

INTERÉS JURÍDICO RESPECTO DE REGLAS DE *IUS COGENS*

Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN*

SUMARIO: I. *El doctor Héctor Fix-Zamudio y los desarrollos del derecho procesal interamericano.* II. *Fragmentación o integración.* III. *Las nuevas ideologías inmersas en el derecho internacional.* IV. *La crisis de la justicia internacional institucionalizada y la cooperación judicial internacional.* V. *La vinculación armónica del derecho interamericano y el derecho internacional general.* VI. *La norma de ius cogens y el interés jurídico de los sujetos de derecho internacional para su tutela.* VII. *Conclusión.*

I. EL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y LOS DESARROLLOS DEL DERECHO PROCESAL INTERAMERICANO

Durante mucho tiempo, la doctrina de la tutela internacional de los derechos humanos fue una labor secundaria en las reflexiones jurídicas nacionales. Esta suerte de aislacionismo mexicano mermó la modernización de los sistemas protectores de los derechos fundamentales en México. Ha correspondido al doctor Héctor Fix-Zamudio el mérito indiscutible de extraer de sus estudios de derecho comparado, así como de sus experiencias en el derecho procesal interamericano sobre derechos humanos, las fórmulas de adaptación de los avances del derecho internacional en la materia respecto de nuestro desarrollo constitucional doméstico. Los internacionistas mexicanos queremos rendir ahora un sincero homenaje a este académico notable a quien tan gran deuda guardamos.

* Doctor en derecho; profesor por oposición de Derecho internacional, Universidad Nacional Autónoma de México.

II. FRAGMENTACIÓN O INTEGRACIÓN

Es difícil diagnosticar si el derecho internacional general se encuentra en un proceso centrífugo de fragmentación o si tan sólo se han evidenciado las deficiencias en su compleja fuerza centrípeta a la integración. En realidad ha resultado más sencillo epistemológicamente integrar el derecho internacional general en su vector histórico mediante la consolidación de la doctrina llamada del *derecho intertemporal*,¹ en lugar de extender espacialmente y de manera unívoca su existencia, de suerte a que decantase armónicamente en todo el orbe.² También se puede constatar que por alguna razón, la comunidad internacional ha estimado que los órdenes jurídicos nacionales tenderían a la homogeneización con cierta automaticidad sin importar el acervo derivado de distintas culturas y tradiciones jurídicas³ fuerte y celosamente arraigadas.⁴ Paradójicamente, valores pretendidamente universales son impracticados en ciertos confines del mundo, mientras que las instituciones jurídicas de prestigio tienden a la extrapolación y exportación. Al propio tiempo, las normas de derecho internacional general o de derecho convencional de vocación universal se

1 Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, numeral 115. En sentido contrario, *cf.* voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, numeral 9.

2 En este sentido, “The simple, but impressive design of international customary law is the result of an evolution which has extended over nearly a millenium”, en Schwarzenberger, Georg, *The Inductive Approche to International Law*, The London Institut of World Affairs, 1965, p. 104.

3 Tribunales especializados, como el Tribunal Penal para Ruanda, invocan la tradición jurídica del Estado respectivo como elemento de fragmentación del derecho “internacional” aplicable. *Cfr.* *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, International Criminal Tribunal for Rwanda, case: N.ICTR-96-4-T, decision of 2, September 1998, para. 134, 518, 527, 535 y 562,

4 En contrario: “...conviene no exagerar los contrastes entre el orden jurídico del Estado y el Derecho internacional, ya que la contraposición radical entre el modelo del Derecho interno (centralizado e institucionalizado) y el orden jurídico internacional (descentralizado y escasamente institucionalizado) tiene más de exageración y de comodidad que de verdad científica”. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, 1, vol. L, p. 21. “In this sense, general international law is a crucially important element of coherence and unity between different treaty regimes”. Joost Pauwelyn, “International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004, p. 906.

vulneran con propósitos regionales revisionistas, obteniendo resultados de poca valía.⁵

Por el momento, la discusión cíclica en torno a la fragmentación del derecho internacional se evidencia por la ausencia de un sistema judicial integrado,⁶ y anuncia reiteradamente sus proclividades.⁷ Muchos síntomas anuncian la amenaza de la escisión hasta convertirse en una preocupación en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.⁸ Las tradiciones jurídicas parecen enfrentadas, los regionalismos de integración económica parcializan en bloques a la comunidad y los acuerdos regionales de seguridad colectiva propenden a rechazar el sistema de la Carta de San Francisco, la incompreensión cultural y geopolítica entre los dos hemisferios se traduce en una crisis persistente del derecho constitucional de las Naciones Unidas; las cortes regionales y especializadas dictan justicia a la carta abandonando las líneas fundamentales de la jurisdicción estrictamente universal de la Corte Internacional de Justicia. Cualquier entidad invoca la existencia de normas fundamentalísimas o de

⁵ Cfr. Carreau, Dominique, *Droit international*, cinquième édition, París, Pedone, 1997, p. 85: “Sur le plan de la logique juridique, une telle position n’est guère acceptable: il est clair que des normes applicables à toute la communauté internationale ne peuvent être contredites au niveau régional sous peine de perdre leur universalité, et partant, leur existence en tant que telles”.

⁶ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of 2 October 1995, para. 11: “A narrow concept of jurisdiction may, perhaps, be warranted in a national context but not in international law. International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour. Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some one of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its ‘judicial character’, as shall be discussed later on. Such limitations cannot, however, be presumed and, in any case, the cannot be deduced from the concept of jurisdiction itself”.

⁷ “Otherwise, if all links are severed, the special regime becomes a legal order unto itself—a kind of legal Frankenstein...”. Abi-Saab, Georges, “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31: 919, 1999, p. 926.

⁸ Cfr. Informe del 55 período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General, 2003, suplemento núm. 10 (A/58/10).

ius cogens aun cuando sea a nivel regional o subregional. En el intercambio, la comunidad internacional sólo recibe señuelos de justicia internacional, tales como las llamadas doctrinas de la mundialización del derecho, de la jurisdicción o competencia universal, o regionalismos exacerbados bajo distintas denominaciones. No es funcionalmente concebible la acción eficaz de las instituciones del derecho internacional contemporáneo si se privilegia bajo algún título a las fórmulas del regionalismo.⁹

La formación del derecho internacional ha sido históricamente acentralizada según una visión, o bien policéntrica dependiendo de la ubicación que se haga del foco legiferante de dicho orden. Al parecer ello no crea un problema en sí mismo, salvo en la medida en que las normas así creadas carezcan de cohesión y se mantengan exclusivamente como normas regionales marginales de su reconocimiento y práctica universales, generando con ello una tensión normativa que dificulte las relaciones internacionales. La fragmentación del orden internacional es un fenómeno altamente ideologizado que se esconde en doctrinas casuistas que se distancian de varios principios del derecho internacional general.

III. LAS NUEVAS IDEOLOGÍAS INMERSAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las materias jurídicas que interesan a las hegemonías económicas y políticas del orbe se cristalizan en principios que sin ser en absoluto derecho internacional general, son exaltados reiteradamente por los voceros de dichos poderes, hasta convertirse en parte de un paquete de venta de un modelo jurídico y de un miniestadio de civilización.¹⁰ Existe la apariencia de que los Estados comparten los mismos valores en sus políticas internas e internacionales, y que al ser contestes éstas en sus principios de base, irremediablemente deben converger en los mismos estándares

⁹ En oposición la tesis ecléctica: “There is no inherent superiority in either regionalism or universalism”. Scheurer, Christoph, “Regionalism v. Universalism”, *European Journal of International Law*, vol. 6, núm. 3, 1995, p. 22.

¹⁰ “...lorsqu’on considère non plus le droit en général, mais l’organisation des relations économiques internationales, la création d’un ensemble de normes juridiques par-delà les frontières paraît devoir davantage à l’action des opérateurs du commerce international qu’à celle des Etats”. Barrière-Brouse, Isabelle, “La création normative des Etats”, *La mondialisation du droit*, Litec, Université de Bourgogne, vol. 19, 2000, p. 133.

internacionales y tener por reflejo en lo interno, legislaciones muy similares, si no es que idénticas, e incluso trasplantadas de algún Estado líder. Esta doctrina, llamada de la *mundialización del derecho*, tiene como sustrato la creencia de que la humanidad ha llegado a una fase de civilización tal que resulta incomprensible y reprobable que algún Estado, cualquiera que sea su latitud, grado de desarrollo, perfil cultural o encrucijada geopolítica, sea refractario a la adopción de legislaciones fundamentalmente comerciales y de inversiones, normalización, propiedad intelectual (y contingentemente electorales, de derechos humanos o de cooperación judicial), que ya hayan sido testadas por las principales potencias occidentales. La más de la veces, las normas así difundidas ni siquiera se encuentran consolidadas como reglas de derecho consuetudinario internacional ya sea regional en Europa o en los Estados de América del norte, cuando tales reglas ya son objeto de requerimientos de su implantación por los Estados de dichas regiones. Por su lado, los Estados en vías de desarrollo se adhieren casi con inmediatez a tales propuestas legislativas, por diversas razones: unos, por la promesa implícita de que tales ordenamientos a la moda les permitirán acceder al libre comercio, a las grandes inversiones extranjeras o a la integración económica en sus diversos alcances; otros, por la adquisición de un prestigio rápido en las relaciones internacionales, consecuencia de una membresía derivada de un tratado o de la promulgación de una ley conforme a un modelo. Bajo cualesquiera de las anteriores circunstancias, los derechos humanos son sólo un referente negociador que si bien puede servir para diferir o complicar un tratado, jamás para impedirlo.¹¹ En ocasiones el grado de desarrollo económico de un Estado o su capacidad comercial desmienten las pretensiones diplomáticas comerciales de éstos, haciendo inoperantes los acuerdos que suscriben en la materia, y entonces la trampa se surte tanto para los nacionales del Estado inversor como para el Estado receptor, cuando la realidad revela la imposibilidad de ejecutar un acuerdo que rebase a las condiciones materiales de las naciones en crecimiento.

Los Estados se ponen de acuerdo relativamente sobre los convenios marco de liberalización comercial tales como el Acta de Marrakech,¹² que consagra a nivel multilateral a la añeja Ronda de Uruguay e instituye

¹¹ Tal fue el caso de la llamada cláusula democrática en el Tratado de concertación política entre México y la Unión Europea. *Cfr. Diario Oficial de la Federación* del 26 de junio de 2000.

¹² Marruecos, 15 de abril de 1994.

a la Organización Mundial de Comercio. Lo mismo podría decirse respecto de la Conferencia sobre el Derecho del Mar (Montego Bay);¹³ empero, de manera sospechosa se constata que en tratándose de derechos más urgentes, de naturaleza fundamental, que incumben a los individuos como tales, no existe el mismo entusiasmo diplomático para el establecimiento de una Corte Universal de Derechos Humanos, ni siquiera existe un documento de tal naturaleza a nivel de trabajos preparatorios o de propuesta plenaria en la Asamblea General. Nadie se atreve a abrir la Carta de las Naciones Unidas para incorporar a la Corte Penal Internacional como un órgano principal adicional del sistema.

La doctrina de la mundialización del derecho ha dejado una imagen equívoca de las realidades jurídicas del orbe, haciendo creer al observador superficial, que los ordenamientos legales emergentes constituyen verdaderos principios generales del derecho, *i. e.*, fundamentos de un pretendido derecho consuetudinario internacional, de donde los Estados más desarrollados aducen títulos jurídicos internacionales para, de propio impulso, servirse de falaces normas internacionales y así ejercitar reclamos y realizar intervencionismos en los ámbitos comerciales y de inversiones. El tema de la tutela de los derechos humanos desarrollará en buena medida tales criterios.

No obstante que la doctrina de la mundialización del derecho está implicada principalmente con el derecho administrativo comercial y de inversiones, e hipócritamente con los derechos humanos, la referida doctrina da el pretexto a algunos Estados desarrollados y económicamente influyentes, para abandonar las obligaciones emanadas del derecho convencional internacional o del derecho consuetudinario internacional, y así emotivamente crear una *justicia a la carta* sin derecho sustantivo internacional, pero con un derecho adjetivo instantáneo, impredecible e implacable, que cuando se siente en necesidad de justificar su etiología se limita a traspolar lugares comunes derivados de una axiología hechiza, no reconocida y jamás practicada.

¹³ *Cfr.* "Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provisions of the Convention of the Law of the Sea", *American Journal of International Law*, vol. 88, núm. 4, October, 1994: "The Entry into Force of the Convention on the Law of the Sea: A Redistribution of Competences between States and International Organisations in Relation to the Management of the International Commons?", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, Verlag W. Kohlhammer, January 26-28, 55/2, 1995.

La doctrina de la jurisdicción universal es la versión judicial de la llamada globalización económica, y abreva en ocasiones en la entelequia de la mundialización del derecho para hacer aparecer un reclamo judicial concreto, en una norma de consagración universal irrefutable. Contra lo que la buena voluntad quisiera, la jurisdicción universal conlleva a un retroceso hacia el primitivismo del derecho internacional de la autotutela, en donde los Estados sólo conocen como límite a sus impulsos, sus propias decisiones.¹⁴ Los Estados se sirven de sus Constituciones nacionales para autohabilitarse internacionalmente. La Constitución de cada Estado se vuelve el punto de validez de todos los otros órdenes jurídicos internos y del derecho internacional. Los Estados devienen entonces en proclives a hegemonizar judicialmente las relaciones internacionales de acuerdo con sus ámbitos de influencia.

IV. LA CRISIS DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL INSTITUCIONALIZADA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La política de los Estados occidentales respecto de la justicia internacional tiene su propia paradoja: las grandes potencias han podido instituir con holgura moral y jurídica tribunales especializados para Ruanda y la ex Yugoslavia (ninguno para Kosovo, Afganistán o Irak II, en donde los aliados occidentales sí han metido las manos y pueden ser responsabilizados), siempre protegidos por el privilegio del veto en el seno del Consejo de Seguridad, pero cuando tal privilegio no existe, y la jurisdicción internacional (ahora sí universal) proviene de un hecho más democrático, como es el caso de un instrumento multilateral tal como el Estatuto de Roma, la sed internacional de justicia desaparece entre las grandes potencias, e incluso se sirven de su fuerza diplomática y política para frenar la acción de la Corte Penal Internacional respecto de sus propios nacionales.¹⁵ Se crea así un régimen consolidado de justicia internacional *intuito*

¹⁴ Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, "La doctrina de la jurisdicción o competencia universal y el principio del unilateralismo en materia de derecho humanitario internacional", *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 661-677.

¹⁵ Por lo que toca a la declaración de inmunidad respecto de la Corte Penal Internacional de los contingentes participantes en las operaciones para el mantenimiento de la paz, cfr. resoluciones del Consejo de Seguridad 1422, 12 de julio de 2002 y 1487, 12 de junio de 2003. Cfr. Heselhaus, Sebastian, "Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates

stato, y los jueces nacionales e internacionales constatan con asombro la ampliación o disminución de sus facultades punitivas según la identidad del criminal y su posición en las relaciones internacionales. Los Estados transmutan a voluntad sus ordenamientos constitucionales en habilitaciones jurídicas internacionales. Reglas constitucionales y secundarias de hechura doméstica, de adopción parlamentaria nacional, de exégesis judicial ordinaria interna, de manera intempestiva e inusitada encuentran alcance de normas internacionales sin el consenso de los demás miembros de la comunidad internacional, quienes además deben tolerar sus efectos. Cuando tal inordinación sobreviene, las propias potencias actuantes deben aceptar la dislocación de sus competencias constitucionales para que sus jueces de iniciativa humanitaria inventen sus espacios de competencia y las hipótesis jurídicas que les permitan aceptar unos casos y discriminar otros, con algún tipo de coherencia. El caos hermenéutico jurisdiccional (tan sólo en lo interno) es total: los jueces constitucionales interpretan normas de *ius cogens* (reales o imaginarias), y los jueces de legalidad adquieren vocación constitucional e incluso aplican liberalmente normas de derecho consuetudinario internacional.

El Tercer Mundo y los países no alineados tienen también su cuota de responsabilidad en la decadencia de la justicia internacional institucionalizada. Tanto doctrinaria como diplomáticamente existe la debilidad para creer ciegamente en las políticas punitivas foráneas disfrazadas de epistemología procesal. La ingenuidad hace presa de los Estados subdesarrollados que en ocasiones desoyen las voces de sus mejores juristas y aceptan gustosos el injerencismo judicial, respaldado por sus opiniones públicas ignorantes, desconocedoras de tecnicismos, que ven en el iluminismo judicial extranjero la solución de problemas sempiternamente atascados.

La ingenuidad de las concepciones de los ciudadanos del Tercer Mundo respecto de los políticos de Occidente lleva a una pérdida de la coherencia posicional de aquéllos. Por razones que se explican sólo por la dependencia ideológica y por la insuficiencia educativa, los académicos y los negociadores de los países en desarrollo dan por buena la doble moral de las potencias occidentales, las cuales por un lado son generosas y hasta paternalistas en la búsqueda de la persecución y castigo de los criminales internacionales (casi siempre de países no alineados), Estados aqué-

llos que devienen en severos e intolerantes cuando se trata verbigracia de la protección de sus propios derechos de patentes o de subsidios en los procesos de producción agrícola, no obstante que la comercialización de fármacos genéricos o una economía rural no subvencionada garantizarían verdaderamente la salud o la alimentación de millones de seres humanos del sur geopolítico, quienes sí podrían así tener un goce efectivo de tales derechos fundamentalísimos.

Por último, los grandes Estados líderes de la comunidad internacional tienen contradicciones lógicas y políticas irreductibles. En Kosovo como en Irak II se constató que si bien es cierto que en el discurso político europeo existe un reclamo por la punición de los grandes criminales internacionales, en la práctica prefieren no asumir el costo de imagen, jurídico y bélico que trae aparejado, dejando que potencias extrarregionales hagan el trabajo sucio (en violación indubitable de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional general), fabricando de esta manera un ascendiente político en diversas regiones del planeta.

Resulta indudable que la instauración de la Corte Penal Internacional constituye el mecanismo apropiado para unificar la acción del derecho penal universal, arrebatándoselo a los voluntarismos nacionales, a los casuismos del Consejo de Seguridad o a los impulsos diplomáticos de los Estados que resuelven por la vía de sus propias puniciones la justicia universal. Sin embargo, la creación de una misma Corte Penal Internacional de suyo multilateral crea proyectos de funcionalidad completamente distintos en las diferentes latitudes geográficas. Mientras los países del Tercer Mundo ven en la CPI una instancia adicional y de prestigio ante la insuficiencia de sus sistemas judiciales nacionales, como una permanente apelación rectificadora, las grandes potencias de Occidente, por su parte, tienen la expectativa de encontrar en ella un mecanismo supranacional para juzgar a los delincuentes que de ordinario escaparían a sus jurisdicciones en razón de las competencias domésticas. También surgen otros temores importados de los resultados provenientes de otras áreas del derecho internacional general, en particular del económico, en donde el entusiasmo inicial decreció rápidamente hasta convertirse en arrepentimiento. En concreto, la doctrina, ahora escéptica, estima que la globalización rápida y casi irracional que hemos sufrido en materia comercial puede dar resultados todavía más lamentables en materia de derecho penal internacional.

V. LA VINCULACIÓN ARMÓNICA DEL DERECHO INTERAMERICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

El panamericanismo expresado en el llamado derecho interamericano es un sistema que siempre se ha buscado diferenciar del derecho internacional general.¹⁶ Se trata de un esfuerzo intelectual y diplomático que ha conocido sus principales manifestaciones a lo largo del siglo veinte. Asimismo, a nivel jurisprudencial el sistema interamericano ha tenido éxitos jurídicamente muy relevantes en posiciones aparentemente irreductibles; así, verbigracia, tanto México y los Estados Unidos lograron ponerse de acuerdo sobre la validez de la cláusula Calvo, antes de aceptar la tesis opositora de la Corte Permanente de Justicia Internacional.¹⁷

El periodo de entreguerras anunciaba la pontificación de los dos mundos entonces existentes con dos órdenes jurídicos apenas comunicantes. El régimen fundamentalmente europeo representado por el Tratado de Versalles nunca fue completamente conteste con el sistema interamericano, que a su vez desconfiaba de aquél. Para los internacionalistas coetáneos a este fenómeno, no les resultaba evidente que los principios de de-

¹⁶ Ya para 1959, Manuel J. Sierra negaba la existencia de un derecho internacional americano. *Cfr. Derecho internacional público*, 3a. ed., 1959, p. 68. *Cfr.* Moreno Pino, Ismael, *Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 105. La actitud más marcada queda representada por la pronunciada por el jurista Alexandre Alvarez: “Beaucoup de situations internationales fréquentes en Europe, ne se présentent pas sur le continent américain. Enfin, les États de l’Amérique ont, sur certaines matières, des doctrines et des pratiques différentes des pays de l’Europe”, *Le droit international américain*, A. Pedone, 1909, p. 19. El profesor César Sepúlveda subrayaba el carácter “peculiar” del sistema, *El sistema interamericano. Génesis, integración, decadencia*, México, Porrúa, 1974, p. 15.

¹⁷ “9. The commission does not hesitate to declare that there exists no international rule prohibiting the sovereign right of a nation to protect its citizens abroad from being subject to any limitation whatsoever under any circumstances. The right of protection has been limited by treaties between nations in provisions related to the Calvo clause. While it is true that Latin-American countries—which are important members of the family of nations and which have played for many years an important and honorable part in the development of international law—are parties to most of these treaties, still such countries as France, Germany, Great Britain, Sweden, Norway, and Belgium, and in one case at least even the United States of America (Treaty between the United States and Peru dated September 6, 1870... have been parties to treaties containing such provisions”. North American Dredging Company of Texas (United States of America v. United Mexican States), March 31, 1926, Decisions of Claims Commissions, Reports of International Arbitral Awards, United Nations The Netherlands 1952, vol. IV, pp. 28 y 29.

recho internacional desarrollados en otras latitudes, necesariamente se convalidaran a plenitud en el continente americano. Más tarde en la Conferencia de San Francisco, la delegación de Cuba presentó el proyecto (nada deletable) por el cual la propia Corte podría conocer mediante salas regionales, esto es, la entonces ya existente con sede en La Haya y otra que sesionaría en La Habana.¹⁸ La existencia de sólo estas dos salas es la muestra de lo reducido que era el mundo del derecho internacional de posguerra. El proyecto pretendía fundamentalmente dar un impulso renovado al desarrollo del derecho interamericano, de suerte que las instancias universales no lo mermaran ante su desconocimiento.¹⁹

Es de reconocerse que las disfunciones entre el sistema interamericano y el sistema universal se han mostrado en ocasiones con verdadera profundidad; entre ellas podemos mencionar los exagerados efectos de la llamada “proclama Truman”,²⁰ o las desafortunadas extrapolaciones de la doctri-

¹⁸ De acuerdo con el Proyecto Sánchez de Bustamante, la sala de La Habana conocería de las controversias que surgieran de manera exclusiva entre Estados del continente americano, en la inteligencia de que si uno de éstos contendiera con un Estado ajeno a la región, una sala especial debería constituirse para conocer de tal diferendo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del mencionado Proyecto. The United Nations Conference on International Organization, Doc 2 G/14 (g) (2), 7 de mayo de 1945, p. 2.

¹⁹ Es interesante advertir que entre los más importantes usuarios de la jurisdicción internacional se encuentra la subregión de la América central. Un repaso que se haga de los casos llevados por los Estados centroamericanos ante la Corte nos permitirá confirmar esta impresión: *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: ICJ, Reports 1955; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, ICJ, Reports 1986; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J, Reports 1988; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras:Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, ICJ, Reports 1992.

²⁰ La doctrina jurídica recibió con gran entusiasmo la elaboración de las cuatro convenciones derivadas de la Conferencia de 1958. *Cfr.* Gómez-Robledo, Antonio, “La Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1958, p. 7. Es importante destacar que el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre Delimitación de Plataforma Continental de 1958 tiene una lógica, que fue incomprendida por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En efecto, los criterios de delimitación ahí contenidos son completamente conformes con los principios y necesidades de delimitación del derecho interamericano, mismos que son acordes con la proclama Truman. La configuración particular del continente americano, que es el único en el planeta que corre de polo a polo y en donde la configuración política es la de Estados gigantescos con fachadas marítimas orientadas en la misma dirección siempre hacia el mar abierto, hace comprensible tanto la mencionada proclama como el referido artículo 6, pues en nuestro

na *uti possidetis* por la Corte Internacional de Justicia en su funcionamiento en salas.²¹ Por otro lado, uno de los triunfos jurisprudenciales del universalismo se encuentra en materia de arreglo pacífico de las controversias, en donde los Estados pueden evitar los mecanismos regionales en beneficio de los universales.²²

El regionalismo es por lógica fragmentario y limita la eficacia del derecho internacional general. La costumbre local no tiene por qué atentar contra la unidad del derecho internacional, mientras la regla regional no atente contra los principios del derecho internacional general, analizado esto caso por caso;²³ empero, por definición la norma regional no puede ser válida más allá de su confín territorial.²⁴ En ocasiones pareciera que el diagnóstico correcto es que el regionalismo y la especialización son los únicos mecanismos para hacer funcionar el derecho internacional. De esta suerte, resulta que fácticamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo funciona para la América Latina. A su vez, en materia comercial regional, la fragmentación también se hace presen-

continente la idea de Estados que se hicieran frente es prácticamente ajena a la estructura geomorfológica y política del continente. En último de los rigores, la pretensión de la Corte de aplicar un principio del derecho interamericano a la delimitación de los espacios marítimos en el Mar del Norte fue un acto extralógico de efectos evidentemente nocivos para la jurisprudencia ulterior en la materia.

²¹ *Cfr.* Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras:Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ. Reports 1992, p. 558, núm. 333. *Cfr.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Jurisdicciones declarativas, de atribución, punición y reparación en los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos y del derecho humanitario”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos-Unión Europea, 1998, vol. II.

²² *Cfr.* Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ. Reports 1988, p. 100.

²³ En sentido similar, la posición del profesor G. Cohen-Jonathan, “La coutume local”, p. 140 “D’autres coutumes locales ont un objet très particulier (comme par exemple tel ou tel statut territorial) et sont par nature destinées à en lier que les États spécialement intéressés. Elles en portent atteinte à l’unité du Droit International, dont d’ailleurs certaines règles ont une plasticité et une imprécision telles que la coutume locale reste le seul moyen pur ajuster les rapports de droit aux exigences sociales particulières”.

²⁴ “Le droit international coutumier peut également se développer dans le cadre d’un droit particulier, par exemple d’un droit régional, et ne se rapporter ainsi qu’à une partie de la communauté internationale. En tout cas, ces règles ne valent pas pour les États qui se trouvent hors de ce domaine de validité”. Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l’Université, Georg & Cie, 1953, t. I, p. 50.

te,²⁵ y se entrevera con las tradiciones jurídicas locales.²⁶ El regionalismo y la especialización cobran su parte: casi nadie acude ante la Corte Penal Internacional por su trampa contenida en el artículo 16 del Estatuto de Roma, y muy pocos ante el Tribunal Internacional del Mar, aparentemente por un fenómeno de desconfianza pretoriana. Las instancias punitivas especializadas y los tribunales de reparación en materia de derechos humanos se han vuelto bajo el síndrome de Nuremberg, cortes de alta predecibilidad resolutive.

VI. LA NORMA DE *IUS COGENS* Y EL INTERÉS JURÍDICO DE LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL PARA SU TUTELA

El estudio integral de la doctrina del *ius cogens* no puede ser enclausurado en un capítulo de un texto de derecho de los tratados, pues por definición tal norma rebasa a dicho tema, ya que esa regla, cuando existe, irradia al derecho internacional en su conjunto, afectando a todas sus normas, cualesquiera que pudieran ser sus orígenes.

En la actualidad, invocar reiteradamente a la norma de *ius cogens* académica y jurisprudencialmente es un ejercicio heurístico que pretende

²⁵ En este sentido, el artículo 103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte define con superioridad su relación con otros tratados internacionales: “1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y otros acuerdos de los que sean parte. 2. En caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el presente Tratado, éste prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa”.

²⁶ En el marco del TLCAN, México ha sufrido los reveses resultantes de una trasposición un tanto irracional de los métodos de solución de controversias en materia comercial del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, que es su antecedente inmediato. Con la entrada en vigor del TLCAN dos tradiciones jurídicas se enfrentaron creando un fenómeno jurídico singular, esto es, que en virtud de que los órganos dirimientes (paneles) son instancias de reenvío al derecho interno de los Estados demandados, un efecto reflejo impone a los mencionados paneles la obligación de resolver la controversia incorporando no sólo las legislaciones comerciales que cada uno de los Estados signatarios del TLCAN se obligó a expedir, sino además todo el bagaje hermenéutico (constitucional y administrativo) que rodea a tales legislaciones, creándose de esta manera un extraño sistema de aplicación de derecho complejo por parte de juzgadores diletantes. Sobre la relación entre el derecho aplicable por los paneles y las distintas tradiciones jurídicas véase del profesor Pérez de Acha, Luis Manuel, “Binational Panels: A conflict of Idyosincrasies”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Southwestern School of Law, vol. III, núm. 2.

hallar dicha norma fundamental como consecuencia de su pronunciación.²⁷ La confusión de normas de *ius cogens* con principios éticos puede estar en la base de dicha proclividad. Los impulsos conductuales de los individuos no pueden confundirse con la existencia de una norma jurídica que es por necesidad objetiva y externa, que además en el caso específico del *ius cogens* es por definición una norma suprema.

Por otro lado, los principios morales dan contenido a las normas de *ius cogens* cuando los Estados con su conducta real confirman su apego a una convicción jurídica, a través de una metodología necesariamente más estricta que aquella que sólo demuestra la existencia de la norma consuetudinaria simple. No se debe confundir a la norma de *ius cogens* con la existencia de un principio ético trascendente, con la consolidación de un criterio moral importante,²⁸ con una emoción noble que exprese las aspiraciones sociales, o con una definición de *lex lata*, pues en todos estos casos el carácter imperativo, *i. e.*, coactivo de la norma jurídica, se encuentra ausente. En el caso de la norma de *ius cogens*, su estructura jurídica permanece incólume, perfeccionada por su fuerza coactiva y su remedio judicial. Para que la norma de *ius cogens* pueda servir como estrella polar de la validez del derecho internacional general, las anteriores consideraciones no deben ser omitidas.

El *ius cogens* puede ser un espacio propicio para la expresión de lugares comunes sobre derecho internacional, y una herramienta solícita para dislocar a voluntad las complejas relaciones entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional. La fuerza semántica positiva adquirida por la expresión *ius cogens* invita en ocasiones a doctos y legos del derecho internacional a enfatizar emotivamente sus discursos con la pronunciación de dicha fórmula. La tendencia a denominar *ius cogens* a cualquier cosa, lejos de alimentar la jerarquía de las instituciones así calificadas, sólo sirve para desgastar las palabras y dejarnos en busca

²⁷ “The fundamental distinction between *lex lata* and *lex ferenda* will be blurred, since the ‘law desired’ by certain states will immediately become the ‘law established’ for all, including the others”. Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 77, num. 3, 1983, p. 443.

²⁸ “It is a Court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered”. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second phase*, Judgment, ICJ, Reports 1966, p. 34.

de un nuevo concepto que sustantive al ideal jurídico de la norma fundamental reconocida por la comunidad internacional en su conjunto.

El derecho internacional general del siglo veinte hasta nuestros días ha buscado como expresión de su mayor evolución en toda la historia la definición, identificación y tutela de normas imperativas reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admitan refracción práctica ni acuerdo en contrario alguno. Es el caso de las llamadas normas perentorias de *ius cogens*. Desde el enunciado de la existencia de los tratados *contra bonos mores*, en el periodo de entre guerras,²⁹ en la Carta de las Naciones Unidas,³⁰ hasta los esfuerzos tendientes a la codificación del derecho de los tratados con miras a la elaboración de la Convención de Viena de 1969, la teoría de la norma de *ius cogens* buscó consolidarse en un precepto que le diera un alcance técnicamente específico. De esta suerte, no se consideró a la regla de *ius cogens* como sólidamente reconocida en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional,³¹ e incluso se dudó sobre su existencia misma.³² En rigor, la teoría de una nor-

²⁹ “We must, so to speak, try to find the ethical minimum recognized by all the states of the international community, and must leave aside those particular tasks of the state represented only by particular regimes”. Verdross, Alfred von, “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 31, num. 4, October 1937, p. 574.

³⁰ Para una diferenciación entre las normas de *ius cogens* y los preceptos de la Carta veáse Gómez-Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982, p. 185.

³¹ *Cfr.* Schwelb, Egon, “Some aspects of International *ius cogens* as formulated by the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, vol. 61, núm. 4, 1967, p. 972.

³² “El enunciado del artículo no está exento de dificultades, ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*. Además, la mayoría de las normas generales de derecho internacional no tienen ese carácter y los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados. Así pues, sería ir demasiado lejos especificar que un tratado es nulo si sus disposiciones son contrarias a una norma de derecho internacional general. Tampoco sería correcto decir que una disposición de un tratado tiene carácter de *ius cogens* únicamente porque las partes hayan estipulado excluir toda excepción a dicha disposición, de suerte que cualquier otro tratado incompatible con esa disposición sería nulo. Tal estipulación puede insertarse en cualquier tratado acerca de cualquier objeto y por cualesquiera razones que las partes consideren pertinentes. La celebración por una parte de un tratado ulterior que se aparte de esta estipulación puede, naturalmente, entrañar su responsabilidad por violación del tratado anterior. Pero el mero incumplimiento de la estipulación no hace nulo el tratado. A juicio de la Comisión no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da carácter de *ius cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto”. Infor-

ma fundamentalísima del derecho de gentes remonta al derecho natural, y además enuncia que un tratado puede extinguirse por la superveniencia de una norma de *ius cogens*,³³ de acuerdo a una doctrina recogida por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 64.³⁴ El abuso de la invocación de la norma de *ius cogens* somete al tratado internacional a un riesgo de incumplimiento permanente.³⁵

La protección de los principios humanitarios es una labor que ciertamente incumbe a la comunidad internacional en su conjunto, y el interés jurídico para reclamar su remedio judicial es una habilitación *erga omnes*, tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional,³⁶ con

mes de la Comisión de Derecho Internacional (sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17 y 18 período de sesiones, 2 a 28 de enero de 1966 y 4 de mayo a 19 de julio de 1966), Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, suplemento número 9 (A/6309/Rev.1), pp. 80 y 81.

³³ “Je me borne à souligner qu’on se trouve en présence de l’un de ces cas dans lesquels la Conférence de Vienne a adopté des règles n’ayant aucun fondement dans la pratique des États et dans la jurisprudence internationale: elle a donc contribué au développement du droit international, mais je en crois pas que l’on puisse parler de codification au sens strict du terme”. Capotorti, Francesco, “L’extinction et la suspension des traités”, *Recueil des cours*, Académie de droit international, tome 134, 1971/ III, A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 521. “... one may have to deal with an order or juristic act which, though regular on the face of it, is rendered illegal by a factor extraneous to the procedural regularity of its creation. For example, a treaty which offends against a rule of *jus cogens*, though complying fully with all the requirements of procedural regularity in its creation, can still be null and void owing to a factor lying outside those formalities”. *Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment*, ICJ, Reports 1991, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 155.

³⁴ “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”.

³⁵ “Elle ouvre la voie au retour offensif du droit naturel avec son subjectivisme et incite à la proclamation unilatérale de la nullité des traités librement conclus pour cause incontrôlable de violation d’une hypothétique norme impérative”. Nguyen, Quoch Dinh, *Droit international public*, París, 1994, p. 205.

³⁶ “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and

restricciones de carácter convencional,³⁷ imponiéndose con efectos absolutos también sobre contratos internacionalizados,³⁸ así como sobre las leyes y reglamentos nacionales.³⁹ También es cierto que el *ius cogens* como argumento, norma emergente o como supernorma relativiza la aplicación del derecho internacional general, sometiéndolo a una calificación de última hora, en donde un buen negociado precedente convierte en desecho *ipso facto*, al derecho convencional regularmente elaborado.⁴⁰

Así, verbigracia, que los derechos humanos sean normas de *ius cogens* se encuentra todavía bajo la grave limitante de que en rigor todo lo que concierne a derechos humanos no rebasa el carácter convencional. Para dicha rama del derecho internacional, la proclividad doctrinaria y discursiva es a la de saltar con liberalidad hacia el derecho intencional consuetudinario, cuando se decubre con decepción y ansiedad que las reglas convencionales internacionales en materia de derechos humanos son más

Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ, Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character". Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ, Reports 1970, p. 32; East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ, Reports 1995, p. 102.

³⁷ "91. With regard more particularly to human rights, to which reference has already been made in paragraph 34 of this Judgment, it should be noted that these also include protection against denial of justice. However, on the universal level, the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such rights irrespective of their nationality". Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ, Reports 1970, p. 47.

³⁸ "A supposer que cette notion doive être étendue aux accords conclus entre Etats et entreprises privées étrangères, ce qui semble admissible, il n'en demeure pas moins qu'elle en devrait pas s'appliquer à tout traité ou contrat dès l'instant qu'il porte sur l'exploitation des ressources naturelles et qu'il convient, dans chaque d'espèce, de vérifier si l'acte considéré emporte effectivement aliénation de la souveraineté de l'Etat sur ces ressources". Texaco Caliasitic c. Libye num. 78, Extrait du *Journal du droit international*, 1977, pp. 373 y 374.

³⁹ "The treaty covers every law and every provision of a law which impairs, which interferes with, the operation of the treaty". "Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment of November 28th, 1958: ICJ, Reports 1958, Separate Opinion of Judge Hersch Lauterpacht.

⁴⁰ "Du point de vue d'une théorie générale du droit, la fonction de ces normes impératives consiste à restreindre l'étendue du concept pactum dans la règle pacta sunt servanda. En d'autres termes, les normes impératives précisent quels sont les accords qui n'ont pas le caractère de pactum". Barberis, Julio A., "La liberté de traiter des Etats et le *ius cogens*", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Verlag W. Kohlhammer, 30/1, 1970, p. 43.

bien exiguas, y que se percibe en la preconciencia que tampoco la práctica de los Estados ni la *opinio juris* en la materia suministrarán los elementos para integrar un derecho internacional de los derechos humanos puramente consuetudinario.⁴¹ Una *lex ferenda* buscada entre la poesía y la norma, un apuntamiento ético que soslaya lo imperativo de lo jurídico y que invoca una fase superior de humanitarismo universal, no respaldado por tratado alguno ni tampoco por los episodios ni la práctica de la historia del hombre tan sólo desde la Segunda Guerra Mundial, ensamblan normas de *ius cogens*, descartan a voluntad tratados que incidan en derechos humanos, y reclaman la nulidad de cierto tipo de reservas a tratados en esta materia, ignorándose más de una de las reglas y principios del derecho de los tratados, de la responsabilidad internacional, o de la doctrina del arreglo pacífico de las controversias internacionales.

La gran tarea aún es establecer una metodología epistemológicamente sólida y la definición competencial de la instancia jurisdiccional que puede reconocerla y decretarla, dado el carácter inmanentemente universal de la regla, bajo un esfuerzo de coherencia en la identificación material de cada principio fundamental así identificado.⁴² No es posible pensar en la existencia de normas de *ius cogens* puramente regionales, pues la existencia de las diversas de carácter universal adquirirían ineluctablemente la superioridad que les dotaría de fuerza general.⁴³ El carácter universal es inherente al concepto de *ius cogens*.⁴⁴

⁴¹ Quizá la subsistencia, promoción y funcionamiento de los medios de transporte, comunicación e información sea una norma emergente de *ius cogens*, y con ello quedarían impregnadas todas las convenciones multilaterales de la aviación civil internacional y las relativas a la proscripción universal del terrorismo aéreo.

⁴² “La fallacieuse unité sous la bannière des valeurs fondamentales doit être abandonnée, comme doivent l’être les analogies hâtives et irréflechies d’une branche du droit international B l’autre - des traités aux contremesures, des contremesures aux droits de l’homme, des droits de l’homme B certains aspects du droit de l’environnement”. Kolb, Robert, *Théorie du ius cogens international*, París Presses Universitaires de France, 2001, pp. 375 y 376.

⁴³ Ideas similares son expresadas por el profesor Gennady M. Danilenko: “As ‘higher law’ *jus cogens* clearly requires the application of higher standards for the ascertainment of the existence of community consensus as regards both the content and the peremptory character of the relevant rules”. “International *jus cogens*: Issues of Law-Making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, núm.V, 1991.

⁴⁴ Es imposible negar la existencia de toda la vena positivista sobre la materia; sin embargo, sería prolijo enunciarla en un tratado de esta naturaleza: “This does not mean, however, that peremptory norms cannot emerge in regional international law”. Haopei,

Dado su carácter principal y universal, compete de manera privilegiada a la Corte Internacional de Justicia evaluar la consolidación de reglas con la estatura de *ius cogens*, tarea en la cual es de reconocerse que la Corte de La Haya ha sido exageradamente cuidadosa en su pronunciación, llegando sus temores a la coyuntura de preferir sólo parafrasear técnicamente la definición de la regla, cuando cree estar en su presencia.⁴⁵

Li, "Jus cogens and international law", *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, London, Routledge, 2001, p. 514. Dado el carácter policéntrico del derecho internacional general, la Comisión de Derecho Internacional, en sus trabajos sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho Internacional. En dicha relatoria se ha señalado la preocupación por abordar el aspecto específico de la "Jerarquía normativa en derecho internacional: *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas", Informe del 55 período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2003, Asamblea General, suplemento núm. 10 (A/58/10), p. 228. *Cfr.* Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, 31 March 2004, ICJ, Reports 2004, para. 124. La Corte Internacional de Justicia prefirió evitar pronunciarse respecto del dictado previo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el sentido de que la notificación consular era un derecho humano en sí mismo, incluso con categoría de norma de *ius cogens*. *Cfr.* Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, numeral 101 de los considerandos y 4 de los resolutivos. "...the Hague Court in the LaGrand case refused to decide the question whether the right of foreign nationals to information about consular notification had assumed the features of a human right in the context of the right to life, thus escaping the necessity of taking a critical stand *vis-à-vis* an advisory opinion of the Inter-American Court of Human Rights to that effect. It took the insistence of Mexico in the Avena case, shortly following LaGrand, to force the International Court of Justice to unambiguously reply in the negative". Simma, Bruno, "Fragmentation in a Positive Light", *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004, p. 846. Esta tendencia de la Corte Interamericana se ha acentuado de manera posterior: al conceder la categoría de norma de *ius cogens* al derecho al acceso a la justicia. "...El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes*...". Corte I.D.H., Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, núm. 153, numeral 131. *Cfr.* voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, p. 22, numeral 64. *Cfr.* Corte I.D.H., Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, serie C, núm. 154, p. 7, numeral 22. Por otro lado, los ejemplos conocidos de normas de *ius cogens* regionales, tales como niveles especiales de exigencia de derechos humanos en Europa occidental, o el internacionalismo proletario en la Europa oriental, no parecen resultar convincentes. *Cfr.* Nguyen, Quoch Dinh, *Droit international public*, París, 1994, p. 203.

⁴⁵ *Cfr.* United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment, I.C.J., Reports 1980, p. 42. En contrario, *cfr.* Dissenting opinion of Judge Morozov, p. 54.

La competencia de la Corte Internacional de Justicia (que es por naturaleza convencional) no se surte por una mera invocación a una regla de *ius cogens* (prueba de Timor).⁴⁶

Es difícil señalar si algunas convenciones por efecto del derecho intertemporal o de la fuerza de un nuevo orden público internacional devienen inaplicables por inoperantes, redundantes o técnicamente inaplicables. Éste podría ser el caso, verbigracia, de la III Convención de La Haya relativa a la ruptura de hostilidades,⁴⁷ la cual en su artículo 1 señalaba las condiciones de declaración de guerra.⁴⁸ Es evidente que en el derecho internacional contemporáneo la guerra está proscrita, por lo cual cualquier declaración de esta índole resultaría ilícita; también es obvio que el único que puede hacer uso de la fuerza armada internacional es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en los términos del artículo 42 de la Carta, mediante una resolución, por lo cual a dicho órgano principal le resulta inaplicable por mucho la III Convención. Empero, la multicitada Convención de La Haya formalmente se encuentra aún en vigor entre los Estados signatarios.

En realidad, el efecto supresor de la norma imperativa *superveniens* asemeja más al fenómeno de la terminación de un tratado que a la de su nulidad, ya que los efectos surtidos anteriormente por la convención permanecen en principio válidos, y sólo los efectos posteriores quedan cancelados por la nueva norma de *ius cogens*.⁴⁹ El procedimiento de reconocimiento de una norma de *ius cogens superveniens*, contenido en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, es la expresión de un destino que ya nos alcanzó. El procedimiento del artículo 65 profilácticamente intentó evitar la trivialización de la enunciación de la norma fundamentalísima de *ius cogens* que ahora a

⁴⁶ “Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right erga omnes”. East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ, Reports 1995, p. 102.

⁴⁷ 18 de octubre de 1907.

⁴⁸ “Las potencias signatarias reconocen que las hostilidades no deberán comenzar entre ellas, sin un aviso previo e inequívoco, que tendrá, sea la forma de una declaración de guerra motivada, sea la de un ultimátum con declaración de guerra condicional”.

⁴⁹ Cf. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 85.

principios del siglo veintiuno vivimos con cotidianidad.⁵⁰ Para el procedimiento de invalidación o terminación de un tratado por la presencia superveniente de una norma de *ius cogens*, se llegó a proponer una fórmula similar a la existente en el Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, por la cual se le da jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional de Justicia (artículo 66, inciso a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969),⁵¹ y que ha dado históricamente resultados favorables para México.⁵²

VII. CONCLUSIÓN

Un fantasma recorre el derecho internacional general: el fantasma del *ius cogens*. Todas las fuerzas emergentes al interior del derecho de gentes se han unido en santa cruzada para acosar a ese fantasma: el discurso político, los reclamos ideológicos, las coyunturas en las relaciones internacionales, el prestigio de las instancias jurisdiccionales regionales y los posicionamientos éticos grupales.

La determinación de la regla de *ius cogens* ha sido uno de los principales desafíos del derecho internacional de la última mitad del siglo veinte, empresa que para los albores del siglo veintiuno se ha convertido en el riesgo a su equiparamiento con un lugar común. Desafortunadamente, no se puede hacer un derecho consuetudinario internacional distinto a la conducta desplegada por los Estados, y mucho menos inventar una norma fundamentalísima. Rescatar el concepto y despojarlo de los meros impulsos discursivos es una tarea que incumbe a la doctrina y a la máxima jurisdicción universal del derecho internacional contemporáneo. La noción de la norma imperativa general para seguir siendo útil debe ser cuidada de

⁵⁰ “Article 65 is a key provision, its procedural safeguards being designed to deter states from arbitrary action”. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 259.

⁵¹ “A proposal should be therefore be presented to the forthcoming United Nations Conference on the Law of Treaties for the insertion in the convention of a general disputes article conferring jurisdiction on the International Court of Justice”. Briggs, Herbert W., “Procedures for Establishing the Invalidity or Termination of Treaties under the International Law Commission’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, *AJIL*, vol. 61, núm. 4, 1967, p. 988.

⁵² *Cfr.* Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, 31 March 2004, ICJ, Reports 2004, para. 28.

su manejo indiscriminado. Las instancias jurisdiccionales regionales y especializadas deben asumir con responsabilidad que el interés jurídico respecto de la determinación y tutela de las reglas de *ius cogens* proceden de valoraciones normativas de rigor universal en el derecho internacional, esgrimibles ineluctablemente ante el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas de acuerdo con la Carta y en obsequio a la supremacía de su norma competencial fundante.