeno ejerce sobre los diversos procesos de creación de derechos y obligaciones, que desde luego, van desde lo '*soft*' hasta el *ius cogens* en algunos casos y en los cuales intervienen otros actores internacionales y no exclusivamente los Estados.

'Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas'. Tal artículo 103 refiere a la supremacía de las obligaciones contraídas a través de aquél documento con

relación a las demás contraídas por los Estados miembros, a través de otros tratados, sin que ello implique, como en el caso del *ius cogens*, la nulidad e invalidez de la norma que se contrapone a éste. Ahora bien, si bien es cierto que el texto de aquél artículo refiere exclusivamente a la superioridad de las disposiciones de la Carta sobre otras obligaciones de tipo convencional, al igual que algunos *iusinternacionalistas*, consideramos que dicho texto debiera interpretarse de modo que incluyera a las obligaciones derivadas de la costumbre internacional y de las resoluciones emanadas del mismo Consejo de Seguridad.

‘Obligaciones *erga omnes*’. Con respecto a tal concepto, nos atrevemos a establecer que en tanto el *ius cogens*, pertenece a la esencia misma del derecho internacional general, la idea de las obligaciones *erga omnes*, pertenece de manera exclusiva al ámbito de la responsabilidad internacional y por lo tanto, al hablar de ‘*erga omnes*’, debiéramos referir a él, tan sólo como un efecto de la existencia de una norma *iuri cogentis*.

‘Normas de *ius cogens*’. En este orden de ideas, concluimos también que si bien es cierto, resulta casi imposible que dentro de la Carta de las Naciones se encontrará una disposición contraria a una norma reconocida con status de *ius cogens*, verdadero es también que la obligatoriedad imperativa de este tipo de normas habrá de aplicar también a las conductas emprendidas por los propios órganos de la misma Organización de las Naciones Unidas y con más razón, de otros organismos internacionales. Como ejemplo de lo anterior, baste referir a las resoluciones del Consejo de Seguridad, emitidas en supuesta contraposición a una norma imperativa de derecho internacional. Sin embargo, la pregunta por el momento queda abierta, ¿a quién corresponde determinar aquella supuesta contraposición?.

16. Una violación a una norma de *ius cogens* puede darse incluso en razón de cualquier acto unilateral emprendido por los Estados mismos. Las consecuencias que en materia de responsabilidad internacional han de derivar de las normas de *ius cogens* han sido ya, medianamente abordadas por la Comisión de Derecho Internacional, en lo relativo a los crímenes internacionales, situación que conllevaría al establecimiento de una responsabilidad agravada, la imposibilidad de invocar causas excluyentes de responsabilidad, en tratándose de normas imperativas de derecho internacional y finalmente, la prohibición de los Estados a recurrir al uso de contramedidas cuando éstas pudieran contravenir una norma de *ius cogens*.

17. En el ámbito jurisdiccional, no podemos negar el papel central que dada, su composición 'universal', debiera jugar la Corte Internacional de Justicia en el desarrollo del *ius cogens*. En este sentido, bajo el argumento de que nadie puede ser sometido a alguna decisión de dicho tribunal sin haber manifestado su consentimiento para ello, de manera un tanto 'conveniente', este tribunal ha decidido no pronunciarse de manera continua y contundente acerca de la naturaleza del *ius cogens*, lo que sin duda ha derivado en la falta de desarrollo de tal figura y una consecuente confusión con las obligaciones de naturaleza '*erga omnes*'. En tal virtud, consideramos que si acaso se pretende que como en sus inicios, y ante el creciente surgimiento de una gran cantidad de tribunales internacionales, la Corte Internacional de Justicia continúe en su papel de 'máximo órgano judicial de las Naciones Unidas', éste deberá mostrar en cada una de sus decisiones, no únicamente la resolución de un conflicto entre partes, sino más aun, un verdadero trabajo que provoque el continuo desarrollo del derecho internacional y en este caso, de las normas de *ius cogens*.

## CONCLUSIONES

1. Aunque con diversas terminologías, la idea de *ius cogens* emergió a la luz de la doctrina del derecho internacional hacia la primera mitad del siglo XX, como la necesidad de establecer un límite a la voluntad de los Estados al momento de concluir entre ellos obligaciones jurídicas de naturaleza pacticia.

2. Fue hasta la conclusión de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuando hubo de insertarse en su texto y en general, en el derecho internacional, la figura jurídica 'normas imperativas de derecho internacional general' o bien, *ius cogens* universal. Tal inserción, pareciera tan sólo ser consecuencia histórica del surgimiento de nuevos Estados a la vida jurídica internacional y las reivindicaciones de éstos ante las grandes potencias coloniales a que habían estado sujetos sus pueblos.

3. A pesar de que la definición de *ius cogens* cristalizada en el artículo 53 del mismo instrumento, pudiera considerarse un avance significativo en el desarrollo del derecho internacional, la realidad es que se trata de una definición 'vacía' que desde sus inicios ocasionó un estancamiento en la evolución tanto práctica como doctrinal de aquella idea y por ende, ha logrado poner en tela de juicio diversas consideraciones en torno a las cuales, quienes estudian al derecho internacional no han logrado ponerse de acuerdo, a saber: el requisito de la aceptación y reconocimiento para configurar su existencia; el significado del término 'derecho internacional general'; la interpretación de la expresión 'comunidad internacional de Estados en su conjunto; el modo en que habrá de ser sustituida por una norma ulterior de derecho internacional general de la misma naturaleza, entre otras.

4. La 'comunidad internacional' y por ende, el mismo 'derecho de gentes' que rige su existencia, poseen un carácter dinámico. Diversos han sido los acontecimientos de naturaleza política, económica, ideológica, cultural y en la actualidad, hasta científica y tecnológica que han logrado impactar en los procesos formativos de lo que hoy en día constituye la 'comunidad internacional, las grandes preocupaciones que rigen sus acciones y desde luego, la conformación de los valores, inherentes a ella en cada época. Lo anterior, sin duda se refleja en la evolución del derecho internacional, y en específico, en la concepción que de *ius cogens* pudieramos tener en cada etapa histórica.

5. En ningún momento debemos alejarnos de la esencia meramente dispositiva del derecho internacional y en la necesaria incorporación de tal figura dentro del marco del orden jurídico internacional positivo. En tanto que el derecho internacional no admite en su estructura de 'fuentes' jerarquía inmediata alguna, pues todas ellas derivan del consentimiento de los Estados, la idea de *ius cogens* pudiera ubicarse en cualquiera de éstas, siempre y cuando se pudiera vislumbrar en ellas su aceptación y reconocimiento como 'normas imperativas de derecho internacional general'. No obstante las grandes discusiones al respecto, se reconoce al derecho consuetudinario como fuente por excelencia del *ius cogens*.

6. Concluimos en la existencia actual de una 'comunidad internacional' como tal, que desde sus orígenes en 1945 y hasta nuestros días ha sostenido una evidente evolución. De este modo, aquella 'sociedad internacional' fundada en la mera coexistencia de los Estados miembros, se ha convertido hoy en día en una 'comunidad internacional' cuya estructura descansa en la cooperación y la solidaridad internacional y máxima expresión de ella, la constituye la Organización de las Naciones Unidas.

7. Afirmamos también la imperativa necesidad de trabajar en la reforma de tal Organización, a fin de que como al momento de su creación, pueda encarar los retos y desafíos impuestos a la humanidad en el presente y en el futuro inmediato. Consideramos que dicha reforma habrá de considerar en todo momento la búsqueda y afirmación de aquellos valores, intereses y preocupaciones que conciernen a toda la 'comunidad internacional', todos ellos sentido de existencia del *ius cogens*.

8. Sin negar el papel central que desde sus orígenes ha jugado el Estado en el contexto de las relaciones internacionales y la particular relevancia que ha cobrado también la 'soberanía' como su principal atributo, hoy más que nunca se vuelve preciso el revalorar el significado del Estado, no como actor único de la 'comunidad internacional', sino más aun, al lado de otro tipo de actores no estatales –la sociedad civil internacional, por ejemplo- quienes a través de sus diversas acciones contribuyen a matizar los valores e intereses comunes de todos los miembros de la 'comunidad internacional'.

9. Se requiere en la actualidad de la existencia de un derecho internacional que regule las cada vez más complejas relaciones entre todos sus miembros, del mismo modo este derecho internacional habrá de ser constantemente adaptado para servir a las necesidades de aquella comunidad internacional en una etapa histórica determinada.

10. En la actualidad no existe ya, motivo alguno para reservar el término 'constitución' a los diversos órdenes jurídicos internos, por el contrario, el desarrollo del derecho constitucional europeo, así como el surgimiento de las diversas teorías existentes en torno al 'constitucionalismo global', además del continuo debate relativo a los temas de la 'soberanía' y la estructura de la 'comunidad internacional', han abierto las puertas a la incipiente presencia de un constitucionalismo en el derecho internacional.

11. La idea anterior nos lleva a pensar además, en una emergente estructura del orden jurídico internacional, en donde la idea *ius cogens*, en tanto baluarte de los valores fundamentales y las preocupaciones e intereses comunes de toda la 'comunidad internacional', pueda ser ubicada en el ápice de tal estructura

12. Ante la existencia del fenómeno conocido como 'Fragmentación del Derecho Internacional', debemos necesariamente considerar al *ius cogens*, un elemento jurídico inherente a la idea misma de comunidad internacional 'universal', tal figura pertenece al *corpus* del derecho internacional y en tal virtud, ninguna norma emergida fuera de él, habrá de contraponerse a lo establecido por otra norma con status de *ius cogens*. Si así fuere el caso, la primera de ellas debiera ser nula de pleno derecho.

13. Sin lugar a dudas, es evidente la relación existente entre las obligaciones 'erga omnes' y las 'normas imperativas de derecho internacional general', sin embargo, en ninguno de los casos, ambas contrucciones conceptuales habrán de ser tratadas como sinónimos. Las obligaciones de naturaleza 'erga omnes' acutan tan sólo como un efecto de las normas imperativas de derecho internacional, es decir, si bien toda norma de *ius cogens* genera una obligación de naturaleza *erga omnes*, no toda obligación *erga omnes* deriva de una norma con status de *ius cogens*.

14. Las ideas anteriores ponen sobre la mesa de discusión la idea de una '*actio popularis*', desarrollada de manera importante en el derecho romano, pero rechazada de modo constante en la práctica jurídica internacional, en razón de la estricta naturaleza dispositiva del derecho internacional.

15. Es claro que la idea de *ius cogens* encontró su origen en la práctica jurídica internacional dentro del marco exclusivo del derecho de los tratados. Sin embargo, aun cuando la doctrina en diversas ocasiones ha limitado su aplicación a lo dispuesto por el régimen de la Convención de Viena, las decisiones y votos separados de algunos tribunales tanto nacionales como internacionales, nos permiten vislumbrar la existencia

de las normas de *ius cogens* en contextos ajenos a aquel del derecho de los tratados, específicamente en aquél de la responsabilidad internacional.

16. En ninguno de los casos, nos atrevemos a negar la gran contribución que la proliferación de los tribunales internacionales ha realizado en torno al desarrollo y evolución del derecho internacional y en específico, de la idea de *ius cogens*. Sin embargo, no podemos negar el papel central que dada, su composición 'universal', debiera jugar la Corte Internacional de Justicia en el desarrollo del *ius cogens*.

17. En este tenor, adviértase que por un lado, la norma que prevé el consentimiento de las partes para someter una controversia ante dicho órgano jurisdiccional y que ha regido en todas y cada una de las decisiones históricas del mismo, debiera ser analizada en tratándose de normas *iuri cogentis* con su consecuente efecto *erga omnes*, o bien por el otro, si aquello fuera imposible, pensamos que entonces pudiera darse mayor fuerza a la facultad consultiva de dicho tribunal, a través de la cual, a petición de los órganos autorizados para ello, este tribunal pudiera contribuir también al desarrollo de nuestro objeto de estudio, sin necesidad de consentimiento alguno de las partes.

18. De no lograr lo anterior, se corre el riesgo no sólo de una pérdida total de unidad y coherencia en el derecho internacional, sino más aun, el concepto mismo de 'comunidad internacional' habrá de perder también todo sentido de existencia y dar así origen, a una nueva estructura del derecho internacional que ante nosotros, aparece simplemente inexplicable, puesto que al menos en el modo en que en la actualidad se presenta el complejo sistema de las relaciones internacionales, pareciera un tanto más que imposible el sólo volver vislumbrar un escenario de relaciones jurídicas entre Estados, enmarcadas en un panorama estrictamente bilateral como lo fue primordialmente, durante el siglo XIX donde el *iuspositivismo* hubo de alcanzar su máximo apogeo. Sin todo ello, el *ius cogens* y todo lo que a él rodea seguirá sin duda, siendo una hermosa utopía.

# BIBLIO-HEMEROGRAFÍA

## A) LIBROS

ALLOT, Philip. Eunomia: New Order for a New World. Oxford University Press. United Kingdom, 2001.

ANGHIE, Anthony. Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law. Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.

ANZILOTTI, Dionisio. Curso de derecho internacional. Traducción a la tercera edición italiana por Julio López Olivan, serie Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, CLXXIX. Reus. Madrid, 1937.

BARBOZA, Julio. Derecho Internacional Público. Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1999.

BRIERLY, J.L. La Ley de las Naciones. Introducción al derecho internacional de la paz. Editora Nacional. México, 1950.

BROWNLIE, Ian. International Law and the Use of Force by States. Oxford The Clarendon Press. United Kingdom, 1963.

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Fifth Edition. Oxford University Press. New York, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tomo II. Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed. 1999.

CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría General del Estado. Sección de Obras de Política y Derecho. Facultad de Derecho/UNAM/ Fondo de Cultura Económica. México, 1998.

CASSESE, Antonio & WEILER, H.H. (eds.). Change and Stability in International Law- Making. Series A. European Iniversity Institute. Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

CASSESE, Antonio. International Law. Oxford University Press. United Kingdom, 2005.

CRAWFORD, James (ed.). The International Law Comission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries. Cambridge University Press. United Kingdom, 2002.

DANILENKO, G. M. Law-Making in the International Community. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, 1993.

DEGAN, V.D. Sources of International Law. Martinuff Nijhoff Publishers. The Hague, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del derecho. Bosch, Casa editorial, S.A. Barcelona, 1991.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Técnos. Madrid, 1975.

ENNECCERUS, Ludwig, *et. al.* Tratado de Derecho civil parte general (tomo 1º). Ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Madrid, 1934-1951.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa. Ed. Civitas. España, 2000.

- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción de Gerardo Pisarello *et. al.* Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. No. 15. Universidad Externado de Colombia. Bogota, 2000.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho romano privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- FRANCK, M, Thomas. Fairness in International Law and Institutions. Clarendon Press Oxford. N.Y. 1995.
- FRIEDMANN, Wolfgang. The Changing Structure of International Law. Columbia University Press, N.Y. 1964.
- FUKUYAMA, Francis. El fin de la historia y el último hombre. Traducción de P. Elías. Ed. Planeta, Buenos Aires, 1992.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Editorial Cometa, S.A. Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.
- GREWE, Wilhelm. The Epochs of International Law. Walter de Gruyter. N.Y. 2000.
- HANNIKAINEN, Lauri. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. LAKIMIESLIITON KUSTANNUS. Finnish Lawyers' Publishing Company. Helsinki, 1988.
- HARRIS, David J. Cases and Materials on International Law. Fifth Edition. Sweet & Maxwell. United Kingdom, 1998.
- HENKIN, Louis *et al.* International Law Cases and Materials. Third Edition. American Casebook Series. West Group. USA, 2000.
- HENKIN, Louis. International Law: Politics and Values. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, 1995.
- HILAIRE, Max. United Nations Law and the Security Council. Ashgate Publishing Limited, United Kingdom, 2005.
- HUNTINGTON, Samuel. The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order. *Simon & Schuster*. New York, 2003.
- IGLESIAS- REDONDO, Juan. Derecho Romano. Editorial Ariel, S.A. España., 1999.
- JACKSON, John. Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law. Cambridge, University Press. United Kingdom, 2006.
- JENNINGS, Robert & WATTS, Arthur (editors). Oppenheim's International Law. Volume 1 PEACE. Longman. United Kingdom, 1996.
- KELSEN, Hans. Principios de derecho internacional público. Traducción al español por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. El Ateneo. Buenos Aires, 1965.
- KISSINGER, Henry. La Diplomacia. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

- LAUTERPACHT, Elihu (ed). International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht. Vol. I. Cambridge University Press, United Kingdom, 1970.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. Globalización, estado de derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la Globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004.
- MALANCZUK, Peter. Akehurst's Modern International Law. Routledge. United Kingdom. 1997.
- MALDONADO, José. Curso de derecho canónico para juristas civiles (parte general). Marsiega. Madrid, 1970.
- McNAIR, Lord. The Law of Treaties. Oxford The Clarendon Press. United Kingdom, 1961.
- MERON, Theodor. Human Rights Law- Making in the United Nations -A critique of Instruments and Processes. Clarendon Press Oxford, N.Y. 1986.
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. Derecho civil volumen 8 (primera serie). Oxford University Press. México, 1999.
- QUINTÍN ALFONSÍN. El orden público. Universidad de la República- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Peña y Cia. Montevideo. Sección III, 19.
- RAGAZZI, Maurizio. The Concept of International Obligations Erga Omnes. Oxford Clarendon Press, United Kingdom, 1997.
- REUTER, Paul. Introducción al derecho de los tratados. Universidad Nacional Autónoma de México- Facultad de Derecho- Fondo de Cultura Económica. México, 1999.
- SEARA VAZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 69.
- SEPÚLVEDA, César. Derecho Internacional. Editorial Porrúa. México, 1998.
- \_\_\_\_\_. El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI. Facultad de Derecho- UNAM- FCE. México, 1995.
- SHAW, Malcolm. International Law. Cambridge University Press. New York, 2003.
- SIMMA, Bruno (ed.). The Charter of the United Nations: A Commentary. Oxford University Press. N.Y. 2002.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A New World Order. Princeton University Press. USA, 2004.
- SOLUS, Henry & PERROT, Roger. Le droit judiciaire privé. Sirey. París, 1961. pág. 24.
- STADTMULLER, Georg. Historia del derecho internacional público. Parte I hasta el Congreso de Viena (1815). Aguilar. Madrid, 1961.
- STIGLITZ Joseph en HELD, David & KOENING- ARCHIBUGI, Mathias (eds.). Taming Globalization: frontiers of governance. Polity Press, United Kingdom, 2003.
- SZTUCKI, Jerzy. Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal. Ed. Springer – Verlag. Nueva York, 1974.
- TAMAYO, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica). Seminario de Filosofía del Derecho – Facultad de Derecho UNAM. Ed. Themis. México, 1996.

VIRALLY, Michel. El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.

WEERAMANTRY, Christopher. Universalising International Law. Developments in International Law. Volume 48. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2004.

ZAGREBLESKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Ed. Trotta. Madrid, 2003.

ZIFCAK, Spencer. Globalisation and the Rule of Law. Routledge. New York, 2005.

## **B) OBRAS CLÁSICAS**

AQUINO, Tomás de. Tratado de la Ley. "Sepan cuantos..." No. 301. Editorial Porrúa. México, 2000. pp. 3-114.

CICERÓN, Marco Tulio. De la República. Introducción, traducción y notas de Julio Pimentel Álvarez. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filológicas, 1984 (BIBLIOTHECA SCRIPTORUM GRAECORVM ET ROMANORVM MEXICANA).

El Digesto de Justiniano. Versión castellana por Álvaro D'Ors et. al. Ed. Aranzadi. (Tres tomos). Pamplona, 1968-1976.

GROTIUS, Hugo. De Jure Belli ac Pacis. Libri Tres. The Classics of International Law, 3. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1925.

HOBBS, Thomas. Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1984. pp. 618.

KANT, Immanuel. La Paz Perpetua. Décimo tercera edición. "Sepan cuantos ..." No. 212. Editorial Porrúa. México, 2003. pp. 243- 287.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa, México, 1997.

PUFFENDORF, Samuel. De jure et gentium. Libri octo. The Classics of International Law, 17. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1934.

SUAREZ, Francisco. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Reproducción anastática de la edición Príncipe de Coimbra 162. Versión española por José Ramón Eguillor Muniozguren, S.I. (seis tomos). Instituto de Estudios Políticos. Sección de Teólogos Juristas. Madrid, 1967.

VATTEL, Emmerich De. Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos. Tomo I Preliminares. Traducción de Lucas Miguel Otareña. Casa de Masson y hijo. París, 1824. pág.

VITORIA, Francisco De. Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra. "Sepan cuantos..." Núm. 261. Editorial Porrúa. México, 1985. pp. 101.

WOLFF, Christian. Jus Gentium methodo scientifica pertractatum. The Classics of International Law, 13. Oxford Clarendon Press. United Kingdom, 1934.

## **C) OBRAS EN COLABORACIÓN Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

ABI-SAAB, Georges. *The Uses of Article 19*. European Journal of International Law. Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 339-352.

\_\_\_\_\_. *Whither the International Community*. European Journal of International Law. Vol. 9, No. 2, 1998, pp. 248-265.

ALPONTE, Juan María. *El Nuevo Escenario Internacional en Maria Celia Toro Hernández, et. al. (coordinadores). Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX, Memorias del Seminario Internacional*. Cámara de Diputados. México, 2005. pp. 21- 23.

ANDERSON, KENNETH. *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of an International Civil Society*. European Journal of International Law. European Journal of International Law, Vol. 11, No. 1, pp. 78-91.

ANNAN, Kofi A. *et. al. What is the International Community?*. Foreign Policy, October 2002.

ANNAN, Kofi. *Two Concepts of Sovereignty*. The Economist. Vol. 352, September 18, 1999. pp. 49-50.

BERRUGA FILLOY, Enrique. *México y los Desafíos de la ONU en el Siglo XXI en Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX en Maria Celia Toro Hernández, et. al. (coordinadores). Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX, Memorias del Seminario Internacional*. Cámara de Diputados. México, 2005, pp. 28-31.

BOGDANDY, Armin Von. *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*. Harvard International Law Journal. Vol. 47, No. 1, 2006, pp. 223-242.

BUZAN Barry y GONZÁLEZ PELAEZ, Ana. *International Community after Iraq*. International Affairs. Vol. 81, No. 1 January, 2005, pp. 31-52.

BYERS, Michael. *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*. Nordic Journal of International Law. Vol. 66, 1997, pp. 211-239.

CASTELLINO, Joshua & GILBERT, Jérémie. *Self- Determination, Indigenous People and Minorities*. Macquarie Law Journal. Vol. 3, 2003, pp. 155-178.

CHARNEY, Jonathan. *The Impact on the International Legal Order System of the Growth of International Courts and Tribunals*. New York University Journal of International Law and Politics. Vol. 31, 1999, pp. 697-708.

\_\_\_\_\_. *Universal International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 87, No. 4, 1993, pp. 529- 551.

CHENG, B. *Whither the International Community (The Josephine Onoh Memorial Lecture 1987)* en FREESTONE, D. *et. al. Contemporary Issues of International Law*. Kluwer International Law, The Hague, 2002.

CHETAIL, Vincent. *La Contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja (2003) No. 850, pp. 235- 269.

DEL TORO, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Vol. VI, 2006 pp. 513 -549.

DRANAS DE CLEMENT, Zlata. *Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Jus Cogens). Dimensión sustancial en Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-Argentina, 2002.

\_\_\_\_\_. *Principios generales de derecho internacional ambiental como fuente normativa. El Principio de Precaución. Anuario IX (2006)*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

DREW, Catriona. *The Criteria for Statehood in International Law are based on the Principle of Effectiveness not Legitimacy!*. School of Oriental and African Studies London. United Kingdom, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 31, 1999, pp. 791- 807.

\_\_\_\_\_. *The Constitutionalization of the Charter of the United Nations Revisited en BOGDANDY, Army von, et. al. (eds.). Mackplant Yearbook of United Nations Law*. Vol. 1, 1997. p.2.

EL-HERIAN, Abdullah. *Organización Jurídica de la Sociedad Internacional en SORENSEN, Max (ed.). Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, México, 2000. pp. 99 – 148, pág. 103.

FASSBENDER, Bardo. *Sovereignty and Constitutionalism in International Law en WALKER, Neil (ed.). Sovereignty in Transition*. Essays in European Law. Hart Publishing. USA, 2003.

FASSBENDER, Bardo. *The Meaning of International Constitutional Law, MACDONALD, Ronald & JOHNSTON, Douglas. Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of The World Community*. Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers). The Hague, 2005.

\_\_\_\_\_. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community. Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 36, 1998 pp. 529-619.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *ius cogens y Ius Naturale*, en IRIGOYEN TROCONIS, Martha. *Iusnaturalistas y Iuspositivistas Mexicanos (ss. XVI - XX)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas. México, 1998. págs. 93-101.

HALL, Stephen. *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism. European Journal of International Law*. Vol. 12, No. 2, 2001, pp. 269-307.

HIGGINS, Rosalyn. *International Law in a Changing International System. The Cambridge Law Journal*. Vol. 58, No. 2, March, 1999.

KINGSBURY, Benedict. *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Claims in International and Comparative Law. New York Journal of International Law*. Vol. 34, 2002, pp. 189-250.

KOLB, Robert. *The Formal Source of ius cogens in Public International Law. ZöR*, vol. 53 1998, pp. 69- 105.

KOSKENNIEMI, Marti. *National Self-Determination Today; Problems of Legal Theory and Practice. International and Comparative Law Quarterly* (2001), vol. 43, pp. 241-269.

KWAKWA, Edgard. *The International Community, International Law, and the United States: Three in one, two against one, or one and the same?* en BYERS, Michael & NOLTE, Georg (eds.). United States Hegemony and the Foundations of International Law. Cambridge University Press. United Kingdom, 2003. pp. 25-56.

LAU, Holning. *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*. Chicago Journal of International Law. Vol. 6, No. 2, summer 2005, pp. 495-510.

MULLERSON, R.A. *New Thinking by Soviet Scholars: Sources of International Law: New tendencies*. The American Journal of International Law. Vol. 83, No. 3, 1989, pp. 494-512.

NIETO NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* en VORAH, Chand Law et. al. (eds.) Man's inhumanity to man: Essays on International Law in honour of Antonio Cassese. *International Humanitarian Law Series*, 5. Kluwer Law International. The Hague, 2003, pp. 595-640.

OJEDA GÓMEZ, Mario. *Perspectiva Histórica de la ONU en Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX, Memorias del Seminario Internacional* en Maria Celia Toro Hernández, et. al. (coordinadores). Las Naciones Unidas Rumbo a sus 60 años de Fundación: Desafíos y perspectivas para el siglo XX, Memorias del Seminario Internacional. Cámara de Diputados. México, 2005.. pp. 14-20.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*. European Journal of International Law. Vol. 16, No. 1, 2005, pp. 59-88.

RICE, Condoleeza. *Life after the Cold War*. Foreign Affairs, Vol. 79, No.1, 2000, pp. 63-79.

ROBERTS, Anthea A. *Traditional and modern approaches to customary international law: A Reconciliation*. The American Journal of International Law. Vol. 95, No. 4, 2001, pp. 757- 791.

RUFFERT, Matthias. *Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?* en TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.). The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers). The Hague, 2006, pp. 295-310.

SCHWARZENBERGER, Georg. *International Jus Cogens?* . Texas Law Review, Vol. 43 (1965) pp. 455-478.

Senado de la República (LX Legislatura). Gaceta del Senado, No. 4 (2005) miércoles 25 de mayo.

SHELTON, Dinah. *Normative Hierarchy in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 100, No. 2, 2006, pp. 291-323.

SIMMA, Bruno et. al. *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*. European Journal of International Law, Vol. 9, No. 2, 1998, pp. 266- 277.

SINCLAIR, Ian. *The Significance of the Friendly Relations Declaration* en VAUGHAN Lowe, et al. *The United Nations and the Principles of International Law*. Essays in memory of Michael Akerhurst. Routledge, United Kingdom, 1994.

STICKLER, Alfons. *El misterio de la Iglesia en el Derecho canónico* en IBÁN C, Iván. Derecho canónico y Ciencia jurídica. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1984.

TERAYA, Koji. *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond*. European Journal of International Law. Vol. 12 No. 5, 2001, pp. 917-941.

TICEHURST, Rupert. *La cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados*. Revista Internacional de la Cruz Roja (1997) No. 140, pp. 131-141.

TÖRNQUIST-CHESENIER, Marie. *NGOs and International Law*. Journal of Human Rights. Vol. 3, No. 2, 2004, pp. 253-263.

TUNKIN, Grigory. *Is General International Customary Law Only?*. European Journal of International Law. Vol. 4, No. 4 (1993) pp. 534-541.

\_\_\_\_\_. *Jus Cogens in Contemporary International Law*. Toledo Law Review, Vol. 1971 (fall-winter). pp. 115-117.

VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 34, No. 4 (1937), pp. 571-577.

\_\_\_\_\_. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. The American Journal of International Law. Vol. 60, No. 3 (1966), pp. 55-63.

VIEJO-XIMENEZ, José Miguel. *"Totus orbis, qui aliquo modo est una republica": Francisco de Vitoria, el Derecho de Gentes y la expansión atlántica castellana*. Revista de estudios históricos - jurídicos, no.26, (2004).

VILADRICH, Pedro Juan. *El Derecho Canónico* en BERNARDEZ CANTÓN, Alberto. Derecho Canónico, Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades Españolas. Universidad de Navarra. España, 1974.

WALLACE B., Garret. *State Sovereignty, Federation and Kantian Cosmopolitanism*. European Journal of International Relations. SAGE Publications and ECPR Consortium for Political Research, Vol. II (4) 2005.

WET, Erika de. *The International Constitutional Order*. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 1. No. 55, 2006. pp. 51-76.

ZOLO, Danilo. *Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas* (Traducción de Pedro Mercado Pacheco). Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Serie III, No. 33,2002, pp. 197-218.

#### **D) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

BLANQUES FRAILE, Agustín. Diccionario Latino – Español, Tomo I, 5ª ed. Sopena, Barcelona, 1975.

COUTURE, Eduardo. Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Depalma. Buenos Aires, 1976.

Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2003.

Diccionario Jurídico Mexicano (3 tomos). Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2001.

Enciclopedia Omeba tomo XXI (OPCI-PENI) Ed. Driskill, S.A. Buenos Aires, 1990.

## E) TRATADOS INTERNACIONALES

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 10 de octubre de 1945.

CONFERENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. Proyecto de Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (texto en español). CIG 1/1/07. Bruselas, 5 de octubre de 2007.

CONFERENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. Tratado por el que se establece una constitución para Europa (texto en español). CIG 87/04. Bruselas, 6 de agosto de 2004.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS en ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a enero de 2007). OAS/Ser.L/V/I.4, Rev. 12. 31.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR. Firmada en Montego Bay, Jamaica el 10 de diciembre de 1982 y en vigor desde el 16 de noviembre de 1994.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. U.N. Doc A/CONF. 129.15, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. U.N. Doc A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1o de julio de 2002 (Artículo 17)  
[[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)] con acceso el 14 de agosto de 2007.

PACTO DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES, de 28 de junio de 1919 en BRIERLY, J.L. La ley de las Naciones. Introducción al derecho internacional de la paz. Editora Nacional. México, 1950, pp. 243-260.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. NACIONES UNIDAS A/RES/2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and other Serious Violations of International Humanitarian Law, committed in the territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and other such Violations Committed in the Territory of the Neighbouring States, between January 1994 and 31 December 1994, as amended 14 august 2002, by SC Resolution 1431 en [[www.un.org/ict/statute.html](http://www.un.org/ict/statute.html)].

Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, as amended 28 February

2006, by SC Resolution 1660 en [[www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/statute-feb06-e.pdf](http://www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/statute-feb06-e.pdf)].

## F) RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Conclusiones del trabajo del grupo de estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. 58º periodo de sesiones A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en Segunda Lectura*. Comisión de Derecho Internacional. Naciones Unidas A/CN.4/L.602.Rev. 53º Periodo de Sesiones, Ginebra 23 de abril a 1o. de Junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001.

COMISIÓN INTERNACIONAL PARA LA INTERVENCIÓN Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS. Informe de la Comisión Internacional para la Intervención y la Soberanía de los Estados: La responsabilidad de proteger, 2001. [[www.iciss-ciise.gc.ca/report-en.asp](http://www.iciss-ciise.gc.ca/report-en.asp)] con acceso el 15 de agosto de 2007.

CONFERENCIA PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA. Acta Final. Helsinki, 1975. [[www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044\\_es.pdf](http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_es.pdf)] con acceso el 16 de junio de 2007.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General Comment 24 (52), General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994).

\_\_\_\_\_. General Comment 29, General Comment on States of Emergency (article 4) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) [[www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument)] con acceso el 15 de junio de 2007.

International Legal Materials. *United States: Administration Policy on Reforming Multilateral Peace Operations*. American Society of International Law, Vol. 33, No. 3, 1994.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional, 58º periodo de sesiones A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

NACIONES UNIDAS, A/CONF.151/26 (Vol. I). Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. [<http://www.un.org/documents/ga/conf151/spanish/aconf15126-1annex1s.htm>] con acceso el día 2 de agosto de 2007.

\_\_\_\_\_, AG/RES 1514 (XV) “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales”, 14 de diciembre de 1960.

\_\_\_\_\_, AG/RES 2625 (XXV) “Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones a las relaciones de amistad y a la Cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, 24 de octubre de 1970.

\_\_\_\_\_, AG/RES 3314 (XXIX). *Definition of Agresión*. 14 de diciembre de 1974.

\_\_\_\_\_, AG/RES 47/169 “*Asistencia internacional para rehabilitación y reconstrucción de Nicaragua: secuelas de guerra y de los desastres naturales*”, 7 de abril de 1993.

\_\_\_\_\_, AG/RES 55/163 “*Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo*”, 14 de diciembre de 2000.

\_\_\_\_\_, AG/RES 60/1 “*Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*”, 24 de octubre de 2005.

\_\_\_\_\_, AG/RES 46/182 “*Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas*”, 14 de noviembre de 2005.

\_\_\_\_\_, A/RES/55/23 “*Año de las Naciones Unidas del Diálogo entre Civilizaciones*”, 11 de enero de 2001 en [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/77/PDF/N0056077.pdf?OpenElement>] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

\_\_\_\_\_, S./RES/216 del 12 de noviembre de 1956; Naciones Unidas, S./RES/217 del 20 de noviembre de 1965. Ambas adoptadas por 10 votos y la abstención de Francia.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Organización Internacional del Trabajo, Constitución de la [[www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm#a1](http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm#a1)] con acceso el 19 de junio de 2007.

UNITED NATIONS, A/RES/56/6 “*Global Agenda for Dialogue among Civilizations*”, 21 de noviembre de 2001 en [<http://www.un.org/documents/ares566e.pdf>] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

\_\_\_\_\_, A/CN.4/156. Second Report on the Law of Treaties by sir Humphrey Waldock (1963).

\_\_\_\_\_, GA/9819 Press Release. *Without a vote, Assembly adopts resolution on dialogue among civilizations*, 13 de noviembre de 2000 en [[www.un.org/News/Press/docs/2000/20001113.ga9819.doc.html](http://www.un.org/News/Press/docs/2000/20001113.ga9819.doc.html)] con acceso día el 20 de agosto de 2007.

\_\_\_\_\_. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, official records. UN Doc. A/CONF.39/11 Add. 9 (1968).

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *The Ten Principles*. [[www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html](http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html)] con acceso el día 20 de agosto de 2007.

\_\_\_\_\_. *Report of the International Law Commission on the work of the second part of its 17th session*. A/6309/Rev.1.

## **G) JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL**

*Aegean Continental Shelf* (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports, 1978. p. 3.

*Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, extended composition) of 21 September 2005. Case T-306/01.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 595.

*Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p.12.

*Barcelona Traction, Light and Power, Limited* (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J., Reports 1970, p. 3.

*Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Order of 13 September 1993. Separate opinion of Judge Lauterpacht, I.C.J. Reports, 1993, p. 3.

*Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction, Judgment, I.C.J. Reports, 2006, p. 126.

*Case Concerning Right of Passage over Indian Territory* (Merits). Judgment, I.C.J. Reports, 1960. p. 6.

*Case concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianships of Infants* (Netherlands v. Sweden). Judgment. ICJ Reports 1958, p. 55.

*Case Concerning the Factory at Chorzow* (Germany v. The Polish Republic) (Claim for Indemnity) (Merits). PCIJ, Ser. A, No. 17 (1928).

*Case of Serbian and Brazilian Loans* (France and Brazil). Series A, No. 20/21, PCIJ p. 46.

*Caso Pueblo Indígena de Sarayaku*. Medidas provisionales respecto a Ecuador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005. Voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

*Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. The Polish Republic) (Merits). PCIJ, Ser. A, No. 7 (1926).

*Colombian- Peruvian Asylum Case*. I.C.J. Reports, 1950. p. 266.

*Condición jurídica y derechos de los migrantes mexicanos*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/3 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

*Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/ The Netherlands) Judgment, I.C.J. Reports, 1969, p. 3.

*Corfu Channel Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, I.C.J. Reports, 1949. p. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en el *Caso Maritza Urrutia versus Guatemala*, 27 de noviembre de 2003.

*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada – United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

*Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)* Judgment. I.C.J. Reports, p. 116, 1951.

*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*. Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports, 1998, p. 432.

*INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol.8, 1985-I.

*International Status of South West Africa*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1950, p. 15.

*Interpretation of Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (Advisory Opinion). PCIJ, Ser. B, No. 12 (1925).

*Island of Palmas Case (Netherlands v United States of America)* (1928) 2RIAA 829

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, p. 136.

*Legality of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1996, p. 226.

*Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom)*, PCIJ, Serie A. No. 2 (1924).

*Michael Domingues vs. Estados Unidos (fondo)*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 62/02. 22 de octubre de 2002 [ <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.12285.htm> ] con acceso el 14 de junio de 2007.

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 p. 14.

*Nuclear Tests (Australia v. France)*. Judgment, I.C.J. Reports 1974 p. 253.

*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports, 2003. p.161.

*Opinión Consultiva La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* OC-5/85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 1985.

ORDEN PUBLICO, LEYES DE. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta época. Tercera Sala (XXXVII) p. 1834.

*Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1T. ICTY Judgment of 10 December 1998. I.L.M. Vol. 38 (1999).

*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 9.

*R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 All ER 97.

*Reservations to the Convention on Genocide*. Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1951, p. 15.

*Status of Easter Carelia Case* (Finland v. U.S.S.R.), PCIJ, Serie B. No. 5, (1923).

*The Case of the "S.S. Lotus"* (France and Turkey), PCIJ, Ser. A, No. 10 (1927).

*The M/V Saiga* (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). International Tribunal for the Law of the Sea. 1 July 1999.

*Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975. p. 12.

*Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, Extended Composition), 21 September 2005, Case T-315/01.

## H) CURSOS Y CONFERENCIAS

AGO, Roberto. *Droit des traités á la lumière de la Convention de Vienne*. Recueil des cours, Vol. 134 (1971-III), pp. 297-331.

Entrevista a Antonio Remiro Brotons en ZCAR, Susana (Comp.). *El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal*. Puente@Europa. Año V, No. 2. Junio 2007, pp. 24- 27.

FITZMAURICE, Gerald. *General Principles of International Law*. Recueil des Cours. Vol. 92 (1957-II), pp. 1-227.

GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Recueil des Cours. Vol. 172 (1981-III). pp. 271- 316, pág. 300.

KOSKENNIEMI, Martti. *International Law: Between Constitutionalism and Fragmentation*. Public Lecture at the Australian National University. Canberra, 27 November, 2006. pág. 9 en [[http://cigj.anu.edu.au/cigj/link\\_documents/KoskenniemiPaper.pdf](http://cigj.anu.edu.au/cigj/link_documents/KoskenniemiPaper.pdf)] con acceso el día 31 de agosto de 2007.

MOSLER, Herman. *The International Society as a Legal Community*. Recueil des Cours. Vol. 140, No. 1 (1974-IV), pp. 17-47.

SIMMA, Bruno. *From Bilateralism to Community Interest*. Recueil des cours, Vol. 250 (1994- VI), pp. 217-384.

SUY, ERIC. *The concept of Jus Cogens in Public International Law*, en *Conference of International Law; Lagonissi (Greece) April 3-8, 1966, Papers and Proceedings II, The Concept of Jus Cogens in International Law*. Carnegie Endowment for International Peace (European Centre). Ginebra, 1976.

TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against their Will*. Recueil des cours. Vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374.

## I) OTRAS FUENTES

BARRENA, Guadalupe. La Doctrina de la Unidad del Derecho. Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México – Facultad de Derecho. México, 2003.

CASSIMATIS, Anthony. The Legality of Trade Measures Taken by States in Response to Human Rights Violations in other States. A Thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Queensland, Queensland, 2003.

*China vetoes renewing U.N. force in Macedonia* [<http://edition.cnn.com/WORLD/europe/9902/25/un.macedonia.china/index.htm>] del 25 de febrero de 1999, con acceso el 24 de agosto de 2007.

Coalición por la Corte Penal Internacional en [[www.iccnw.org/](http://www.iccnw.org/)] con acceso el 20 de agosto de 2007.

*Constitución Dogmática sobre la Iglesia de Cristo* (1870). Biblioteca electrónica Cristiana. Lima, 2003. [[www.multimedios.org/docs/d000443/p000013.htm#h1](http://www.multimedios.org/docs/d000443/p000013.htm#h1)], con acceso el 17 de junio de 2006.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Carta Abierta. 15 de marzo de 2006*, Ginebra Suiza, en [[www.fidh.org/IMG/pdf/disp1503eb.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/disp1503eb.pdf)] con acceso el 20 de agosto de 2007.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *La Convención ¡ya!*. 8 de febrero de 2007, Ginebra, Suiza en [[www.fidh.org/article.php3?id\\_article=4012](http://www.fidh.org/article.php3?id_article=4012)] con acceso el 20 de agosto de 2007.

International Court of Justice [<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1>] con acceso el 20 de agosto de 2007.

Organización de las Naciones Unidas. Centro de Información Pública. Sección de Organizaciones no Gubernamentales. *¿Qué es una ONG?* en [<http://www.un.org/spanish/aboutun/ONGs/brochure.htm>] con acceso el 20 de agosto de 2007.

The White House. President George W. Bush. *Iraq Denial and Deception. U.S. Secretary of State Collin Powell addresses the U.N. Security Council*. February 5, 2003 en [[www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030205-1.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030205-1.html)] con acceso el 20 de agosto de 2007.

[www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm)

[www.pict-pcti.org/about/about.html](http://www.pict-pcti.org/about/about.html)