

8

Ius cogens *Ius cogens*

EBER BETANZOS

Director General de Política Criminal de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales. Estudió la carrera de abogado en la Escuela Libre de Derecho (ELD), teología en la Escuela de Ciencias Religiosas de la Universidad LaSalle y filosofía en la Universidad Panamericana. Es maestro en Estudios Humanísticos por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Obtuvo el diploma de estudios avanzados en el Doctorado en Derechos Humanos de la UNED. Profesor de argumentación jurídica en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y de historia del derecho patrio en la ELD. Es autor del libro *Discordia Constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857*. E-mail: miterceraletra@gmail.com.

RESUMEN

Durante mucho tiempo el tema del *Ius cogens* fue sólo tópico de discusiones académicas, pero adquirió gran actualidad desde que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU hizo referencia a él, en su proyecto de artículos acerca del derecho de los tratados (1966). Por tal motivo en este artículo intentaremos delimitar la noción de *Ius cogens*, que no siempre es abordado por todos los estudiosos del derecho internacional de la misma manera.

Palabras claves: *Ius cogens*, derecho internacional, derecho interno, coercibilidad.

ABSTRACT

For long time the topic of *Ius cogens* in the international law was only for academic purposes; but since the International Law Commission of the United Nations make reference to them in the project of articles on international treaties (1966), the topic gained a lot of relevance. For that reason this article tries to build elements for the notion of *Ius cogens*, which is not always, explained in the same way by the authors of international law.

Keywords: *Ius cogens*, international law, internal law, constraint.

1. LOS CARACTERES DE LAS NORMAS PERTENECIENTES AL *IUS COGENS*

Para dar una idea más patente de lo que sería el *ius cogens* algunos autores lo vincularon con nociones similares a su contenido normativo tomadas del derecho interno, tales como las de orden público, como del derecho público o de derecho constitucional; sin embargo, estas analogías utilizadas, en lugar de aclarar la noción de *ius cogens* –al olvidar que existen diferencias considerables entre el orden jurídico internacional y el estatal– más bien presentan obstáculos para la clarificación de su concepto.

Esto no significa que el *ius cogens* sea necesariamente una noción exclusiva del derecho internacional, ya que puede pertenecer en común al orden jurídico internacional y al estatal –entendiendo el derecho como un todo jurídico que integra reglas de conducta de observancia obligatoria de distinta naturaleza–, al mismo tiempo que presenta caracteres muy diferentes según se le considere en uno o el otro de estos ordenes.

Definido en el artículo 50 del Proyecto de Artículos acerca del Derecho de los Tratados elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas se dispone:

Es nulo todo tratado en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general de la que ninguna derogación es permitida y que no puede ser modificada más que por una nueva norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Cabe tomar en cuenta que esta definición tomó en consideración tres elementos: para tener la calidad de *ius cogens*; una norma debe ser al mismo tiempo:

1. Imperativa.
2. Pertenecer al derecho internacional general.
3. Anular los tratados concertados que violan sus disposiciones.

Por otra parte, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se establece en la Parte V. Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de tratados, sección 2. Nulidad de los tratados, artículo 53:

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En tal sentido, la académica mexicana, Loretta Ortiz Ahlf (1999), deduce de este artículo elementos que identifica como característicos del *ius cogens*:

1. Debe tratarse de una norma de derecho internacional general que obligue a todos los estados.
2. Ha de ser una norma imperativa, que no admite acuerdo en contrario.
3. Debe ser reconocido por la comunidad internacional en su conjunto.
4. Será modificable por otra norma que tenga el mismo carácter.

En otro parámetro, el *ius cogens* también ha sido definido por Erik Suy (1967) como:

El cuerpo de reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal al que pertenecen a tal punto que el sujeto de derecho no puede, bajo la pena de nulidad absoluta, apartarse de ellas por medio de convenios particulares.

A partir de estos primeros elementos introductorios podemos explorar sus elementos principales: a) ser una norma imperativa; b) tener carácter de una norma de derecho internacional general. 3. Anular los tratados concertados que violan sus disposiciones.

1.1. Norma imperativa

Con base en los elementos anteriores podemos partir de la idea de que una norma imperativa no es sinónimo de norma obligatoria.

Todas las normas de derecho internacional son en principio obligatorias; sin embargo, si bien el hecho de que se cree una obligación para a cargo de un Estado significa que otro estado tendrá derecho de exigir su aplicación.

En este sentido, también es cierto, que por regla general, un sujeto de derecho puede renunciar al derecho de exigir su aplicación y aceptar que la obligación que respecto a él existe no se aplique.

Por tanto, es posible que dos Estados soberanos decidan que en lo que se refiere a sus relaciones mutuas, no se apliquen ciertas normas del derecho internacional que les imponen obligaciones mutuas, o decidan aplicar normas distintas a las previstas por el derecho internacional general.

En contraposición, el *ius cogens* se caracteriza porque un Estado no puede liberarse de las obligaciones que le impone una norma de *ius cogens* con respecto a otro Estado ni siquiera mediante un tratado; es decir, con el consentimiento de ese otro Estado (no puede renunciar por sí mismo a sus derechos).

De lo visto, podemos colegir que el *ius cogens* -como su nombre lo indica- presenta un carácter prohibitivo, pero en un sentido muy particular, ya que el alcance de esta prohibición es inhabilitar cualquiera de sus disposiciones.

El *ius cogens* introduce una limitante a la autonomía de la voluntad de los estados, a su libertad contractual, considerada tradicionalmente absoluta al representar una faceta muy importante de la soberanía de los Estados, de tal manera que el *ius cogens* puede ser considerado en perjuicio de la soberanía de los Estados.

Sin embargo, se contra argumenta: la garantía suprema de la independencia política y económica de los pueblos no es la soberanía absoluta, sino el derecho internacional que garantiza su respeto, aunque ello sin duda no dejar de ser relativo, pues el imperio del derecho internacional también se relaciona con las condiciones fácticas de voluntad de cumplimiento en los estado soberanos.

Un punto que merece recalcar es que si las normas de *ius cogens* son normas fundamentales y de una gran importancia para la sociedad internacional, no por ello todas las normas fundamentales –es decir de inserción en el entramado constitucional de las naciones– del derecho internacional forman parte del *ius cogens*.

Cabe tomar en cuenta que la prohibición de toda derogación de las normas de derecho internacional que conforman el *ius cogens* puede justificarse, de manera general, por dos hipótesis:

- a) Existencia de reglas destinadas a proteger intereses que superan a los intereses individuales de los estados, en el marco de las garantías fundamentales. Por ejemplo: normas relativas al respeto de los derechos del hombre a partir del supremo respeto a la dignidad humana, sobre todo en el caso de que se perjudique a todo un grupo de personas.
- b) Prohibición que garantice la protección del Estado en contra de sus propias debilidades o en contra de la excesiva fuerza de sus eventuales socios internacionales. Ello representa una protección en contra de las desigualdades

en el poder de negociación, tales como el establecimiento de cláusulas de garantía a sectores estatales en posición de desventaja.

1.2. Norma de derecho internacional general

El hecho de que el *ius cogens* conste exclusivamente de normas del derecho internacional general recalca su carácter de universalidad.

Sí expresa valores de carácter ético, desde luego estos no pueden ser impuestos por medio de la fuerza imperativa que le pertenece más que si son absolutos y por consiguiente no conocen límites geográficos en su aplicación.

Con base en lo anterior es posible formular esta pregunta: ¿Puede concebirse el *ius cogens* regional? Una concepción así no es imposible, por el momento no ésta reconocido, pero señalemos que si algunas reglas validas en el grupo particular de un estado son consideradas especialmente importantes, y deben por tanto prevalecer sobre otras, no resultará necesario que adquieran el carácter de *ius cogens*.

Aún así, si se puede elaborar el *ius cogens* regional, estará subordinado al *ius cogens* mundial, tal como lo define la Comisión de Derecho Internacional, ya que éste prohíbe expresamente que un grupo de estados soberanos pueda derogar sus existencias, hasta en las relaciones mutuas de sus miembros.

Es importante señalar que una noción en donde sí existe acuerdo amplio es en la idea de derecho internacional general, como el 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 constituye el derecho internacional particular, ya sea en forma regional, local o bilateral.

Debemos hacer énfasis en este punto: la definición del artículo 50 del Proyecto de Artículos acerca del Derecho de los Tratados da cuenta que toda norma de *ius cogens* puede ser modificada por una norma de la misma naturaleza, de donde descubrimos que se pueden encontrar normas imperativas, además de las que expresamente pertenecen al *ius cogens*.

De esta forma se observa que las normas de *ius cogens* son normas de derecho positivo, y por lo tanto, se integran al orden jurídico por el juego del sistema de fuentes del que este orden consta.

Sin embargo, todos los modos de formación del derecho internacional no pueden dar origen a normas de *ius cogens*. Sólo pueden hacerlo los que son el principio del derecho internacional general y sobre este punto el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional guardó silencio.

1.3. Anular los tratados concertados que violan sus disposiciones

Este es el carácter esencial de la institución del *ius cogens* y deriva de la preminencia jerárquica que se establece sobre las fuentes del derecho internacional a favor de éste, una vez generados los consensos necesarios que generen un vínculo jurídico obligatorio en este sentido.

Sin duda, en esta materia, la nulidad de una norma jurídica constituye la sanción más grave del derecho internacional, mismo que emana de manera muy directa de la importancia fundamental que adquieren las normas de *ius cogens* para la sociedad internacional.

Por ello la violación del *ius cogens* no sólo provoca la nulidad de los tratados contrarios -salvo en el caso de que se aluda a un tratado que establezca una nueva norma de *ius cogens*, donde no habría derogación sino modificación de sus contenidos- sino que también involucra la nulidad de una regla consuetudinaria regional o local, interna o internacional, que conlleva a una derogación de sus disposiciones.

2. CLASIFICACIÓN DE UNA NORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL EN EL *IUS COGENS*

Si se parte de la idea, desde el punto de vista jurídico, de que el carácter específico del *ius cogens* obedece al hecho de que todo acto particular que provoca una derogación de sus disposiciones se anula, es este carácter el que debe ser establecido cada vez que se presuponga que una norma determinada del derecho internacional general forma parte de él.

Cabe señalar que esta demostración es difícil de hacer en lo que se refiere a los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de donde constituyen principios comunes a todos los órdenes jurídicos, por tanto no se imponen por las necesidades propias de la comunidad internacional, basados en principios de igualdad de derechos, la obligatoriedad de los pactos, igualdad soberana, solución de controversias por medios pacíficos –excluyendo en toda forma el uso de la fuerza–, la protección de los derechos humanos y la buena fe en los acuerdos.

Tómese nota de que la aparición de normas con carácter de *ius cogens* es relativamente reciente en el debate, aunque el derecho internacional se encuentra en un proceso de rápida evolución.

Esto se nota con más claridad en el comentario al artículo 50 del Proyecto de Artículos acerca del Derecho de los Tratados (artículo 53, modificado por la Conferencia de la Convención de Viena de 1969) cuando nos dice:

La comisión estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

De este modo, en su análisis, nos atenderemos a las normas de derecho convencional y a las de derecho consuetudinario:

2.1. En el derecho convencional internacional

Adquirirá el carácter de *ius cogens*, si el tratado que la consagra dispone expresamente que toda derogación de sus disposiciones será sancionada con la anulación. Por ejemplo, el artículo 49 del Proyecto de la Comisión, que dispone que un tratado cuya concertación se obtuvo por medio de amenazas o del empleo de la fuerza es nulo.

La consecuencia de esta disposición es dar el carácter de *ius cogens* a la norma que prohíbe la amenaza o el empleo de la fuerza con vistas a imponer a un Estado la aceptación de un tratado.

2.2. En el derecho consuetudinario

Hay que partir del *consensus* sobre el que se fundamenta la costumbre: existe la convicción de que la norma tiene tal importancia que no puede descartarse mediante un particular y que, por consiguiente, conlleva la anulación de todo convenio concertado convenido por los estados. Por ejemplo el no reconocimiento a situaciones *de facto* establecidas como violatorias al derecho internacional y a la inhabilitación del recurso de guerra.

En el informe de 1966 de la Comisión de Derecho Internacional presentó algunos ejemplos de *ius cogens*:

- a. Un tratado internacional relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza, con violación de los principios de la Carta de la ONU.
- b. Un tratado internacional relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional.
- c. Un tratado internacional destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo estado está obligado a cooperar.

- d. Los tratados internacionales que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación.

En la doctrina también se mencionan como ejemplos de normas de *ius cogens*: las que prohíben la guerra de agresión, el genocidio, la piratería, el comercio de esclavos, el uso de la fuerza, las que protegen los derechos humanos, la no intervención, la autodeterminación de los pueblos.

Además la jurisprudencia internacional ha echado mano de las normas de *ius cogens* para dar resolución a los conflictos planteados, como norma imperativa para los Estados (Casos de la plataforma continental del Mar del Norte fallo de 20 de febrero de 1969, caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited fallo de 24 de julio de 1964 y fallo de 5 de febrero de 1970, entre otros)

Finalmente, a manera de comentario final, es conveniente tener en cuenta que la demostración de que una norma cualquiera del derecho internacional general posee el carácter de *ius cogens* requiere para cada caso una amplia investigación, en el que los caracteres centrales radicarán en la función de obligatoriedad entre los estados, sin admitir acuerdos en contrario.

REFERENCIAS

CASANOVA Y LA ROSA, Oriol. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1978.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – ONU. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia*. New York: ONU, 1992.

ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho Internacional Público*. México: Oxford University Press, 1999.

SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*. 20. ed. México, DF: Porrúa, 1998.

SORENSEN, Max (compilador). *Manual de Derecho Internacional Público*. 6ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

TRIGUEROS SARABIA, Eduardo. *Trayectoria del Derecho mundial*. México, DF: Porrúa, 1953.

VILLARI, Michel. *El devenir del Derecho Internacional*. Ensayos escritos al correr de los años. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.