

# ACERCA DE LA EXISTENCIA DEL IUS COGENS INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA Y POSITIVISTA

---

Sévane Garibian\*  
Alberto Puppo\*\*

## Resumen

El concepto de *ius cogens* encarna una tendencia hacia la limitación de la soberanía de los Estados. Buscar un lugar para el *ius cogens* dentro del edificio positivista exige profundizar el significado de los enunciados que afirman su existencia. Decir que una norma es *ius cogens* significa que tiene la fuerza necesaria para no ser derrotada. No significa que esta norma sea derecho natural, puesto que puede ser modificada por otras normas del mismo carácter. Una norma es “imperativa” *ex post facto*, después de que un juez así la calificó. Esto no implica reconocer a los jueces un poder sin límites. Al contrario, la multiplicación de las jurisdicciones internacionales asegura que ningún juez posea la última palabra: el contenido del *ius cogens* puede desprenderse del denominador común a las jurisprudencias de las jurisdicciones internacionales y regionales, tal como a las jurisdicciones supremas de los Estados.

*Palabras clave:* *ius cogens*, positivismo jurídico, existencia de normas, derecho internacional

## Abstract

The concept of *ius cogens* expresses the tendency to limitate State sovereignty. Looking for the place of *ius cogens* within positivism demands to deepen the meaning of the terms of reference that affirm its existence. To say that a norm is *ius cogens* means that it has the necessary force not to be “defeated”. It does not mean that this norm is natural law since it can be modified by other norms of the same character. A norm is “imperative” *ex-post facto* after a judge has qualified it as such. This does not imply recognizing that the judges would have an unlimited power. On the contrary, the multiplication of international jurisdictions guarantees that no judge has the final word: the content of *ius cogens* derives from a

\* Universidades de Ginebra y de Neuchâtel (Suiza). Correo electrónico: sevane.garibian@gmail.com

\*\* Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: almpuppo@gmail.com

common denominator found in the international and regional case law, as well as in the case law of national supreme courts.

*Keywords:* Jus cogens, legal positivism, existence of norms, international law

## Introducción

El proceso de globalización se caracteriza por su dimensión económica y cultural pero también por la emergencia de una red jurídica que parece unir a todos los Estados en la lucha para o contra algún fenómeno global: proteger el medio ambiente, luchar contra el terrorismo, etc. Muchos son los temas que movilizan a la comunidad internacional, que suscitan la adhesión de tal comunidad. Algunos de ellos expresan valores que al parecer merecen un cuidado especial, valores protegidos por normas de *ius cogens*: “el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas”.<sup>1</sup>

Si el concepto de *ius cogens* constituye un tema crucial desde que algunas jurisdicciones internacionales<sup>2</sup> lo utilizaron para fundamentar sus decisiones, el origen de esta noción parece coincidir con la emer-

<sup>1</sup> Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens*, y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 4, 2002, pp. 3-4.

<sup>2</sup> La primera fue el Tribunal penal para la ex-Yugoslavia (TPIY Sala II, *Anto Furundzija*, 10 diciembre 1998, IT-95-17/1, §§ 153 y ss.). Para un análisis: Harhoff, Frederik, “La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux”, en Tavernier, Paul (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l’heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 70 y ss. Una reconstrucción del conjunto de esta jurisprudencia, nacional, regional e internacional, se encuentra en Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, 100, 2, 2006, pp. 306 y ss.; Tavernier, Paul, “L’identification des règles fondamentales, un problème résolu?”, en Tomuschat, Christian - Thouvenin, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pp. 6 y ss. El *ius cogens* como instrumento invocado por los jueces para garantizar derechos fundamentales no es una novedad absoluta. En este sentido, Paulus, Andreas, “*Jus Cogens* in a Time of Egeomy and Fragmentation. An attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, p. 322, llama la atención sobre una legislación estadounidense de 1789: “El *ius cogens* fue también relevante para el desarrollo de las reclamaciones individuales para la reparación de los perjuicios causados por violaciones de derechos humanos fundamentales bajo un texto oscuro de 1789 que reconocía la jurisdicción de los Tribunales de Estados Unidos “of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States” (Act of Sept 24, 1789, ch. 20, §9(b), 1 Stat 79)” (traducción por los autores).

gencia del derecho internacional; como lo explica Gómez Robledo,<sup>3</sup> la idea de un *corpus* de normas jurídicas que se imponen a todos, independientemente de la existencia de un acto de voluntad de los Estados, fue introducida por Francisco de Vitoria<sup>4</sup> en su tentativa de justificar jurídicamente la conquista española sobre las tierras americanas. La fuente de esas normas sería el *totus orbis*, noción latina que corresponde a lo que la doctrina contemporánea llama “comunidad internacional”.

Las dos nociones, comunidad internacional e *ius cogens* son indisolubles, por lo menos desde una perspectiva positivista. Desde esta perspectiva, sólo existen normas producidas por un comportamiento humano. El derecho natural no tiene cabida en una explicación positivista del concepto de *ius cogens*. En este sentido algunos positivistas han, desde el principio, manifestado una clara hostilidad:<sup>5</sup> los juristas que introducen el *ius cogens* en sus teorías salen por eso mismo del positivismo.<sup>6</sup> Optar por el camino de las normas imperativas nos lleva fuera del derecho positivo. Esto no significa condenar al concepto:

<sup>3</sup> Gómez Robledo, Antonio, “Fundadores del derecho internacional”, en Id. I, *Derecho*, Obras, Vol. 9, Colegio Nacional, México, 2001, p. 435, atribuye la idea de *ius cogens* a Vitoria según el cual: “el derecho de gentes no solo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierto modo es 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 de guerra, y particularmente en asuntos tan graves como la inviolabilidad de los embajadores. A ninguna nación, en efecto, le es lícito eximirse del derecho de gentes, porque está promulgado por la autoridad de todo el orbe”.

<sup>4</sup> En las palabras de Vitoria, citado por Gómez Robledo, Antonio, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 435-435: “neque licet uni regno nolle teneri iure gentium: est enim latum totius orbis auctoritate”.

<sup>5</sup> Sobre la imposible conciliación con el positivismo y, especularmente, la tendencia a favorecer visiones antipositivistas, respectivamente: Glennon, Michael J., “De l’absurdité du droit impératif (jus cogens)”, *Revue générale de droit international public*, 3, 2006, p. 532; Perrin, Georges J., “La nécessité et les dangers du jus cogens”, en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge – En l’honneur de Jean Pictet*, Martinus-Nijhoff, Genève-La Haye, 1984, p. 759).

<sup>6</sup> Sin embargo, como lo subraya De Visscher, Charles, “Positivism et ‘jus cogens’”, *Revue générale de droit international public*, 75, 1, 1971, p. 6: “La oposición al *ius cogens* era una consecuencia lógica de la adhesión al positivismo jurídico, especialmente el positivismo voluntarista” (traducción por los autores). Esta afirmación tiene el mérito de precisar en que sentido se habla de “positivismo”. En efecto, como lo plantea Ago, Roberto, “Droit positif et droit international”, *Annuaire français de droit international*, 1957, III, pp. 40 y ss., la mayoría de los debates doctrinales de este tipo dependen del concepto de “derecho positivo” que se utiliza. Es decir: antes de preguntarse si “algo” es derecho positivo, es necesario aclarar lo que se entiende por “derecho positivo”.

sencillamente, quienes lo invocan deben reconocer que están hablando desde una perspectiva iusnaturalista, olvidando el derecho *como es* y privilegiando el derecho como *debe ser*.

Durante muchos siglos la situación era bastante clara: este concepto estaba ausente de los textos jurídicos positivos. La tesis de los positivistas era bastante seductora: el derecho internacional positivo es el producto de la voluntad de los Estados, que se expresa en Convenciones o costumbres. No existe nada más y, si existe, no puede ser derecho positivo.

Esta actitud no encontraba argumentos sólidos en su contra. La voluntad de los Estados, y con ella el positivismo jurídico, dominaban al derecho internacional. Los Estados soberanos producían las normas jurídicas y toda hipótesis de normas que se impusieran a los Estados en contra de su voluntad habría sido, desde el punto de vista positivista, una mera incoherencia o una ficción.<sup>7</sup>

La situación cambió en el siglo veinte. Podemos identificar tres etapas: la primera fue el juicio del Tribunal de Nuremberg, la segunda el Convenio de Viena de 1969<sup>8</sup> y la tercera la jurisprudencia internacional a partir de los años 90. A cada una de estas etapas corresponde un cambio en la reflexión teórica. El *ius cogens* intenta buscar un lugar en el edificio positivista.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Rivier, Raphaële, *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Droit, Paris 2, Francia, 2001, p. 46, pone explícita la ficción que permite conectar las normas imperativas a una voluntad creadora, la voluntad de la Comunidad de los Estados. Una comunidad que genera escepticismo y que sin embargo todos parecen necesitar (Dupuy, Pierre-Marie, "La communauté internationale. Une fiction?", en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 376). Antes de aplicarse a la Comunidad internacional "creadora de normas imperativas", esta ficción fue introducida para justificar el carácter "positivo" del derecho consuetudinario y de los principios generales de derecho. Para un análisis crítico del tema: Ago, Roberto, *op. cit. supra*, nota 6, pp. 49 y ss.

<sup>8</sup> *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969.

<sup>9</sup> De Visscher, Charles, *op. cit. supra*, nota 5, p. 6, subraya como el representante de la RFA, comentando los artículos sobre el *ius cogens* de la Convención de Viena de 1969, expresa la necesidad de reexaminar la doctrina positivista. Los juristas se enfrentaron a un problema análogo con respecto a los principios generales de derecho internacional, fuente formal en virtud del artículo 38, § 1, c, del Estatuto de la Corte permanente de justicia. Lauterpacht, Hersch. *The development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longmans, London, 1934, p. 82, reconoció la importancia "de esta disposición, que dictó la sentencia de muerte del positivismo rígido en derecho internacional, para la teoría de las fuentes del derecho internacional y como último remedio contra la posibilidad del *non liquet*" (traducción por los autores).

Al respecto, los juristas parecen dividirse en dos categorías. Los que se entusiasman<sup>10</sup> constatando que por fin todos los Estados y los individuos están sometidos a normas superiores, como prueba de la existencia de una Comunidad internacional cuyo poder sería más fuerte que los poderes de cada Estado individualmente.<sup>11</sup> Los que se preocupan, dándose cuenta que esta entrada triunfal del *ius cogens* en el derecho positivo corre el riesgo de destruir los fundamentos mismos sobre los cuales se basa el derecho internacional, es decir, el principio voluntarista.<sup>12</sup>

El objetivo de nuestro trabajo no es alcanzar una solución a este debate sino distinguir los diferentes significados de los “enunciados que invocan el *ius cogens*”. En algunos casos, afirmar la existencia de una norma de *ius cogens* puede reducirse a un mero efecto retórico;<sup>13</sup> en otros, la misma afirmación significa crear una norma que no existía antes;<sup>14</sup> en fin, esta misma afirmación puede implicar un juicio moral sobre el carácter imperativo (en sentido kantiano)<sup>15</sup> de una norma jurídica que ya existe: esta norma sería inderrotable.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> El representante más destacado de los defensores del *ius cogens* fue Alfred von Verdross. Para una reconstrucción de su pensamiento y de la doctrina favorable al *ius cogens*, Gomez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 55 y ss. En general, sobre los debates, Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica entorno al *ius cogens* internacional”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2010, vol. X, pp. 15 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el origen, en el contexto de la *cuestión de Oriente*, de esta idea de soberanía colectiva que podría imponerse a cada Estado, véase Garibian, Sévane, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schultless-Lgdj- Bruylant, Ginebra, París, Bruselas, 2009, pp. 38 y ss.

<sup>12</sup> Gómez Robledo, Antonio, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 64 y ss.; distingue los escépticos, que no excluyen la posibilidad del *ius cogens* pero toman una postura crítica, y los negadores radicales.

<sup>13</sup> Subrayan este aspecto autores que no son necesariamente escépticos: Paulus, Andreas, *op. cit. supra*, nota 2, p. 331; Rivier, Raphaële, *op. cit. supra*, nota 7, p. 53; Shelton, Dinah, *op. cit. supra*, nota 2, p. 314; Linderfalk, Ulf, “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *European journal of international law*, 18, 2007, p. 855; Bianchi, Andrea, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European journal of international law*, 19, 3, 2008, p. 501.

<sup>14</sup> En este sentido, la naturaleza del *ius cogens* se acerca a la de los principios generales de derecho internacional (fuente formal del derecho internacional, en virtud del artículo 38, § 1, c, del Estatuto de la Corte internacional de justicia). Volveremos sobre este aspecto *infra*, § 3.3. y ss.

<sup>15</sup> La referencia a Kant la hicieron los mismos jueces del TPIY: “Esta tendencia inscribe en las normas jurídicas el concepto de “imperativo categórico”, formulado por Kant en el ámbito de la moral” (TPIY Sala II, *Mirjan Kupreskic y al.*, 14 enero 2000, IT-95-16, §§ 518 y ss.). Sobre este aspecto, véase Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 267 y ss.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de inderrotabilidad, merece una atención particular, en el contexto de nuestra investigación, un trabajo que distingue con claridad la inderrotabilidad lógica de los

La tesis que sostendremos es que, si los conceptos son medios para captar la realidad y mejorar o simplificar la comunicación lingüística, entonces el concepto de *ius cogens* debería de ser abandonado porque sólo genera confusiones que alimentan un debate doctrinal cuyas consecuencias prácticas son casi nulas.<sup>17</sup> Es decir, todo lo que los locutores quieren decir cuando utilizan la expresión *ius cogens* puede ser dicho sin recurrir a esta expresión (y en muchos casos podría ser omitido sin que la ciencia o el bienestar de la humanidad sufran de tal silencio). No obstante, la ventaja de esta expresión es que permite ocultar con palabras en latín,<sup>18</sup> que cada persona interpreta a su manera, posiciones teóricas que, según los casos, son científicamente frágiles o moralmente comprometidas.<sup>19</sup>

enunciados normativos de la inderrotabilidad de las normas como razones substantivas (Redondo, María Cristina, “Reglas “genuinas” y positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, 1998, pp. 251 y ss.). Véase también, por una definición, interesante si aplicada al derecho de los tratados, de la derrotabilidad como anulabilidad, Schmill Ordoñez, Ulises, “Orden jurídico y derrotabilidad normativa”, *Analisi e diritto*, 2000, pp. 236 y ss. Una parte de la literatura sobre la derrotabilidad, se concentra en el tema de los conflictos entre razones, como parte de una teoría del razonamiento jurídico: de este punto de vista, por unas brillantes reflexiones, véase Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 35-62; Navarro, Pablo Eugenio, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, 2005, 22, pp. 114 y ss.

<sup>17</sup> Las construcciones doctrinales no parecen llevar siempre a soluciones jurisprudenciales coherentes con la afirmación del carácter imperativo de algunas normas. Véase, sobre el caso del conflicto entre prohibición *imperativa* de la tortura e inmunidades, el análisis muy preciso de Orakhelashvili, Alexander, “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong”, *European journal of international law*, 18, 2007, pp. 963 y ss. Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, p. 500, ve en este fenómeno algo irónico: ironía confirmada por la reciente sentencia de la Corte internacional de justicia, en la cual se afirma claramente que la regla de la inmunidad jurisdiccional de los Estados no puede, de ninguna forma, entrar en conflicto con una norma de *ius cogens*, en virtud, justamente, de su naturaleza procesal (*Immunités juridictionnelles de l’Etat. Allemagne c. Italie*, 3 de febrero de 2012, párrs. 92-97, <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14922.pdf>). Sobre esta controversia, Stephan, Paul B., “The Political Economy of Jus Cogens” (7 de marzo de 2011), *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2011-14 (Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780472>).

<sup>18</sup> Podría tratarse de un caso emblemático de verbalismo intercultural (Puppo, Alberto, “Les langues, entre traditions et droit: de la *traduction radicale* au *verbalisme interculturel*”, *Droit et Cultures*, vol. 44, 2, 2002, pp. 21-31).

<sup>19</sup> El *ius cogens* podría jugar el papel de una *fórmula política*, concepto elaborado por Mosca, Gaetano, *Teorica dei governi e governo parlamentare (1882)*, ahora en *Scritti politici*, vol. I, UTET, Torino, 1982, pp. 226 y ss. “Las fórmulas políticas, aun si son científicamente falsas, son políticamente necesarias” (Puppo, Alberto, “Democracia, jueces y protección de las libertades fundamentales: Gaetano Mosca y la teoría de la clase política”, en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, Doctrina jurídica contemporánea, ITAM-Fontamara, México, 2010, p. 57).

Para poder fundamentar nuestra tesis, necesitamos definir los conceptos de existencia de normas jurídicas que manejaremos enseguida para desarrollar nuestros argumentos. No propondremos una teoría completa de los conceptos de existencia de normas; nos limitaremos a sentar las bases conceptuales de las argumentaciones que seguirán: estas bases constituyen el resultado de una reconstrucción de la literatura teórica de orientación positivista y analítica. No se pretende ganar la adhesión del auditorio a las definiciones que se ofrecerán.<sup>20</sup> simplemente se trata de alcanzar la inteligibilidad de unas tesis sobre el *ius cogens*, objetivo de nuestro trabajo, dividido en tres partes.

Después de haber introducido la emergencia, en la jurisprudencia internacional, de la idea de “normas imperativas” que se imponen a todos y el debate entre iusnaturalistas y positivistas que esta revolución generó (1), estudiaremos algunos conceptos de “existencia de normas” que nos permitirán distinguir entre las normas que existen en la medida en que cumplen con los criterios de pertenencia a un sistema (2) y las normas que expresan esos mismos criterios y/o que benefician de una fuerza particular (3). Indudablemente las normas de *ius cogens* pertenecen a esta segunda categoría, cuya existencia constituye un reto para toda teoría positivista.

### **1. El problema del *ius cogens*: implicaciones teóricas de un concepto ambiguo**

La idea de *ius cogens* no puede ser dissociada de la idea de un *corpus* de normas jurídicas que se imponen a todos los Estados, cuya existencia no depende de una inequívoca manifestación de voluntad. En este sentido, como normas superiores, el primer ejemplo judicial internacional debe buscarse en la experiencia de Nuremberg (1.1). La consecuencia teórica de la existencia de un derecho positivo *válido* extremadamente *injusto* fue un debate muy fértil entre positivistas y iusnaturalistas, que permitió redefinir con precisión las fronteras entre positivismo ideológico y positivismo metodológico y profundizar el concepto positivista de validez (1.2).

<sup>20</sup> Por supuesto, nuestro punto de vista es que las definiciones elegidas son útiles: pero no tomaremos el tiempo y el espacio necesario para “demostrarlo”. Su utilidad podrá ser comprobada a medida que el debate sobre el *ius cogens* parezca más claro.

### 1.1. La necesaria existencia de normas superiores como exigencia de justicia

El Tribunal de Nuremberg se enfrentó a una realidad muy incómoda.<sup>21</sup> Un Estado soberano había dictado normas jurídicas cuya ejecución generó los crímenes nazis, condenados por la comunidad internacional. Los agentes que los cometieron habían actuado conforme a reglas jurídicas positivas y válidas. Condenarlos era entonces algo complicado. ¿Cómo criminalizar y juzgar un comportamiento que en el momento de su cumplimiento era obligatorio? Hacia falta demostrar que en el momento de los hechos ya existían normas jurídicas internacionales aplicables, cuyo objeto era la prohibición de algunas conductas. Si la cuestión parecía bastante fácil para los crímenes de guerra, en la medida que ya existían normas positivas internacionales en la materia –aunque fueran normas de derecho humanitario y no penales–, con respecto a los crímenes contra la humanidad, el derecho internacional, no obstante la existencia de un importante trabajo de conceptualización,<sup>22</sup> no ofrecía ninguna definición jurídico-positiva del crimen. ¿Como condenar esas conductas sin violar el principio de legalidad? Y, antes de todo, ¿cómo justificar la idea misma de una responsabilidad penal individual internacional?

Frente a este problema preliminar,<sup>23</sup> el fiscal y los jueces reaccionaron de diferente manera; mejor dicho: llegaron a la misma conclusión, pero con argumentos distintos. El fiscal, con más transparencia, invocó a la moral internacional y por ende al derecho natural. Los jueces, ellos, prefirieron referirse a la existencia de normas jurídicas, expresión de la conciencia del mundo. Esta fuente puede ser considerada como una reformulación de la “conciencia pública” de la cláusula

<sup>21</sup> Para un análisis más profundizado: Garibian, Sévane, “Souveraineté et légalité en droit pénal international: le concept de crime contre l’humanité dans le discours des juges à Nuremberg”, en Henzelin, Marc – Roth, Robert (dir.), *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation*, LGDJ, Georg, Bruylant, Paris, Genève, Bruxelles, 2002, pp. 29-45, así que *op. cit. supra*, nota 11, pp. 133 y ss. Véase también, Ortiz Trevino, Rigoberto Gerardo, “Los juicios de Nuremberg 60 años después”, *Derechos Humanos México*, 2, 2006, pp. 35-53.

<sup>22</sup> Garibian, Sévane, “Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l’humanité. De l’intervention pour cause d’humanité à l’intervention pour violation des lois de l’humanité”, *Revue d’Histoire de la Shoah*, n° 177-178, 2003, pp. 274-294, así que *op. cit. supra*, nota 11, pp. 81 y ss.

<sup>23</sup> Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 37-41.

Martens,<sup>24</sup> contenida en el Convenio de la Haya de 1899, fuente del derecho de los conflictos armados. Estas normas, expresión de la conciencia del mundo, *existían*. Nadie podía ignorarlas. Entonces los jueces, juzgando a los autores de los crímenes no violaban en nada el principio de legalidad.<sup>25</sup>

El propósito de la presente investigación no es analizar los razonamientos de los jueces en Nuremberg. Por lo mismo, nos limitaremos a subrayar que en Nuremberg surge de manera manifiesta el conflicto entre el positivismo voluntarista, centrado sobre una idea casi absoluta de soberanía, y unas exigencias de justicia, expresión de la conciencia del mundo.<sup>26</sup> En este sentido, nos encontramos en la primera etapa de una evolución del derecho internacional y, al mismo tiempo, en la primera etapa de la actividad normativa, aunque no muy exitosa,<sup>27</sup> de la “comunidad internacional”.<sup>28</sup>

Cabe señalar que los acontecimientos de la segunda guerra mundial fueron explotados por los iusnaturalistas para criticar al positivismo.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> La cláusula Martens forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre: “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>25</sup> Por supuesto este razonamiento fue criticado, por su fragilidad. Para un análisis crítico de los comentarios de la doctrina: Garibian, Sévane, “Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg”, *Journal of Genocide Research*, vol. 9, n° 1, 2007, pp. 93-111 (trad. castellana en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *op. cit. supra*, nota 19, pp. 109-136).

<sup>26</sup> Protagonista de este conflicto es el positivismo clásico y voluntarista: “El Tribunal encargado de la represión debe por ende tomar un camino que, si se entienden «soberanía» y «legalidad» de manera estricta, como lo hace el positivismo jurídico clásico (teoría implícitamente presupuesta en el discurso de la defensa en Nuremberg), lleva a un *impasse*. ¿Como salirse de este *impasse* sin hacer el sacrificio de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, o bien del ideal de justicia al cual la primera jurisdicción penal internacional debe su nacimiento?” (Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, p. 24, traducción por los autores).

<sup>27</sup> De hecho, desde el punto de vista de la condena de los crímenes contra la humanidad, Nuremberg fue un fracaso (Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 42 ss., así que *op. cit. supra*, nota 11, p. 149).

<sup>28</sup> Esta actividad normativa se desarrolló en los años siguientes, de manera impresionante (la Carta de la ONU constituye el ejemplo más límpido).

<sup>29</sup> Los defectos, a la vez, del derecho positivo y de la teoría positivista siguen hoy en día siendo evocados para justificar la exigencia de una dimensión ética. El *ius cogens* protege contra el “frío cinismo positivista” (Pellet, Alain, “Conclusions”, en Tomuschat, Christian-Thouvenin, Jean-Marc, *op. cit. supra*, nota 2, p. 418). Esta actitud, según Weil, Prosper, “Vers une normati-

## 1.2. Iusnaturalismo y positivismo metodológico: las ambigüedades del concepto de validez

La tesis, un poco trivial, hay que admitirlo, es que la teoría positivista ha permitido que se cumplieran legalmente las atrocidades de los nazis. Este debate, que se desarrolló en torno a la fórmula de Radbruch,<sup>30</sup> según la cual la extrema injusticia no es derecho, ofreció la ocasión para distinguir entre conceptos de positivismo. En este sentido, las tesis de Hart y de Bobbio<sup>31</sup> fueron ejemplares: nos enseñaron que hay que distinguir de manera clara el positivismo como ideología y el positivismo como método. El primero se basa en la idea de que existe una obligación de obedecer al derecho positivo porque es derecho positivo.<sup>32</sup> El segundo nos dice simplemente como conocer el derecho, como estudiarlo y como reconstruirlo. El derecho, desde este último punto de vista, no tiene ningún valor moral en sí mismo, puede ser justo o injusto, pero no deja de ser “derecho” si se aleja de un modelo de justicia. Sigue siendo derecho, y los juristas pueden conocerlo y, como lo sugiere Hart,<sup>33</sup> eventualmente criticarlo desde un punto de vista moral: las normas pueden ser jurídicamente válidas pero moralmente injustas. Y la fórmula de Radbruch no parece científicamente útil, porque, justamente, no permite distinguir conceptualmente el derecho válido del derecho justo (o no extremadamente injusto).<sup>34</sup>

vité relative en droit international?”, *Revue générale de droit international public*, 86, 1982, 1, p. 18 (que el autor no comparte), que pone “el acento sobre la «consciencia jurídica», (...) tiende a garantizar la primacía de la ética sobre la aridez del derecho positivo” (traducción por los autores).

<sup>30</sup> Sobre la fórmula de Radbruch: Alexy, Robert, “Una Defensa de la Fórmula de Radbruch”, en Vigo, Rodolfo L. (comp.), *La Injusticia Extrema no es Derecho*, Fontamara, México, 2008, pp. 227-251. En este contexto, pasamos por alto la complejidad de la fórmula de Radbruch, cuyo objeto es doble: el concepto de derecho y la validez de una norma jurídica. Sobre este punto, muy útil es la lectura de Spaak, Torben, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *Law and Philosophy*, Vol. 28, 2008, pp. 272 y ss.

<sup>31</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961; Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

<sup>32</sup> El positivismo ideológico es también conocido como “legalismo ético”: “los legalistas piensan a menudo que la obligatoriedad de una norma depende de su mera “existencia”” (Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 283-284, traducción por los autores).

<sup>33</sup> Hart, H. L. A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 593-629.

<sup>34</sup> Es decir: paradójicamente, Radbruch parece sostener que el derecho positivo debe ser obedecido; sería desde luego más positivista (ideológico) que los positivistas (metodológicos) y por ende necesitaría de una “fórmula” para evitar las injusticias extremas. Sobre las relaciones entre

La ambigüedad de la posición positivista, de autores como Kelsen<sup>35</sup> y Hart,<sup>36</sup> radica sin embargo en el concepto de validez. No queda muy claro cuáles son las implicaciones normativas de la validez. En otras palabras, los positivistas, al manejar el concepto de validez se enfrentan al problema de la normatividad del derecho.<sup>37</sup> Problema que no tienen los iusnaturalistas y tampoco los positivistas ideológicos. Los dos fundan el deber de obedecer (o no obedecer), directa o indirectamente, sobre el derecho natural. Los primeros de manera transparente. Los segundos, en virtud de una antropología pesimista, herencia de Hobbes, según la cual la obediencia –llegado el caso “ciega”– al soberano es preferible a la anarquía.<sup>38</sup> La seguridad jurídica en todos los sentidos, seguridad de las personas bajo un régimen jurídico y seguridad en el sentido de “certeza del derecho”, sería el valor moral que justifica la sumisión al soberano, sin condiciones.<sup>39</sup>

Para los iusnaturalistas, se debe obediencia al derecho positivo en la medida en que logra concretizar los principios naturales.<sup>40</sup> Para los positivistas ideológicos se debe respetar el derecho positivo para huir del estado natural de guerra y violencia; el punto común entre las dos posiciones es la existencia de una obligación de obedecer cuya naturaleza no puede ser jurídica.

la experiencia de Nuremberg y el pensamiento de Radbruch, Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 48-50.

<sup>35</sup> Troper, Michel, “The Fact and the Law”, en Nerhot, Patrick (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, pp. 31 y ss. El “primer” Kelsen constituye, por ejemplo, según Guastini, Riccardo, *Distinguen-do*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 109, un ejemplo de legalista ético.

<sup>36</sup> Sobre la ambigüedad del concepto hartiano de aceptación, elemento central de su concepto de derecho: Puppo, Alberto, *Acceptation et normativité: la force du devoir dans le discours juridique*, Aracne, Roma, 2011, pp. 133 y ss.; Id. “Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del derecho”, *Doxa*, vol. 22, 1999, pp. 233-261.

<sup>37</sup> Sobre el problema de la normatividad: Bayon, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Redondo, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

<sup>38</sup> Acerca de la origen y la naturaleza del pacto hobbesiano: Omaggio, Vincenzo, *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000, pp. 118 y ss. Lo mismo podría decirse de la filosofía de Grocio, contemporáneo de Hobbes, cuya reflexión sobre la naturaleza del derecho internacional sigue siendo pertinente. Como lo subraya De Sanctis, Francesco, *Temi di filosofia del diritto*, Buizoni Editore, Roma, 2002, p. 53, Grocio insiste sobre la importancia de los jueces como garantía de la justicia y de la seguridad.

<sup>39</sup> Sobre la relación histórica y conceptual entre los conceptos de legalidad y soberanía: Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 11 y ss.

<sup>40</sup> Para una reconstrucción precisa de las diferentes teorías iusnaturalistas, véase el primer capítulo de Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2009.

Los positivistas metodológicos evitan esta dificultad. El derecho positivo es un sistema de normas válidas, un orden jurídico que se puede conocer. Por supuesto, autores como Bobbio afirman con claridad que este orden jurídico tiene una finalidad que es garantizar la paz,<sup>41</sup> pero distinguen los dos niveles: la segunda afirmación pertenece a una teoría o filosofía política. La teoría positivista es una teoría del derecho cuyo objeto es analizado independientemente de su finalidad social y/o moral. Se trata de comprender el funcionamiento de los sistemas jurídicos, de describir, deconstruir y reconstruir el lenguaje de las fuentes, de buscar y resolver problemas, etcétera. Actividades cuya naturaleza no depende del nivel de justicia del derecho estudiado.

A pesar de esta pretensión a la cientificidad, es legítimo preguntarse: ¿Qué significa afirmar que una norma jurídica es válida? ¿Significa que esta norma pertenece al sistema jurídico o, más bien, que esta norma debe ser aplicada por los jueces y obedecida por los sujetos?<sup>42</sup> En este caso, ¿cuál es el fundamento de esta obligación, por ejemplo para los jueces de una Corte suprema?

Las ambigüedades de esta forma científica de positivismo se concentran en el concepto de validez: si puede afirmarse que una norma es válida cuando cumple con los criterios de validez establecidos por normas superiores, ¿qué podemos decir de las normas que expresan los criterios de validez? ¿Cómo identificarlas? ¿Quién tiene la competencia para identificarlas? Esta dificultad existe, estructuralmente, en todos los sistemas jurídicos. Con respecto al derecho internacional esta dificultad se suma al carácter primitivo de este orden jurídico. ¿Puede hablarse de jerarquías normativas en el derecho internacional? ¿Cuáles son las relaciones entre orden jurídico internacional y orden jurídi-

<sup>41</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, "Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio", *Doxa*, 28, 2005, p. 68.

<sup>42</sup> Según Hart, H. L. A., *op. cit. supra*, nota 31, p. 100, decir que una norma es válida significa que ha pasado exitosamente el test de pertenencia al sistema jurídico proporcionado por la regla de reconocimiento; algunos comentaristas quedan sin embargo escépticos: "Hart usa el término 'validez' en el sentido de obligatoriedad, pero este concepto sólo aparece en los enunciados internos. Un ejemplo típico de enunciado interno es precisamente el que predica la validez de una regla: tal enunciado no se limita a afirmar que la regla en cuestión reúne los requisitos exigidos por la regla de reconocimiento, sino que supone la aceptación tanto de la regla de reconocimiento, como de la regla de la que se predica la validez" (Bulygin, Eugenio, "Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz" (1981), ahora en Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro De Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 435-436). Véase también Bulygin, Eugenio, "Norms, Normative Propositions, and Legal Statements" (1982), trad. castellana "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en Alchourrón, Carlos E.-Bulygin, Eugenio, *Ibid.*, pp. 178-185.

co interno? Estas preguntas tienen dos aspectos:<sup>43</sup> por un lado, desde un punto de vista dogmático, se trata de un problema práctico, resuelto por las constituciones nacionales y, tal vez, por las jurisdicciones internacionales; por otro lado, se trata de un problema teórico: ¿a cuál orden jurídico dar la prioridad? ¿Existe una relación entre estos dos órdenes? No es falso afirmar que el aspecto práctico permaneció separado, casi independiente, del aspecto teórico. Es decir: las concepciones de la validez adoptadas o las opciones acerca de las relaciones entre derecho interno e internacional (monistas o dualista) casi no tenían consecuencias prácticas. La evolución del derecho internacional impone plantear estas mismas cuestiones de otra forma. En efecto, el derecho convencional, con la Convención de Viena de 1969, introduce, por la primera vez, un criterio formal de validez: las cláusulas de un tratado que violan el *ius cogens* son nulas.<sup>44</sup> Más allá: algunas jurisdicciones internacionales y regionales, invocan el *ius cogens* para controlar la validez de normas jurídicas internacionales.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Guastini, Riccardo, “Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?”, en Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 193-206.

<sup>44</sup> Artículo 53: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

<sup>45</sup> Un caso muy interesante es lo del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, que se pronunció sobre la implementación de sanciones individuales establecidas, para luchar contra el terrorismo, por unas Resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU (sentencias del 21 de septiembre 2005, asuntos T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c./ Consejo de la Unión europea*, y T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión europea*). Según los jueces: “No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna” (§ 277). Esta decisión a sido anulada por el Tribunal de justicia (sentencia del 3 de septiembre 2008, asuntos C-402/05 y C-415/05), pero la importancia de la cuestión persiste. Por un análisis profundizado de este tema, véase Puppo, Alberto, “Les juges européens et la lutte contre le terrorisme: entre création de hiérarchies normatives et sacrifice des droits fondamentaux”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 9, 2009, pp. 279-321; Id., “Derecho europeo y lucha contra el terrorismo: entre constitucionalización del derecho unilateral de la ONU y garantías del pluralismo jurídico”, en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *op. cit. supra*, nota 19, pp. 227-269.

Esto implica que las normas de *ius cogens* han trascendido el mundo de las ideas, para aplicarse en un contexto práctico, en donde pueden ofrecer soluciones a conflictos reales.<sup>46</sup> Esta utilización de las normas de *ius cogens* supone que los actores jurídicos consideran esas normas como existentes.<sup>47</sup> Pero ¿en qué sentido? ¿Cómo identifican esas normas? Hablar de existencia de normas significa pronunciar enunciados existenciales. Un enunciado existencial es un enunciado que afirma un valor existencial a propósito de una norma: la norma N es X. Según los valores existenciales elegidos, el enunciado existencial cambia de significado.<sup>48</sup> Un análisis del discurso jurídico permite distinguir los siguientes valores existenciales: se habla de normas en vigor, aplicables, racionalmente aceptables, eficaces,<sup>49</sup> válidas, obligatorias y, con respecto al *ius cogens*, imperativas.

Algunos conceptos desempeñan la función de identificar las normas pertenecientes a un conjunto. Otros, heterogéneos, parecen más complejos, en el sentido que permiten describir realidades mucho menos “claras”, realidades fronterizas, entre ausencia y presencia de normas o entre validez jurídica y valor moral de las mismas. Para comprender el funcionamiento de los enunciados que afirman la existencia de estas últimas realidades, es preferible, de antemano, profundizar, en el contexto del derecho internacional, las dimensiones existenciales menos problemáticas, es decir, los conceptos de existencia como pertenencia.

<sup>46</sup> Una parte de las observaciones de *los escépticos* parecen entonces caducas, por ejemplo las de Perrin, Georges J., *op. cit. supra*, nota 6, p. 754, que insistía sobre la ausencia de referencias al *ius cogens* en la jurisprudencia.

<sup>47</sup> Esta existencia parece beneficiar de un verdadero consenso. Las divergencias surgen relativamente a su definición y contenido (Tavernier, Paul, *op. cit. supra*, nota 2, p. 1). En otras palabras: la categoría normativa del *ius cogens* ha sido codificada, positivizada, aunque, a causa de su estructura abierta, a su contenido sólo se puede acceder a partir de algún postulado que involucra el derecho natural (Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, p. 492). Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Reinhart & Co., New York, 1952, p. 344, sin tomar una posición firme con respecto a la existencia del *ius cogens*, hablando de los defensores del concepto, por un lado constata la indeterminabilidad de su contenido, por otro lado se refiere en nota a Vattel y a su concepción del derecho de gentes *necesario* que resulta de la aplicación a las naciones del derecho natural.

<sup>48</sup> Utiliza la expresión “enunciados existenciales”, Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975, p. 80.

<sup>49</sup> No nos ocuparemos de la eficacia (o vigencia, tal como entiende este concepto el realismo jurídico) de una norma porque se trata de una dimensión factual, observable, y por esta razón no tiene cabida en un análisis cuyo objeto son las normas de *ius cogens*. No creemos haber leído en algún trabajo doctrinal frases como “la norma de *ius cogens* X es eficaz”.

## 2. La existencia como pertenencia: vigencia, validez relativa y aplicabilidad

Algunos enunciados jurídicos se limitan a afirmar la pertenencia de una norma a un conjunto de normas. Dentro de esta categoría, distinguiremos, ayudándonos con ejemplos de derecho internacional, por un lado, entre la existencia de disposiciones y la existencia de normas (2.1) y, por otro, entre el conjunto de normas válidas y el conjunto de normas aplicables (2.2).

### 2.1. Vigencia de disposiciones y aplicabilidad de normas

El concepto de vigencia, si se acepta la distinción entre disposiciones y normas jurídicas (las segundas son el significado normativo de las primeras, que sólo son fragmentos de lenguaje, formulaciones lingüísticas y no normas),<sup>50</sup> debería de ser utilizado exclusivamente con respecto a las disposiciones.<sup>51</sup> Una disposición en vigor es una disposición creada conforme a las reglas sobre la producción. En derecho internacional podemos afirmar que la disposición de un tratado está en vigor porque el tratado fue creado conforme a las reglas internacionales sobre los tratados. Por ejemplo: algunos tratados, antes de entrar en vigor, deben ser firmados y ratificados por cada uno de los Estados partes. Esto significa que la entrada en vigor es una condición necesaria para poder aplicar las normas expresadas por el tratado: la vigencia de una disposición jurídica (que sea convencional o legislativa) es *prima facie* una condición para la aplicabilidad de las normas expresadas por la disposición.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Una primera clara distinción entre norma y formulación normativa se encuentra en Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 94.

<sup>51</sup> Algunos autores hablan de “validez de disposiciones”. Los mismos precisan sin embargo que se trata de una metonimia. Véase por ejemplo Guastini, Riccardo, *op. cit. supra*, nota 35, pp. 20-21, donde analiza el pensamiento de Giovanni Tarello, y Id., *op. cit. supra*, nota 32, p. 211. Por la misma razón no debería hablarse de costumbres “en vigor”. Decir que una costumbre existe significa *ipso facto*, algo diferente. Si la vigencia se afirma de un fragmento de un texto jurídico, parece lógico que no pueda hablarse de costumbres “en vigor”.

<sup>52</sup> Para una reconstrucción reciente de las relaciones entre vigencia, validez y aplicabilidad de las normas, que comparte nuestra perspectiva teórica, véase Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y la ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema*, 2007, p. 277 y ss.

El concepto de vigor no es muy interesante porque se reduce a algo formal. Queda muy fácil para cualquier jurista decir que una disposición es “vigente” o ha dejado de serlo. Otro asunto es decir que las normas de un tratado se aplican a un caso individual. Por ejemplo: ¿puede aplicarse el Convenio europeo de 1950<sup>53</sup> a violaciones de derechos humanos cometidas por fuerzas militares de Estados partes, actuando como agentes de la ONU en un territorio de un Estado tercero? La cuestión no es de saber si el Convenio europeo está vigente, sino de saber si algunos “hechos” entran en el ámbito de aplicación, espacial, temporal y personal, del Convenio. Preguntarse si una norma es aplicable presupone dos actividades distintas y parcialmente independientes. La primera es la calificación jurídica de los hechos. En función de la conclusión de esta primera parte del razonamiento, surge la cuestión de si existen normas aplicables a la categoría jurídica bajo la cual los hechos han sido subsumidos.

Si tomamos el caso de la aplicabilidad de las normas expresadas por el Estatuto del Tribunal penal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, podríamos afirmar que dichas normas son aplicables a los casos de crímenes contra la humanidad porque el Estatuto prevé la competencia del Tribunal para condenar a los autores de este tipo de conducta en el contexto particular del conflicto yugoslavo. Sin embargo se trata de una aplicabilidad *prima facie*, que resulta de un análisis superficial de los textos jurídicos en vigor; sería posible contestar la validez de estas normas. Fue lo que hicieron, por ejemplo, los abogados de la defensa en el asunto Tadic.<sup>54</sup> A pesar de los argumentos invocados, de este ejemplo se desprende que la vigencia de un texto no es una condición suficiente de validez de las normas expresadas por él.

<sup>53</sup> *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>54</sup> Véase sobre todo la sentencia de la sala de apelación (TPI Ap., *Dusko Tadic*, 2 de octubre 1995, IT-94-1). La defensa sostuvo que el Tribunal fue creado por una Resolución de un órgano, el Consejo de seguridad (Resolución 827 del 25 de mayo 1993), que no tenía ninguna competencia para hacerlo. En consecuencia, el Estatuto del Tribunal, contenido en la misma Resolución, sería inválido porque su autor es incompetente. Sobre esta jurisprudencia: Sassoli, Marco, “La première décision de la Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: *Tadic* (compétence)”, *Revue générale de droit international public*, 1996, pp. 101-134; Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 194 y ss.

## 2.2. Validez y aplicabilidad: teoría y práctica internacional de una distinción

Antes de todo, hay que precisar que las dos nociones son doblemente independientes. Es decir que en algunos casos pueden aplicarse normas que no son válidas, y en otros no aplicarse normas válidas. Eso significa que los criterios de aplicabilidad y de validez no coinciden.<sup>55</sup> En las líneas que preceden hemos ocupado un concepto formal o sistémico de validez. Es decir que la validez de una norma no tiene sentido fuera de la existencia de un sistema jurídico. Cada sistema jurídico puede ser identificado por una regla de reconocimiento, cuya aplicación permite identificar las normas válidas en un momento dado. Podríamos por ejemplo hablar de “sistema jurídico de la ONU”. Decir que una norma de este sistema es válida significa que satisface a los criterios de validez de este sistema. No importa cuales son estos criterios, sólo importa insistir sobre el significado de la validez como “pertenencia a un sistema de normas jurídicas”.

Una norma válida es una norma que pertenece a un sistema jurídico dado. Por ello deberíamos decir, cada vez que ocupamos la palabra validez, de que sistema jurídico estamos hablando. En este sentido la validez es un concepto relativo. Autores como Bulygin<sup>56</sup> asocian esta distinción a aquella entre sistema jurídico y orden jurídico. Un sistema jurídico es un conjunto ordenado, y a menudo jerarquizado, de normas jurídicas, en un momento dado. Cada cambio normativo, desde este punto de vista, cambia la identidad del sistema jurídico: por eso necesitamos fotografiar en un momento dado este sistema. Es la razón por

<sup>55</sup> Sobre el concepto de aplicabilidad y sus relaciones con el concepto de validez, véase por una reconstrucción de las diferentes teorías, Comanducci, Paolo, “Quelques problèmes conceptuels concernant l’application du droit”, en *L’architecture du droit. Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 315-327. Algunos autores, a pesar de distinguir los conceptos, parecen vincularlos de manera necesaria. Véase por ejemplo Schauer Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon, Oxford, p. 119, en donde parece afirmar que la validez es condición necesaria para la aplicabilidad.

<sup>56</sup> Bulygin, Eugenio, “Time and Validity” (1982), trad. castellana “Tiempo y validez”, en Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *op. cit. supra*, nota 42, pp. 198-199. No importa la terminología elegida; algunos autores (Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System, An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970) por ejemplo distinguen los sistemas momentáneos (sistemas jurídicos) y los sistemas jurídicos (ordenes jurídicos). Si añadimos los problemas de traducción, resulta claro que las palabras utilizadas no son tan importantes: lo necesario es que queden claras las distinciones conceptuales.

la cual Joseph Raz habla de sistema momentáneo.<sup>57</sup> Dentro de un sistema jurídico no existen contradicciones o, mejor dicho, la construcción (doctrinal) de un sistema jurídico supone la previa eliminación de lagunas y antinomias.<sup>58</sup>

Dentro de un sistema jurídico encontramos dos tipos de normas: normas independientes,<sup>59</sup> que establecen los criterios de pertenencia al sistema (los criterios de validez) y las normas que cumplen con los criterios de validez (las normas válidas). Por ello los conceptos de validez y sistema son indisolubles, lo que justifica la utilización de la expresión “validez sistémica”. Por cierto, se puede utilizar la palabra “validez” para designar otros valores existenciales, y no es un “error” en sí mismo. El error es no distinguir. Dentro de cada sistema existen unas reglas sobre la aplicabilidad de las normas; su función es, también, permitir la aplicación de normas que no pertenecen al sistema. Es decir normas que en el momento de aplicarlas no son normas válidas del sistema. Estas normas pueden pertenecer a lo que se ha llamado el orden jurídico, es decir el conjunto de las normas pertenecientes a los sistemas jurídicos que se han sucedido en el tiempo. Más allá: puede tratarse de normas que simplemente pertenecen a otros ordenes jurídicos, por ejemplo el derecho interno de otro país o, para volver a nuestro ejemplo, una norma que pertenece a otra rama del derecho internacional. La norma aplicable puede pertenecer a cualquier orden jurídico.<sup>60</sup>

En el contexto del derecho internacional público podríamos por ejemplo distinguir diferentes órdenes jurídicos: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional penal, el derecho de las Naciones Unidas. Si volvemos al derecho “aplicado” por los jueces de los Tribunales penales *ad hoc*, podemos constatar algo interesante que confirma la distinción entre validez y aplicabilidad. Aparte de las normas válidas en el sistema del derecho penal internacional, los jueces aplican normas que per-

<sup>57</sup> Raz, Joseph, *Ibid.*, pp. 34 y ss.

<sup>58</sup> Sobre la actividad de construcción de sistemas jurídicos, coherentes y completos, Puppo, Alberto, “Les fondements des systèmes juridiques”, en Koubi, Geneviève – Muller-Quoy, Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 37-61, así que Id., *op. cit. supra*, nota 36, pp. 303 y ss.

<sup>59</sup> Como lo precisa Bulygin, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 9, 1991, p. 258: “Esta definición de “sistema jurídico” no prejuzga sobre el número y el origen de las normas que se elijan como base axiomática; puede tratarse de normas legislativas o consuetudinarias, extraídas de sentencias judiciales o de escritos doctrinarios y puede tomarse como base del sistema cualquier conjunto de normas”.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 267.

tenecen, por ejemplo, al derecho internacional de los derechos humanos. Lo hacen con respeto al concepto de legalidad penal. Cuando los jueces citan a las normas del Convenio europeo de 1950 no están manejando normas válidas del derecho internacional penal: están tomando, como si fuera un préstamo, algunas normas que pertenecen a otro sistema (u orden) jurídico, para utilizarlas en la decisión de un caso concreto. Estas normas no son normas válidas en el sistema jurídico del cual el Tribunal constituye un órgano jurisdiccional.<sup>61</sup>

Los mismos Tribunales penales *ad hoc*, a falta de definiciones adecuadas para calificar jurídicamente las conductas (por ejemplo los casos de violaciones de mujeres) buscaron en los derechos internos de los Estados los elementos necesarios para completar las definiciones imperfectas contenidas en el Estatuto, y poder al final afirmar que la precisión (así lograda) de dichas definiciones respeta el principio de legalidad penal.<sup>62</sup> Como ninguna norma del sistema dentro del cual actuaban permitía fundar la validez de esta regla sobre la aplicabilidad de normas internas a casos de justicia penal internacional, la única explicación posible es que los jueces, actuando de esta manera, introdujeron una nueva norma (independiente) en la base axiomática del sistema, en particular una norma sobre las fuentes del derecho aplicable.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, p. 321: “la aplicabilidad de una norma penal internacional es, en último análisis, determinada por el contenido de otras normas derivadas de fuentes del derecho distintas de las que constituyen el derecho ‘oficialmente’ aplicable por las jurisdicciones penales internacionales” (traducción por los autores).

<sup>62</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase: Gradoni, Lorenzo, “L’attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie. ‘Régularités’ et ‘Règles’”, en Delmas-Marty, Mireille - Fronza, Emanuela - Lambert-Abdelgawad Elisabeth (dir.), *Les sources du droit international pénal. L’expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de législation comparée, Paris, 2004, pp. 25-74; Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 321 y ss. El recurso al concepto de legalidad como definido por la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, permite “la justificación de la aplicabilidad del derecho de los Estatutos a pesar de su imprecisión en la definición de los crímenes, la cual es paliada por un recurso a fuentes extrínsecas –que no hacen parte del derecho ‘oficialmente’ aplicable por los Tribunales– que pueden satisfacer los criterios de predecibilidad y de accesibilidad” (*Ibid.* p. 326, traducción por los autores). Sobre la definición del crimen de violación, Esposito, Andreana, “La définition des crimes et le rôle du droit comparé: comment les juges comblent les lacunes normatives”, en Fronza, Emanuela - Manacorda, Stefano (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè, Paris, Milano, 2003, pp. 43-52.

<sup>63</sup> Hay que precisar que los jueces describen su trabajo como aplicación de principios generales de derecho internacional, fuentes formales del derecho internacional en virtud del artículo 38, § 1, c, del Estatuto de la Corte internacional de justicia, y no como aplicación de normas nacionales. Los contenidos normativos nacionales solo sirven para completar los contenidos inter-

Para concluir, podemos decir que los dos conceptos permiten describir algo: la pertenencia de una norma a un conjunto de normas. Los dos conjuntos no coinciden,<sup>64</sup> como se desprende de la distinción de Bulygin, entre tiempo interno y externo de una norma: “El intervalo entre los dos momentos temporales en los cuales una norma es introducida y/o eliminada será llamado el *tiempo externo* de un sistema jurídico. A cada intervalo de tiempo externo corresponde un sistema jurídico. [...] La secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso se llamará *tiempo interno* de la norma”.<sup>65</sup>

Si la distinción entre validez sistémica y aplicabilidad parece, a la vez, simple y clara, la ambigüedad del concepto de validez depende sin embargo de su utilización para decir algo muy diferente: que una norma que pertenece a un sistema jurídico debe ser aplicada y/o obedecida. Para designar este concepto, a la palabra validez se añade, en literatura, “normativa” o “absoluta”: su definición se coloca en el centro del problema de la normatividad y, por ende, resulta muy útil para comprender el concepto de *ius cogens*.

### 3. La existencia imperativa y retórica del *ius cogens* desde una perspectiva positivista

Validez absoluta, validez normativa, normatividad, obligatoriedad son expresiones que intentan capturar el mismo fenómeno. Analizaremos, no el problema de la normatividad del derecho, sino, sencillamente, el significado de expresiones como “la norma N es obligatoria (o

nacionales. Y como estos contenidos nacionales son comunes “a las naciones civilizadas”, entonces se trata de principios generales de derecho internacional. Probablemente la verdad es más simple: los jueces crean nuevas normas internacionales. Las fuentes extrínsecas o los principios generales permiten cumplir con la ficción de la interpretación como acto de conocimiento. Sobre esta cuestión: Garibian, Sévane, *Ibid.*, pp. 340 y ss. y *infra*, § 3.3. y ss.

<sup>64</sup> Desde otra perspectiva, debe imaginarse el caso de no aplicabilidad de una norma válida. El principio de irretroactividad penal ofrece un ejemplo (Huerta Ochoa, Carla, *op. cit. supra*, nota 52, pp. 295 y ss.). Los autores (por ejemplo Kelsen Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. castellana, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1979, pp. 44 y ss., y Ross, Alf, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, pp. 35-36) que sostienen que las verdaderas normas son las normas cuyos destinatarios son los jueces, podrán afirmar sin dificultad que la norma válida y aplicable es la que impone a los jueces respetar la irretroactividad de la ley penal. La norma de conducta sólo constituye un fragmento de otra norma. Independientemente de todo, lo que precede permite distinguir los dos conceptos, aunque en algunos casos los autores no lleguen a un acuerdo sobre cuáles sean las normas “verdaderas”, las primarias o las secundarias.

<sup>65</sup> Bulygin, Eugenio, *op. cit. supra*, nota 56, pp. 198-199.

imperativa)” (3.1). Para comprender la naturaleza de la “importancia particular” que se les reconoce a algunas normas, es necesario distinguir claramente dos situaciones, que corresponden a las segunda y tercera etapas mencionadas en la introducción. Tenemos que distinguir la naturaleza y los efectos del *ius cogens* en el contexto del derecho de los tratados (3.2) y en el contexto de las aplicaciones doctrinales y jurisprudenciales del mismo concepto. En estos últimos contextos, se afirma tal vez la existencia de una norma de *ius cogens* cuando su existencia no puede derivarse de una fuente formal (tratado o costumbre) (3.3). Cuando la norma ya existe, su carácter imperativo significa que beneficia de un carácter inderogable, de una fuerza particular (3.4). La existencia de esas normas, sin embargo, no nos obliga a abandonar el paradigma positivista, en la medida en que la aceptabilidad racional o la inderrotabilidad de una norma son el resultado de una práctica jurisprudencial y no de una evidencia moral: el concepto de *ius cogens* se encuentra definido por una regla conceptual consuetudinaria (3.5).

### 3.1. Normas obligatorias y normas imperativas

Cuando se introduce el concepto de *ius cogens*, el objetivo es, sobre todo, distinguir las normas “obligatorias” y las normas “imperativas”.<sup>66</sup> Los críticos de la noción de *ius cogens* destacan que esta distinción no tiene sentido: las normas o son obligatorias o no lo son, no hay normas que son más obligatorias que otras.<sup>67</sup> Y, si la distinción tiene sentido, entonces significa que las normas que se dicen “obligatorias” en realidad no lo son y que, en consecuencia, solo son obligatorias las normas “imperativas”.<sup>68</sup> Este tipo de debate pone de manifiesto la exigencia de aclarar los conceptos.

Si una norma jurídica se define por su naturaleza deóntica, es decir por su capacidad de crear deberes, entonces el concepto de obli-

<sup>66</sup> O las normas jurídicas ordinarias de aquellas cuya legalidad sería imperativa (Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit. supra*, nota 7, p. 392. La ventaja de esta manera de expresar la superioridad del *ius cogens* es que la jerarquía se aplica a la legalidad y no a las normas. Es decir: se distinguen (aunque de manera implícita), en último análisis, conceptos de validez, y no niveles normativos.

<sup>67</sup> Weil, Prosper, *op. cit. supra*, nota 29, p. 17: “La normatividad se transforma en una cuestión de más o menos: existen ahora normas más pesadas que otras, más obligatorias que otras” (traducción por los autores).

<sup>68</sup> Paulus, Andreas, *op. cit. supra*, nota 2, p. 323.

gación jurídica queda implícito en el concepto de norma jurídica. Así, una conducta, en virtud de una norma jurídica válida, puede ser debida, prohibida, o autorizada. Cuando se afirma que las normas contenidas en un convenio son obligatorias, solo está constatándose que las normas son jurídicas, es decir que se trata de un texto jurídico vigente, que puede, por eso mismo, crear –siempre *prima facie*, por supuesto– obligaciones.<sup>69</sup> En este sentido, el concepto de obligatoriedad es muy banal.

Las normas imperativas son, a menudo, normas que ya existen, es decir, normas válidas (convencionales o consuetudinarias) pero se les reconoce una importancia particular.<sup>70</sup> Esta importancia particular tiene dos dimensiones: la primera es *moral*; la segunda, por así decir, *hermenéutico-judicial*. La dimensión moral permite distinguir claramente las normas obligatorias y las normas imperativas. Las primeras son jurídicamente obligatorias, las segundas son, también, moralmente obligatorias (expresión de la moral internacional o de la voluntad “positiva” de la Comunidad internacional). La segunda dimensión traduce el rol jugado por los jueces en la identificación del derecho aplicable y en la calificación jurídica de la realidad.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Esto no significa que uno de los Estados partes no tenga, en algún momento, buenas razones (morales o económicas por ejemplo) para no cumplir. No obstante, la norma no cesa de ser obligatoria porque no cesa de ser válida.

<sup>70</sup> Sobre las relaciones entre normas convencionales, consuetudinarias e imperativas, véase, entre otros, Meron Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 8-9: “Un tal consenso puede representar un paso en un proceso que empieza con la cristalización de una norma convencional en un principio de derecho consuetudinario y culmina en su elevación al *status* de *ius cogens*” (traducción por los autores).

<sup>71</sup> Una parte de la doctrina insiste sobre un aspecto que, en último análisis, hace del problema de la identificación *in abstracto* de las normas de *ius cogens* un problema secundario. En efecto, el momento crucial no es el momento en el cual se afirma la existencia de una norma de *ius cogens*, sino el momento en el cual se califica una situación de “violación de una norma de *ius cogens*”. Algunas prohibiciones, como la del genocidio, parecen reconocidas y aceptadas por todos. Pero al momento de aplicar esta norma (por ejemplo con respecto al Darfour), queda abierta la posibilidad de contestar que en un caso concreto se trate de una situación de “genocidio”. Véase, en este sentido: Paulus, Andreas, *op. cit. supra*, nota 2, p. 329; Tancredi, Antonello, “L’emersione dei diritti fondamentali ‘assoluti’ nella giurisprudenza comunitaria”, *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 3, pp. 646 y ss., pp. 682 y ss.

### 3.2. El *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969: un criterio de validez relativa

Según las disposiciones jurídicas de la Convención de Viena de 1969, el *ius cogens* constituye un límite a la libertad convencional de los Estados. Un tratado cuyas normas son incompatibles con una norma imperativa de *ius cogens* es un tratado inválido, no produce ningún efecto. Una norma convencional no conforme a una norma de *ius cogens* es una norma inválida, es decir que no obliga a los Estados partes.<sup>72</sup> En este sentido el *ius cogens* funciona como un criterio de validez de los tratados. Sin embargo la situación queda compleja porque, si su función es clara, el contenido del *ius cogens* es absolutamente indeterminado. No existe ningún texto jurídico-positivo que precise cuáles son las normas imperativas, lo que implica que no existe ningún medio para saber, de antemano, si una norma convencional es válida. El criterio elegido por la Convención de Viena de 1969, el reconocimiento y la aceptación por la Comunidad de los Estados en su conjunto, no permite determinar el contenido del *ius cogens* por diferentes razones.

En primer lugar, no queda claro en qué consisten el reconocimiento y la aceptación.<sup>73</sup> En segundo lugar falta una definición de la Comunidad de los Estados en su conjunto: ¿todos los Estados, una mayoría de Estados o un grupo representativo de Estados?<sup>74</sup> Esta dificultad es aún más grave si se sostiene que, al fin y al cabo, *todo* el derecho internacional es la expresión de la voluntad de una minoría de Estados (los Estados europeos protagonistas de la historia post-westfaliana a los cuales se añadieron los Estados ganadores de la segunda guerra mundial).<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Esta afirmación es imprecisa: de hecho una norma inválida sigue siendo aplicable si un juez no la anula o si un juez no la declara inaplicable. En este sentido, Guastini, Ricardo, *op. cit. supra*, nota 35, p. 338.

<sup>73</sup> Leben, Charles, "Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations", *Droits*, 1997, 25, p. 35, constata que "los mecanismos concretos de reconocimiento, de producción y de modificación de las normas imperativas permanecen envueltos de misterio" (traducción por los autores).

<sup>74</sup> Weil, Prosper, *op. cit. supra*, nota 29, pp. 23 y ss.

<sup>75</sup> Es decir: las naciones occidentales, llamadas "civilizadas" o sea cristianas. En este sentido véase sobre todo Zolo, Danilo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Bari, 2004, p. 105, donde el autor reproduce los argumentos de los escépticos respecto a la globalización jurídica asegurada por el universalismo de los derechos humanos; las mismas dudas se encuentran en Paulus, Andreas, *op. cit. supra*, nota 2, p. 328 y ss., y Becerra Ramírez, Manuel, "Una visión diferente de las fuentes del derecho internacional", en Becerra Ramírez, Manuel - K. Müller Uhlenbrock, (coord.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 116 y ss.

Podría sostenerse, desde un punto de vista cínico, que las normas de *ius cogens* son las normas reconocidas y aceptadas por la mayoría de esta minoría de Estados.<sup>76</sup> Los optimistas<sup>77</sup> ven en la Asamblea general de las Naciones Unidas la fuente natural del *ius cogens*: sus resoluciones serían, así, la expresión de lo que casi la totalidad de los Estados (los miembros de la ONU) reconocen y aceptan como normas imperativas. Una visión realista atribuye un papel importante a las decisiones de jurisdicciones creadas para defender los valores fundamentales de la Comunidad internacional, como las jurisdicciones penales internacionales y las jurisdicciones regionales que garantizan el respeto de los derechos humanos.<sup>78</sup>

Independientemente de la fuente material de esas normas imperativas, en el contexto del derecho de los tratados, la situación parece bastante sencilla: una norma convencional no conforme a *ius cogens* es una norma inválida.<sup>79</sup>

Si el *ius cogens* fue positivizado como criterio de validez de los tratados, la experiencia nos enseña que su utilización real es muy diferente. Las normas imperativas son invocadas para afirmar la existencia de obligaciones (*erga omnes*), para afirmar la existencia de crímenes internacionales, en suma, fuera del derecho de los tratados, sobre todo en materia de derechos humanos y de derecho penal internacional. En estos casos el *ius cogens* deja de ser un criterio de validez. Es otro concepto, que juega un rol muy diferente.

Este segundo concepto puede ser un concepto iusnaturalista, es decir, podría referirse, sin más precauciones, al derecho natural. Por cierto, se trata de una opción teórica como otra. Pero, si seguimos con la idea de un análisis desde una perspectiva positivista, tenemos que bus-

<sup>76</sup> Es también legítimo dudar, como lo hace Paulus, Andreas, *ibid.*, p. 324, de la posibilidad de que una norma de *ius cogens* pueda emerger sin el consentimiento del superpoder de Estados Unidos, país que tendría una suerte de derecho de veto (p. 325).

<sup>77</sup> Por ejemplo Gómez Robledo, Antonio, *op. cit., supra*, nota 3, p.452: “¿No esta hoy el *totus orbis* en la Asamblea general?”.

<sup>78</sup> Tavernier, Paul, *op. cit., supra*, nota 2, p. 6. Para profundizar el papel de los jueces y la estructura de sus razonamientos, véase Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *op. cit. supra*, nota 19.

<sup>79</sup> Esto, por supuesto, dentro de un sistema jurídico que incluya en su base axiomática las normas de la Convención de 1969. La cuestión de la aplicabilidad de este criterio de validez a las Convenciones cuyas partes no ratificaron la Convención de Viena de 1969, no es una cuestión meramente teórica. Glennon, Michael J., *op. cit., supra*, nota 6, p. 533, insiste sobre las consecuencias de esta limitada ratificación. Podría sin embargo pensarse que los artículos del tratado sobre el *ius cogens* expresan hoy en día normas consuetudinarias o de *ius cogens*, y por ende, obligarían a todos los Estados. Para un análisis (escéptico) de la cuestión, Weil, Prosper, *op. cit., supra*, nota 29, p. 36.

car otra explicación. Esta explicación puede encontrarse profundizando los conceptos de existencia de normas. Por un lado hay que analizar el problema específico de la existencia de las normas consuetudinarias y, sobre todo, del discurso jurídico que afirma su existencia; por otro lado, es necesario comparar los elementos que definen una costumbre y los elementos que definen el *ius cogens*.

### 3.3. El *ius cogens* como conjunto de normas racionalmente aceptables

El concepto de aceptabilidad racional es quizá marginal para nuestra investigación. Sin embargo, en su definición, Aulis Aarnio,<sup>80</sup> integra un elemento esencial para captar la naturaleza del *ius cogens*: el consenso comunitario. Es decir que una norma puede existir en la medida en la cual una comunidad de juristas acepta su carácter razonable.<sup>81</sup>

Dos elementos deben ser subrayados para dar cuenta de la importancia de este concepto. En primer lugar, una norma que no existe como significado de una disposición jurídica o de una costumbre, no puede existir sino en la medida en que puede ser “identificada” a partir de un complejo razonamiento que se funda sobre algunos argumentos, cuya aceptabilidad por la comunidad de los intérpretes, le asegura una forma de existencia. Los jueces podrán desde entonces aplicarla. En segundo lugar, la existencia de esta norma está vinculada a las actitudes de una comunidad que, en principio, comparte algunas ideas, algunos valores, en cuanto a la racionalidad de los argumentos interpretativos.

Si retomamos la definición del *ius cogens*, encontramos los dos elementos: una norma *aceptada* y reconocida por la *Comunidad* de los Estados en su conjunto. Es posible afirmar que los escritos sobre el *ius cogens* son sobretodo escritos doctrinales, que traducen la *opinio iuris* de la comunidad de los juristas. Las normas de *ius cogens* pueden

<sup>80</sup> Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

<sup>81</sup> Hay que precisar que la aceptabilidad se afirma más bien de una tesis interpretativa; sin embargo, si una norma es el resultado de una actividad interpretativa, entonces la aceptabilidad de una tesis interpretativa se traduce por la aceptabilidad de la norma así derivada. La tesis de Aarnio es que la aceptabilidad racional es parte de la definición del concepto de validez (*Ibid.*, p. 44). Para una crítica de esta confusión, Weinberger, Ota, “Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals”, *Ratio Juris*, vol. 12, 4, 1999, pp. 345 y ss.

desde luego ser interpretadas como normas que la comunidad de los juristas internacionalistas reputan indispensables a la Comunidad internacional, necesarias para garantizar el respeto de sus valores fundamentales<sup>82</sup> (que no son inmutables como serían los valores “naturales”, sino variables).<sup>83</sup> Estas normas serían implícitas, es decir que, aunque no fuesen el significado de disposiciones convencionales o de prácticas de los Estados, su existencia se desprendería del conjunto del orden jurídico internacional, previa interpretación “constructiva”.<sup>84</sup>

Es importante subrayar que estas normas son aceptables y aceptadas por la comunidad de los juristas, y no necesariamente por los Estados,<sup>85</sup> considerados cada uno individualmente. A esta aceptación doctrinal, puede no corresponder una práctica de los Estados.<sup>86</sup> Es decir, y es un elemento importante que puede permitir la distinción entre normas imperativas y normas consuetudinarias, que la afirmación de la existencia de una norma de *ius cogens* no supone (como fuente) y no implica (como consecuencia) necesariamente un comportamiento conforme.<sup>87</sup>

Algunos autores, tomando en serio este aspecto, han hablado del *ius cogens* en términos de normas *de lege ferenda*.<sup>88</sup> Es decir que estas normas no serían positivas pero no en el sentido que serían “naturales”: simplemente se trataría de normas que la comunidad de los juristas reputa “buenas” y “necesarias”. Decir que una norma es *ius cogens* significa enviar un mensaje a las autoridades competentes para “positivizarlas”. Dicho de otra forma: el trabajo doctrinal cumple con una de las dos condiciones para la existencia de una norma consuetudinaria, la

<sup>82</sup> En este sentido “la norma imperativa procede directamente de un juicio de valor moral o social” (De Visscher, Charles, *op. cit., supra*, nota 5, p. 9, traducción por los autores).

<sup>83</sup> Tavernier, Paul, *op. cit., supra*, nota 2, p. 15.

<sup>84</sup> Guastini, Riccardo, “Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique”, *Analisi e diritto*, 2007, pp. 6-7.

<sup>85</sup> Por esta razón no compartimos una afirmación como la siguiente: “nada podría (...) prohibir a los Estados de corregir las ‘normas imperativas de derecho internacional general’ con el objetivo de eliminar la nulidad que ha afectado algunos actos” (Verhoeven, Joe, “Les nullités en droit des gens”, en *Droit international Cours et travaux de l’IEHI*, Pedone, Paris, 1981, pp. 85-86, traducción por los autores).

<sup>86</sup> Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, p. 493.

<sup>87</sup> Flauss Jean-François, “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, en *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, p. 71.

<sup>88</sup> Focarelli, Carlo, “I limiti dello *ius cogens* nella giurisprudenza più recente”, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, 3, pp. 648-649. Véase también Perrin, Georges J., *op. cit. supra*, nota 6, p. 759.

*opinio iuris*, pero para que una norma jurídica exista, hace falta el elemento “objetivo”.

Esta última observación muestra la ambigüedad del concepto y su difícil conciliación con el positivismo. El positivismo, desde John Austin,<sup>89</sup> se funda sobre una distinción clara entre el derecho como es y el derecho como debe ser. Ahora bien, el *ius cogens* parece pertenecer a esta última categoría. No obstante, esta observación no se aplica a los casos, la mayoría sino la totalidad, de normas de *ius cogens* que ya existen como normas convencionales o consuetudinarias.

En este caso se trata de derecho positivo. No obstante: ¿por qué decir que algunas normas son imperativas? Si no es para incitar a los Estados a introducir una práctica que permitiría la emergencia de una costumbre, ¿porque no contentarse de la validez de estas normas, más que suficiente para su aplicación en casos concretos?

Aquí volvemos a la noción de “importancia particular”: la validez sistémica, si garantiza la existencia de una obligación jurídica, no garantiza que las normas válidas no sean, en algunos casos, derrotadas por otras.

### 3.4. El *ius cogens* como conjunto de normas *prima facie* inderrotables

Las normas imperativas tendrían entonces la calidad de ser normas inderrotables. En el lenguaje de Raz, podríamos decir que las normas imperativas constituyen para los destinatarios de las normas internacionales, razones excluyentes para la acción.<sup>90</sup> Cuando, en un razonamiento práctico, se encuentra una norma de *ius cogens*, todas las demás razones jurídicas deberían de ser descalificadas. Las razones *imperativas* ganarían todo conflicto.<sup>91</sup> Raz construye su concepto de normatividad, de validez normativa, a partir del concepto de razón excluyente;<sup>92</sup> afirmar que una norma es *ius cogens* significa afirmar su carácter absolutamente “normativo”. A la validez sistémica (relativa) se le añade una validez normativa (absoluta). La primera no asegura el cumpli-

<sup>89</sup> Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 (1832).

<sup>90</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, *supra*, nota 48.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 73: “una regla es válida si y solamente si constituye una válida razón excluyente” (traducción por los autores).

miento ni siquiera lo exige, sino *prima facie*;<sup>93</sup> la segunda lo exige y, cuando alguien viola una de esas normas, la comunidad (doctrinal) internacional acepta de calificar esas violaciones de *violación grave de una obligación derivada de una norma imperativa de Derecho internacional general*. Esta aplicación del *ius cogens* no tiene nada que ver con la validez de los tratados. Este es otro concepto que define algunas obligaciones universales.<sup>94</sup>

Dos parecen las dimensiones existenciales pertinentes para captar el “ser” del *ius cogens*. Por un lado, las normas imperativas pueden existir porque la comunidad internacional, y más concretamente, los juristas más destacados de esta comunidad, aceptan racionalmente que algunas normas no pueden no existir. Estas normas serían desde entonces normas implícitas que se desprenden de un análisis del conjunto del orden jurídico. Por otro lado, cuando las normas de *ius cogens* ya existen como normas convencionales o consuetudinarias, afirmar que una norma tiene valor de *ius cogens* significaría más bien que esta norma es normativamente o absolutamente válida, es decir que tiene fuerza vinculante (*cogente*), que debe ser respetada en toda circunstancia.

Las dos dimensiones no son necesariamente alternativas: una norma racionalmente aceptable puede ser al mismo tiempo normativamente válida. La diferencia sin embargo queda clara porque, en el segundo caso, para aplicar la norma sería suficiente constatar que se trata de una norma convencional o consuetudinaria. La pertenencia al sistema jurídico es, por así decir, algo que no deja dudas. En el primer caso, el juez se encuentra en una situación de vacío: busca una norma convencional y no la encuentra; se cuestiona sobre la existencia de una costumbre y constata, por ejemplo, la ausencia de una práctica de los Estados. Solo puede inventar esta norma, afirmando su carácter imperativo, es decir que se impone, es obligatoria, aunque no exista ninguna fuente que la pone. Este primer caso sería, en último análisis, un caso entre otros de creación de derecho por parte de los jueces. La naturaleza de las nor-

<sup>93</sup> Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms” (1984), trad. castellana “Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas”, en *Id.*, *op. cit.*, *supra*, nota 42, pp. 157 y ss.

<sup>94</sup> Sobre las relaciones entre el concepto de *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y los crímenes internacionales, véase Bassiouni, Cherif, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 72; Cebada Romero, Alicia, *op. cit. supra*, nota 1, pp. 9 y ss.

mas de *ius cogens* sería muy cercana, sino idéntica, a la naturaleza de los principios generales de derecho.<sup>95</sup>

La actividad de los jueces permite transformar las normas imperativas, identificadas por la doctrina, en normas positivas, de creación jurisprudencial. Esta transformación responde a las críticas que se focalizan sobre la violación de los principios del positivismo jurídico. Los jueces son autoridades competentes para dictar normas positivas; esto es conforme a un positivismo jurídico que no se encierre dentro de una visión voluntarista y formal del derecho positivo.<sup>96</sup> Las decisiones judiciales contribuyen a la formación de una regla de reconocimiento, necesaria para identificar las normas pertenecientes al sistema jurídico. La *opinio iuris* de la doctrina no es otra cosa sino la expresión, por los jueces, del punto de vista interno hacia algunas normas que los jueces aceptan como criterio para identificar las normas aplicables. Ninguna norma escrita atribuye este poder a los jueces. Pero esta norma existe como resultado de la práctica jurisprudencial combinada con la opinión que lo que los jueces están haciendo no es nada más que una simple aplicación del derecho positivo: en otras palabras, existe una práctica judicial internacional que consiste en utilizar el *ius cogens* para definir algunas conductas como imperativamente obligatorias (debidas o prohibidas).

Esta constatación nos invita a decir algo más sobre la existencia de las normas consuetudinarias y los criterios para identificar las normas pertenecientes a un sistema jurídico.

<sup>95</sup> Kolb, Robert, *Théorie du Ius Cogens international. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp. 109 ss., interpreta estos principios como una encarnación del *ius cogens*. Sobre la naturaleza de estos principios: Vitanyi, Béla, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'", *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 87 y ss. El elemento común a los dos podría ser la función de eliminar lagunas (Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, p. 356). Dicho de manera más explícita: "estos principios adquieren el *estatus* de normas de derecho internacional positivo a través del acto del juez que los aplica. (...) El artículo 38, 3° del Estatuto constituye así un cheque en blanco ofrecido al juez internacional" (Kopelmanas, Lazare, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale", *Revue générale de droit international public*, 1936, 43, p. 303).

<sup>96</sup> Simma, Bruno - Paulus, Andreas, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", *American Journal of International Law*, 93, 1999, p. 307. Reconocer que al lado del derecho formalmente establecido por un acto de voluntad, existe un derecho espontáneo es la mejor manera para no caer en la tentación de una explicación iusnaturalista (Ago, Roberto, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 61-62).

### 3.5. El *Ius cogens* como regla conceptual consuetudinaria de formación jurisprudencial

Cuando una práctica internacional se refiere a un conjunto de comportamientos que no son objeto de una disposición jurídica, puede mantenerse que la existencia de la norma se reduce a su validez absoluta, a su aceptabilidad racional o a un conjunto de las dos. Una norma consuetudinaria, según la doctrina tradicional, nace si y solamente si el modelo normativo, con el cual se cumple tal vez espontáneamente, se considera como obligatorio en una comunidad dada. En este caso, es posible afirmar que esas normas existen de la misma manera que las reglas sociales; se requiere una determinada forma de compromiso (adopción del punto de vista interno, aceptación, actitud crítica reflexiva) por parte de los (futuros) destinatarios de la norma, pues, de lo contrario, la norma no podría nacer. El hecho de admitir que algunas normas puedan existir como racionalmente aceptables o como imperativas, permite hacer frente a la exigencia de evolución del derecho. En efecto, si se exigiera que sólo existan las normas extraídas más o menos mecánicamente de los textos jurídicos, la natural incompletud e inconsistencia de los ordenamientos jurídicos sería un enemigo imbatible. Una norma sobre la producción que permite rellenar las lagunas del derecho recurriendo a prácticas aceptadas parece entonces necesaria. Tal meta-norma, puede ser de tipo consuetudinario. Esto significa que, en algunos casos, las meta-normas sobre las fuentes del derecho tienen un carácter consuetudinario.

Las reglas que definen conceptos a menudo son designadas con la expresión “reglas conceptuales”. Las normas consuetudinarias pueden referirse no sólo a conductas sino también a normas o, más concretamente, al funcionamiento de un conjunto de normas. Por funcionamiento, puede entenderse, entre otras cosas, la manera en que se eliminan y se crean las normas. Tal funcionamiento puede describirse por medio de conceptos definidos por reglas cuya formación es en parte de tipo consuetudinario. Eso significa que las condiciones que una norma debe cumplir para pertenecer al sistema jurídico (para ser válida), son establecidas por una norma de tipo consuetudinario.

Este razonamiento, por supuesto, tiene más impacto con respecto al derecho interno, más escrito y piramidal. Pero permite igualmente, en el nivel internacional, plantear la existencia de una costumbre, cuyos principales actores serían los jueces (internos, regionales e internacio-

nales) los cuales, al fin y al cabo, determinan cuales son las normas internacionales válidas. El *ius cogens*, en este sentido, podría ser la *opinio iuris* o, mejor dicho, el elemento moral,<sup>97</sup> de esta costumbre. Las decisiones de los tribunales serían la práctica social. Es decir: la utilización repetida del *ius cogens* para fundamentar decisiones y, en algunos casos, para controlar la legalidad de algunas normas jurídicas, constituye una práctica que, uniéndose con el sentimiento (sobre todo de los jueces y de una parte importante de la doctrina) que esas normas imperativas existen y se imponen a todos, genera, no por magia,<sup>98</sup> pero según el mecanismo normal de la costumbre, una meta-norma que permite atribuir a algunas otras normas un carácter inderrotable.<sup>99</sup> Esto no significa que algunas normas tengan una naturaleza diferente. Sencillamente, los jueces crean esas normas cuya única función es la de solucionar los conflictos entre normas o principios de mismo nivel jerárquico.

### **Conclusión: el *ius cogens* como creación judicial de jerarquías axiológicas móviles**

Decir que algo es *ius cogens* es una manera oscura para decir que en una situación de conflicto una norma no podrá ser derrotada. Los constitucionalistas ya conocen esta manera de razonar: los jueces constitucionales, se enfrentan a conflictos entre derechos fundamentales, y

<sup>97</sup> Sobre esta distinción, entre *opinio iuris* y *elemento moral* de una costumbre, Kelsen, Hans, "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol X, 1939, pp. 253-274 (trad. castellana "Teoría del derecho internacional consuetudinario", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, pp. 231-258).

<sup>98</sup> La magia por cierto existe, y hay que buscarla en la actividad de los juristas: "Los juristas internacionalistas han actuado como 'magos', administrando los ritos del *ius cogens* e invocando su poder mágico. Actuando roles diferentes, como académicos, abogados, jueces internacionales y asesores jurídicos, los juristas internacionalistas han logrado hacer del *ius cogens* parte integrante de la fábrica del discurso del derecho internacional" (Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, p. 494, traducción por los autores). Pero la intervención de los jueces transforma esta fórmula mágica en práctica social, en derecho positivo. En último análisis, "el *ius cogens* no es ni una fuente, ni una norma jurídica; se trata de una marca registrada, por vía jurisdiccional o doctrinal" (Garibian, Sévane, *op. cit., supra*, nota 11, p. 357, traducción por los autores).

<sup>99</sup> Esto significa, como lo subraya Celano, Bruno, "Consuetudini, convenzioni", *Analisi e diritto*, 1995, p. 69, que la existencia de una costumbre "tiene como su condición necesaria un razonamiento práctico: el elemento interno de la costumbre (la *opinio*, o comoquiera se llame) debe interpretarse como (la conclusión de) un razonamiento práctico" (traducción por los autores).

a lo largo de un trabajo de ponderación, establecen jerarquías axiológicas (entre valores) para solucionar el caso.<sup>100</sup> Y, por supuesto, si, en muchos casos, las jerarquías se construyen de la misma manera, podemos concluir que un derecho es más “resistente” que otros. Pero eso no significa que este derecho se sitúa en un nivel superior de la jerarquía formal.<sup>101</sup> Porque si fuese el caso, las normas en conflicto con él deberían ser declaradas nulas. En este conflicto las dos normas son válidas (o más exactamente: ninguna de ellas es inválida),<sup>102</sup> sin embargo sólo una será aplicada en el caso concreto.<sup>103</sup> La otra cede, por así decir, el paso. Decir que una norma es *ius cogens* significa que tiene la fuerza<sup>104</sup> necesaria para resistir y no ser derrotada en caso de conflicto con otra

<sup>100</sup> Interesante fue el debate entre Moreso y Celano: Moreso, José Juan, “Conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 207-227; Celano, Bruno, “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 229-245; Moreso, José Juan, “A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano”, *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 247-254. Para una reconstrucción crítica de este debate: Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho della Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 17, 2004, pp. 355-371.

<sup>101</sup> Aunque la comunidad internacional haya aceptado la existencia de jerarquías (por ejemplo: Tomuschat, Christian, “Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations Erga Omnes—Concluding Observations”, en Tomuschat, Christian - Thouvenin, Jean-Marc, *op. cit. supra*, nota 2, p. 425); para Gómez Robledo, Antonio, *op. cit. supra*, nota 3, p. 439, las normas imperativas están “en el apice del *Stufenbau*”. Si la idea de jerarquía es criticable, lo que es cierto es la preocupación para establecerla (Tavernier, Paul, *op. cit. supra*, nota 2, p. 18). Para un análisis del origen de la teoría de la jerarquía internacional y una crítica de su utilidad, Caplan, Lee M., “State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *American Journal of International Law*, 2003, 97, 4, 741-781. Un análisis que compartimos es lo de Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, pp. 503-504, basado sobre la *Separate Opinion* del juez *ad hoc* Dugard en el asunto ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Jurisdiction and Admissibility, 3 de febrero 2006, ICJ Rep 1, § 3-14); en el mismo sentido, aunque de manera menos explícita: Kolb, Robert, *op. cit. supra*, nota 95, p. 127, donde el autor precisa que no se trata de una jerarquía formal, y Id., “Conflicts entre normes de «jus cogens»”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, donde el mismo autor habla de “una suerte de jerarquía de normas”. Weil, Prosper, *op. cit. supra*, nota 29, p. 21, habla de diferentes niveles de intensidad normativa. Al fin y al cabo, las confusiones surgen cuando no se distinguen los diferentes conceptos de jerarquía. Para una distinción clara: Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 124.

<sup>102</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit. supra*, nota 84, p. 5; Somek, Alexander, “Kelsen Lives”, *European journal of international law*, 18, 2007, p. 444.

<sup>103</sup> Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13,, pp. 504-505; Bassiouni, Cherif, “A Functional Approach to ‘General Principles of International Law’”, *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 805.

<sup>104</sup> En este sentido la invocación del *ius cogens* produce “una fuerza moral sin precedentes” (Bianchi, Andrea, *op. cit. supra*, nota 13, p. 496).

norma del mismo nivel. No significa que esta norma es una norma de derecho natural por una razón muy clara. El derecho natural es por definición inmutable. Las normas de *ius cogens*, inderogables, pueden ser modificadas (y por ende derrotadas) por otras normas del mismo carácter. De manera muy concreta: un *revirement* de jurisprudencia puede permitir derrotar a una norma que, hasta el cambio de práctica jurisprudencial, siempre era ganadora de los conflictos con otras normas.<sup>105</sup> Si se recurre a la terminología de la Convención de 1969, este fenómeno puede describirse afirmando que la comunidad de los Estados en su conjunto acepta y reconoce como imperativas otras normas (*ius cogens superveniens*) que modifican, y derogan a las normas que eran consideradas como imperativas.

Esta reconstrucción parece frágil en la medida en que es muy difícil concretizar la voluntad de dicha Comunidad. La reconstrucción más simple y realista es que una norma se manifiesta como “imperativa” *ex post facto*, es decir, siempre después de que un juez la utilizó como razón jurídica excluyente, y a medida que la doctrina y los otros jueces consideren tal utilización como correcta, en el sentido, débil, de “adecuada”.

Por cierto, nuestra visión no es muy romántica porque traduce la renuncia a la idea de un conjunto de normas que se impondrían a todos, inclusive a los jueces. Esta forma de romanticismo no es condenable en sí pero lleva, indudablemente, a las tierras del derecho natural. Nuestra visión no significa tampoco que se les reconozca a los jueces un poder sin límites. Al contrario, la multiplicación de las jurisdicciones internacionales asegura, en este nivel de creación normativa, lo que Hart ha llamado una actitud crítica reflexiva. Ningún juez posee la última palabra:<sup>106</sup> el contenido del *ius cogens*, de hecho, puede desprenderse del denominador común a las jurisprudencias de las jurisdicciones internacionales, regionales y supremas de los Estados. Hay una conver-

<sup>105</sup> Linderfalk, Ulf, *op. cit. supra*, nota 13, pp. 862-863, analizando el caso de la prohibición del uso de la fuerza y del derecho a la legítima defensa, piensa que los cambios de *opinio iuris*, con respecto al *ius cogens*, no pueden producirse, contrariamente a lo que puede excepcionalmente aceptarse por la costumbre, rápidamente.

<sup>106</sup> Se trata de un aspecto del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional. El conflicto de interpretaciones podría ser interpretado, no como un defecto a eliminar, sino como un signo de vitalidad del derecho internacional (Conforti, Benedetto, “Unité et fragmentation du droit international: ‘Glissez, mortels, n’appuyez pas!’”, *Revue générale de droit international public*, 111, 2007, 1, p. 18). Sobre el papel constructivo de los razonamientos desarrollados por los tribunales y sobre la interacción, potencialmente fértil, entre los mismos, véase Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *op. cit. supra*, nota 19.

gencia, que no exige ser una coincidencia, que permite respetar, o llegar a, una forma aceptable de seguridad jurídica “global”.

### Bibliografía

- Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987, 276 p.
- Ago, Roberto, “Droit positif et droit international”, *Annuaire français de droit international*, 1957, III, pp. 14-62.
- Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms” (1984), trad. castellana “Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas”, en Id., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 625 p., pp. 155-168.
- Alexy, Robert, “Una Defensa de la Fórmula de Radbruch”, en Vigo, Rodolfo Luis (com.), *La Injusticia Extrema no es Derecho: de Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, 512 p., pp. 227-251.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 (1832), 298 p.
- Bassiouni, Cherif, “A Functional Approach to ‘General Principles of International Law’”, *Michigan Journal of International Law*, 1990, pp. 768-818.
- \_\_\_\_\_, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruselas, 2002, 343 p.
- Bayón, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 801 p.
- \_\_\_\_\_, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 35-62.
- Becerra Ramírez, Manuel, “Una visión diferente de las fuentes del derecho internacional”, en Becerra Ramírez, Manuel - K. Muller Uhlenbrock (coord.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, 221 p. pp. 101-124.

- Bianchi, Andrea, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *European journal of international law*, 19, 3, 2008, pp. 491-508.
- Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, 242 p.
- Bulygin, Eugenio, "Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz" (1981), ahora en Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 625 p., pp., 427-438.
- \_\_\_\_\_, "Norms, Normative Propositions, and Legal Statements" (1982), trad. castellana "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 625 p., pp. 169-194.
- \_\_\_\_\_, "Time and Validity" (1982), trad. castellana "Tiempo y validez", en Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 625 p., pp. 195-214.
- \_\_\_\_\_, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa*, 9, 1991, pp. 257-259.
- Caplan, Lee M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *American Journal of International Law*, 2003, 97, 4, pp. 741-781.
- Cebada Romero, Alicia, "Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens*, y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 4, 2002, pp. 1-14.
- Celano, Bruno, "Consuetudini, convenzioni", *Analisi e diritto*, 1995, pp. 35-87.
- \_\_\_\_\_, "'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 229-245.
- Comanducci, Paolo, "Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales", *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho della Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 17, 2004, pp. 355-371.
- \_\_\_\_\_, "Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit", en *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, París, 2006, pp. 315-327.
- Conforti, Benedetto, "Unité et fragmentation du droit international: 'Glissez, mortels, n'appuyez pas!'", *Revue générale de droit international public*, 111, 2007, 1, pp. 5-18.

- De Sanctis, Francesco, *Temî di filosofia del diritto*, Buizoni Editore, Roma, 2002, 210 p.
- De Visscher, Charles, "Positivism et 'jus cogens'", *Revue générale de droit international public*, 1, 1971, pp. 5-11.
- Dupuy, Pierre-Marie, "La communauté internationale. Une fiction?", en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1627 p., pp. 373-396.
- Esposito, Andreana, "La définition des crimes et le rôle du droit comparé: comment les juges comblent les lacunes normatives", en Fronza, Emanuela - Manacorda, Stefano (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè, Paris, Milano, 2003, pp. 41-57.
- Flauss Jean-François, "La protection des droits de l'homme et les sources du droit international", en Id., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 13-79.
- Focarelli, Carlo "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", *Rivista di diritto internazionale*, 2007, 3, pp. 637-656.
- Garibian, Sévane, "Souveraineté et légalité en droit pénal international: le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg", en Henzelin, Marc - Roth, Robert (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Georg, Bruylant, Paris, Genève, Bruxelles, 2002, 355 p., pp. 29-45.
- \_\_\_\_\_, "Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l'humanité. De l'intervention pour cause d'humanité à l'intervention pour violation des lois de l'humanité", *Revue d'Histoire de la Shoah*, num. 177-178, 2003, pp. 274-294.
- \_\_\_\_\_, "Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg" (trad. G. M. Goshgarian), *Journal of Genocide Research*, vol. 9, n° 1, 2007, pp. 93-111 (trad. castellana: "Crímenes contra la humanidad y legalidad intencional en la doctrina post-Nuremberg" en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, ITAM - Fontamara, México, 2010, pp. 109-136.
- \_\_\_\_\_, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schuttless-Lgdj-Bruylant, Ginebra, París, Bruselas, 2009.

- Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, Itam-Fontamara, México, 2010.
- Glennon, Michael J., “De l’absurdité du droit impératif (jus cogens)”, *Revue générale de droit international public*, 3, 2006, pp. 529-536.
- Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, 195 p.
- \_\_\_\_\_, “Fundadores del derecho internacional”, en Id., *Derecho*, Obras, Vol. 9, Colegio nacional, México, 2001, 575 p.
- Gradoni, Lorenzo, “L’attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’ex - Yougoslavie. ‘Régularités’ et ‘Règles’”, en Delmas - Marty, Mireille - Fronza, Emanuela - Lambert-Abdelgawad, Elisabeth (dir.), *Les sources du droit international pénal. L’expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de législation comparée, Paris, 2004, pp. 25-74.
- Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, 344 p.
- \_\_\_\_\_, *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996, 356 p.
- \_\_\_\_\_, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 750 p.
- \_\_\_\_\_, “Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?”, en Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 193-206.
- \_\_\_\_\_, “Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique”, *Analisi e diritto*, 2007, pp. 1-10.
- Harhoff, Frederik, “La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux”, en Tavernier, Paul (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l’heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 281 p., pp. 65-80.
- Hart, H. L. A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 593-629.
- \_\_\_\_\_, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961, 263 p.
- Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y la ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema*, 1, 2007, pp. 267-304.

- Kelsen, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, 1939, pp. 253-274, trad. castellana “Teoría del derecho internacional consuetudinario”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, pp. 231-258.
- \_\_\_\_\_, *Principles of International Law*, Reinhart & Co., New York, 1952, p. 461.
- \_\_\_\_\_, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. castellana, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1979, 364 p.
- Kolb, Robert, *Théorie du jus Cogens international. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, 401 p.
- \_\_\_\_\_, “Conflits entre normes de «jus cogens»”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1627 p., pp. 481-506.
- Kopelmanas, Lazare, “Quelques réflexions au sujet de l’article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale”, *Revue générale de droit international public*, 1936, t. 43, pp. 285-308.
- Lauterpacht, Hersch, *The development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longmans, London, 1934.
- Leben, Charles, “Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations”, *Droits*, 1997, 25, pp. 33-45.
- Linderfalk, Ulf, “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *European journal of international law*, 18, 2007, pp. 853-871.
- Meron Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 263 p.
- Moreso, José Juan, “Conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 207-227.
- \_\_\_\_\_, “A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano”, *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 247-254.
- Mosca, Gaetano, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1882), ahora en Id., *Scritti politici*, vol. I, UTET, Torino, 1982.
- Navarro, Pablo Eugenio, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, 22, 2005, pp. 99-122.
- Omaggio, Vincenzo, *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000, 225 p.

- Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong", *European journal of international law*, 18, 2007, pp. 955-970.
- Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, "Los juicios de Nuremberg 60 años después", *Derechos Humanos México*, 2, 2006, pp. 35-53
- Paulus, Andreas, "Jus Cogens in a Time of Egemony and Fragmentation. An attempt at a Re-appraisal", *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, pp. 297-334.
- Pellet, Alain, "Conclusions", en Tomuschat, Christian - Thouvenin, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, 471 p., pp. 417-424.
- Perrin, Georges J., "La nécessité et les dangers du jus cogens", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge - En l'honneur de Jean Pictet*, Martinus-Nijhoff, Genève-La Haye, 1984, 1143 p., pp. 751-759.
- Puppo, Alberto, "Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e *inscripción* del derecho", *Doxa*, 22, 1999, pp. 233-261.
- \_\_\_\_\_, "Les langues, entre traditions et droit: de la *traduction radicale* au *verbalisme interculturel*", *Droit et Cultures*, vol. 44, 2, 2002, pp. 21-31.
- \_\_\_\_\_, "Les fondements des systèmes juridiques", en Koubi, Geneviève-Muller-Quoy, Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 294 p., pp. 37-61.
- \_\_\_\_\_, "Les juges européens et la lutte contre le terrorisme: entre création de hiérarchies normatives et sacrifice des droits fondamentaux", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 9, 2009, pp. 279-321.
- \_\_\_\_\_, "Democracia, jueces y protección de las libertades fundamentales: Gaetano Mosca y la teoría de la clase política", en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, ITAM-Fontamara, México, 2010, pp. 69-73.
- \_\_\_\_\_, "Derecho europeo y lucha contra el terrorismo: entre constitucionalización del derecho unilateral de la ONU y garantías del pluralismo jurídico", en Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre Positivismo y Derecho internacional*, México, Fontamara-ITAM, 2010, pp. 227-269

- \_\_\_\_\_, *Acceptation et normativité: la force du devoir dans le discours juridique*, Aracne, Roma, 2011.
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System, An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, 245 p.
- \_\_\_\_\_, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975, 220 p.
- Redondo, Maria Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 274 p.
- \_\_\_\_\_, “Reglas “genuinas” y positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, 1998, pp. 243-276.
- Rivier, Raphaële, *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Droit, Paris 2, Francia, 2001, 650 p.
- Ross, Alf, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, 383 p.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 59-71.
- Sassoli, Marco, “La première décision de la Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: *Tadic (compétence)*”, *Revue générale de droit international public*, 1996, pp. 101-134; Garibian, Sévane, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 194 y ss.
- Schauer Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon, Oxford, 254 p.
- Schmill Ordóñez, Ulises, “Orden jurídico y derrotabilidad normativa”, *Analisi e diritto*, 2000, pp. 217-253.
- Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, 100, 2, 2006, pp. 291-323.
- Simma, Bruno - Paulus, Andreas, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *American Journal of International Law*, 93, 1999, pp. 302-316.
- Somek, Alexander, “Kelsen Lives”, *European journal of international law*, 18, 2007, pp. 409-451.
- Spaak, Torben, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *Law and Philosophy*, Vol. 28, 2008, pp. 261-290.
- Stephan, Paul B., “The Political Economy of Jus Cogens” (7 de marzo de 2011), *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2011-14 (Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780472>).

- Tancredi, Antonello, "L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria", *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 3, pp. 644-692.
- Tavernier, Paul, "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?", en Tomuschat, Christian - Thouvenin, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, 471 p., pp. 1-20.
- Tomuschat, Christian, "Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations", en Tomuschat, Christian - Thouvenin, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, 471 p., pp. 425-436.
- Troper, Michel, "The Fact and the Law", en Nerhot, Patrick (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Kluwer, Dordrecht, 1990, 456 p., pp. 22-37.
- Vallarta Marrón, José Luis, "La argumentación jurídica entorno al *ius cogens* internacional", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2010, vol. X, pp. 11-47.
- Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2009, 280 p.
- Verhoeven, Joe, *Les nullités en droit des gens*, en *Droit international. Cours et travaux de Institut des hautes études internationales de Paris*, Pedone, Paris, 1981, 174 p., pp. 2-108.
- Vitanyi, Béla, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'", *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 48-116.
- Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, 214 p.
- Weil, Prosper, "Vers une normativité relative en droit international?", *Revue générale de droit international public*, 86, 1982, 1, pp. 5-47.
- Weinberger, Ota, "Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals", *Ratio Juris*, vol. 12, 4, 1999, pp. 336-353.
- Zolo, Danilo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Bari, 2004, 163 p.