

EL SISTEMA POLICÉNTRICO DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA DETERMINACIÓN REGIONAL DE LAS REGLAS DE *IUS COGENS**

Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN**

SUMARIO: I. *Fragmentación o integración*. II. *Las nuevas ideologías inmersas en el derecho internacional*. III. *La crisis de la justicia internacional institucionalizada y la cooperación judicial internacional*. IV. *La vinculación del derecho interamericano y el derecho internacional general*. V. *La fragmentación taxonómica del derecho internacional*. VI. *La doctrina del ius cogens regional*. VII. *Conclusiones*.

I. FRAGMENTACIÓN O INTEGRACIÓN

ES DIFÍCIL diagnosticar si el derecho internacional general se encuentra en un proceso centrífugo de fragmentación o si tan sólo se han evidenciado las deficiencias en su compleja fuerza centrípeta a la integración. En realidad ha resultado más sencillo epistemológicamente integrar el derecho internacional general en su vector histórico mediante la consolidación de la doctrina llamada del *derecho intertemporal*,¹ en lugar

* Al Dr. Ignacio BURGOA con admiración perpetua.

** Profesor de Derecho Internacional, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ “Third principle must be applied in the present case, for the reasons given above in regard to the rules determining which of successive legal systems is to be applied (the so-called intertemporal law).” *The Island of Palmas case, (Netherlands vs. United States)*, The Hague, April 4, 1928, *Reports of International Awards*, volume II, pp. 829-872; *Sahara Occidental, Advisory Opinion, Separate Opinion of Judge De Castro*, I.C.J. Reports 1975, p. 168; “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, numeral 115. En sentido contrario, *cf. Voto Concurente del Juez A.A. Cançado Trindade*, numeral 9.

de extender espacialmente y de manera unívoca su existencia, de suerte a que decantase armónicamente en todo el orbe.² También se puede constatar que por alguna razón, la comunidad internacional ha estimado que los órdenes jurídicos nacionales tenderían a la homogeneización con cierta automaticidad sin importar el acervo derivado de distintas culturas y tradiciones jurídicas³ fuerte y celosamente arraigados.⁴ Paradójicamente, valores pretendidamente universales son impracticados en ciertos confines del mundo, mientras que las instituciones jurídicas de prestigio tienden a la extrapolación y exportación. Al propio tiempo las normas de derecho internacional general o de derecho convencional de vocación universal se vulneran con propósitos regionales revisionistas, obteniendo resultados de poca valía.⁵

Por el momento la discusión cíclica en torno a la fragmentación del derecho internacional se evidencia por la ausencia de un sistema judicial integrado⁶ y anuncia reiteradamente sus proclividades.⁷ Muchos síntomas

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

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

⁴ En contrario: “[...] conviene no exagerar los contrastes entre el orden jurídico del Estado y el Derecho internacional, ya que la contraposición radical entre el modelo del Derecho interno (centralizado e institucionalizado) y el orden jurídico internacional (descentralizado y escasamente institucionalizado) tiene más de exageración y de comodidad que de verdad científica.” (CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, “El Fundamento del Derecho Internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, 1, vol. L, p. 21).

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

⁶ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of 2 October 1995*, para. 11: “A narrow concept of jurisdiction may, perhaps, be warranted in a national context but not in international law. International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an ordely division of labour among a number of tribunals, where certain aspects

advierten la amenaza de la escisión hasta convertirse en una preocupación en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.⁸ Las tradiciones jurídicas parecen enfrentadas, los regionalismos de integración económica parcializan en bloques a la comunidad y los acuerdos regionales de seguridad colectiva propenden a rechazar el sistema de la Carta de San Francisco, la incompreensión cultural y geopolítica entre los dos hemisferios se traduce en una crisis persistente del derecho constitucional de las Naciones Unidas; las cortes regionales y especializadas dictan justicia a la carta abandonando las líneas fundamentales de la jurisdicción estrictamente universal de la Corte Internacional de Justicia. Cualquier entidad invoca la existencia de normas fundamentalísimas o de *ius cogens* aún cuando sea a nivel regional o subregional. En el intercambio, la comunidad internacional sólo recibe señuelos de justicia internacional, tales como las llamadas doctrinas de la mundialización del derecho, de la jurisdicción o competencia universal, o regionalismos exacerbados bajo distintas denominaciones. No es funcionalmente concebible la acción eficaz de las instituciones del derecho internacional contemporáneo si se privilegia bajo algún título a las fórmulas del regionalismo.⁹

La formación del derecho internacional ha sido históricamente acentrada según una visión, o bien policéntrica dependiendo de la ubicación que se haga del foco legíferas de dicho orden. Al parecer ello no crea un problema en sí mismo salvo en la medida en que las normas así creadas carezcan de cohesión y se mantengan exclusivamente como normas regio-

or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour. Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some one of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its 'judicial character', as shall be discussed later on. Such limitations cannot, however, be presumed and, in any case, the cannot be deduced from the concept of jurisdiction itself."

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

⁸ *Cfr.* Informe del 55 período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2003*, Asamblea General, Suplemento No. 10 (A/58/10).

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

nales marginales de su reconocimiento y práctica universales, generando con ello una tensión normativa que dificulte las relaciones internacionales. La fragmentación del orden internacional es un fenómeno altamente ideologizado que se esconde en doctrinas casuistas que se distancian de varios principios del derecho internacional general.

II. LAS NUEVAS IDEOLOGÍAS INMERSAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las materias jurídicas que interesan a las hegemonías económicas y políticas del orbe se cristalizan en principios que sin ser en absoluto derecho internacional general, son exaltados reiteradamente por los voceros de dichos poderes, hasta convertirse en parte de un paquete de venta de un modelo jurídico y de un miniestadio de civilización.¹⁰ Existe la apariencia de que los Estados comparten los mismos valores en sus políticas internas e internacionales y que al ser contestes éstas en sus principios de base, irremediamente deben converger en los mismos estándares internacionales y tener por reflejo en lo interno, legislaciones muy similares si no es que idénticas e incluso trasplantadas de algún Estado líder. Esta doctrina llamada de la *mundialización del derecho*, tiene como sustrato la creencia de que la humanidad ha llegado a una fase de civilización tal que resulta incomprensible y reprobable que algún Estado cualquiera que sea su latitud, grado de desarrollo, perfil cultural o encrucijada geopolítica, sea refractario a la adopción de legislaciones fundamentalmente comerciales y de inversiones, normalización, propiedad intelectual (y contingentemente electorales, de derechos humanos o de cooperación judicial), que ya hayan sido testadas por las principales potencias occidentales. La más de la veces, las normas así difundidas ni siquiera se encuentran consolidadas como reglas de derecho consuetudinario internacional ya sea regional en Europa o en los Estados de América del Norte, cuando tales reglas ya son objeto de requerimientos de su implantación por los Estados de dichas regiones. Por su lado los Estados en vías de desarrollo se adhieren casi con inmediatez a tales propuestas legislativas por diversas razones: unos, por la promesa implícita

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

de que tales ordenamientos a la moda, les permitirá acceder al libre comercio, a las grandes inversiones extranjeras o a la integración económica en sus diversos alcances; otros, por la adquisición de un prestigio rápido en las relaciones internacionales, consecuencia de una membresía derivada de un tratado o de la promulgación de una ley conforme a un modelo. Bajo cualesquiera de las anteriores circunstancias, los derechos humanos son sólo un referente negociador que si bien puede servir para diferir o complicar un tratado, jamás para impedirlo.¹¹ En ocasiones el grado de desarrollo económico de un Estado o su capacidad comercial, desmienten las pretensiones diplomáticas comerciales de éstos, haciendo inoperantes los acuerdos que suscriben en la materia, y entonces la trampa se surte tanto para los nacionales del Estado inversor como para el Estado receptor, cuando la realidad revela la imposibilidad de ejecutar un acuerdo que rebasa a las condiciones materiales de las naciones en crecimiento.

Los Estados se ponen de acuerdo relativamente sobre los convenios marco de liberalización comercial tales como el Acta de Marrakech¹² que consagra a nivel multilateral a la añeja Ronda de Uruguay e instituye a la Organización Mundial de Comercio. Lo mismo podría decirse respecto de la Conferencia sobre el Derecho del Mar (Montego Bay),¹³ empero, de manera sospechosa se constata que en tratándose de derechos mucho más urgentes, de naturaleza fundamental, que incumben a los individuos como tales, no existe el mismo entusiasmo diplomático para el establecimiento de una Corte Universal de Derechos Humanos, ni siquiera existe un documento de tal naturaleza a nivel de trabajos preparatorios o de propuesta plenaria en la Asamblea General. Nadie se atreve a abrir la Carta de las Naciones Unidas para incorporar a la Corte Penal Internacional como un órgano principal adicional del sistema.

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

¹² Marruecos 15 de abril de 1994.

¹³ *Cfr.* "Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provisions of the Convention of the Law of the Sea"; *American Journal of International Law*, vol. 88, no. 4, October 1994: "The Entry into Force of the Convention on the Law of the Sea: A Redistribution of Competences between States and International Organisations in Relation to the Management of the International Commons?"; *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, January 26-28, Verlag W. Kohlhammer, 55/2, 1995.

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

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

La doctrina de la jurisdicción universal es la versión judicial de la llamada globalización económica, y abreva en ocasiones en la entelequia de la mundialización del derecho para hacer aparecer un reclamo judicial concreto, en una norma de consagración universal irrefutable. Contra lo que la buena voluntad quisiera, la jurisdicción universal conlleva a un retroceso hacia el primitivismo del derecho internacional de la autotutela, en donde los Estados sólo conocen como límite a sus impulsos, sus propias decisiones.¹⁴ Los Estados se sirven de sus constituciones nacionales para autohabilitarse internacionalmente. La constitución de cada Estado se vuelve el punto de validez de todos los otros órdenes jurídicos internos y del derecho internacional.¹⁵ Los Estados devienen entonces en proclives a hegemonizar

¹⁴ Cfr: GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “La doctrina de la jurisdicción o competencia universal y el principio del unilateralismo en materia de derecho humanitario internacional”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, 2004, pp. 661-677.

¹⁵ En ocasiones la amenaza está adentro de los Estados que reclaman la reconducción de la conducta de otros, cfr: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, para. 139.

judicialmente las relaciones internacionales de acuerdo a sus ámbitos de influencia.

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

La política de los Estados occidentales respecto de la justicia internacional tiene su propia paradoja: las grandes potencias han podido instituir con pretendida holgura moral y jurídica tribunales especializados para Ruanda y la ex-Yugoslavia (ninguno para Kosovo, Afganistán o Irak II, en donde los aliados occidentales sí han metido las manos y pueden ser responsabilizados), siempre protegidos por el privilegio del veto en el seno del Consejo de Seguridad, pero cuando tal privilegio no existe, y la jurisdicción internacional (ahora sí universal), proviene de un hecho más democrático como es el caso de un instrumento multilateral tal como el Estatuto de Roma, la sed internacional de justicia desaparece entre las grandes potencias, e incluso se sirven de su fuerza diplomática y política para frenar la acción de la Corte Penal Internacional respecto de sus propios nacionales.¹⁶ Se crea así un régimen consolidado de justicia internacional *intuitu stato*, y los jueces nacionales e internacionales constatan con asombro la ampliación o disminución de sus facultades punitivas según la identidad del criminal y su posición en las relaciones internacionales. Los Estados transmutan a voluntad sus ordenamientos constitucionales en habilitaciones jurídicas internacionales. Reglas constitucionales y secundarias de hechura doméstica, de adopción parlamentaria nacional, de exégesis judicial ordinaria interna, de manera intempestiva e inusitada encuentran alcance de normas internacionales sin el consenso de los demás miembros de la comunidad internacional, quienes además deben tolerar sus efectos.

Cuando tal inordinación sobreviene, las propias potencias actuantes deben aceptar la dislocación de sus competencias constitucionales para que sus jueces de iniciativa humanitaria, inventen sus espacios de competencia y las

¹⁶ Por lo que toca a la declaración de inmunidad respecto de la Corte Penal Internacional de los contingentes participantes en las operaciones para el mantenimiento de la paz, *cfr.* Resoluciones del Consejo de Seguridad 1422, 12 de julio de 2002 y 1487, 12 de junio de 2003. *Cfr.* HESELHAUS, Sebastian "Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung der Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Verlag W. Kohlhammer, 62/4, 2002. p. 941.

hipótesis jurídicas que les permitan aceptar unos casos y discriminar otros, con algún tipo de coherencia. El caos hermenéutico jurisdiccional (tan solo en lo interno) es total: los jueces constitucionales interpretan normas de *ius cogens* (reales o imaginarias) y los jueces de legalidad adquieren vocación constitucional e incluso aplican liberalmente normas de derecho consuetudinario internacional.

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

La ingenuidad de las concepciones de los ciudadanos del Tercer Mundo respecto de los políticos de Occidente lleva a una pérdida de la coherencia posicional de aquéllos. Por razones que se explican sólo por la dependencia ideológica y por la insuficiencia educativa, los académicos y los negociadores de los países en desarrollo dan por buena la doble moral de las potencias occidentales, las cuales por un lado son generosas y hasta paternalistas en la búsqueda de la persecución y castigo de los criminales internacionales, (casi siempre de países no alineados), Estados aquéllos que devienen en severos e intolerantes cuando se trata verbigracia de la protección de sus propios derechos de patentes o de subsidios en los procesos de producción agrícola, no obstante que la comercialización de fármacos genéricos o una economía rural no subvencionada, garantizarían verdaderamente la salud o la alimentación de millones de seres humanos del sur geopolítico, quienes sí podrían así tener un goce efectivo de tales derechos fundamentalísimos.

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

IV. LA VINCULACIÓN DEL DERECHO INTERAMERICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Los problemas de desarticulación entre el derecho internacional general y los derechos regionales o subregionales no se reducen a la relación con el sistema interamericano, aún cuando esta es la crisis más antigua en la materia. Para destacar los otros desencuentros jurídicos preferimos que sean juristas de esas partes del mundo quienes lo señalen con el conocimiento y profundidad debidos.

La relación entre el llamado derecho internacional americano y el derecho internacional universal se ha caracterizado por una dinámica de ensayo y error. Doctrinariamente, juristas como Alexandre Álvarez ya lo habían diagnosticado y publicitado, no obstante que la doctrina regional fuese errática a veces por falta de profundización en el tema.¹⁷ A nivel jurisprudencial en el Sistema Interamericano, tanto México y los Estados Unidos lograron converger sobre temas tan complejos como la validez de la controvertida cláusula Calvo,¹⁸ antes de aceptar la tesis opositora de la Corte Permanente de Justicia Internacional,¹⁹ lo que demuestra que no se trataba de un derecho

¹⁷ Ya para 1959, Manuel J. Sierra negaba la existencia de un derecho internacional americano, *Cfr. Derecho Internacional Público*, tercer edición, 1959, p. 68. *Cfr. MORENO PINO, Ismael Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas*, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 105. La actitud más marcada queda representada por la pronunciada por el jurista Alexandre Alvarez: “Beaucoup de situations internationales fréquentes en Europe, ne se présentent pas sur le continent américain. Enfin, les États de l’Amérique ont, sur certaines matières, des doctrines et des pratiques différentes des pays de l’Europe,” *Le droit international américain*, A. Pedone, 1909, p. 19.

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

¹⁹ *Cfr. The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, Judgment No. 5 (Merits)*, March 26, 1925, Series A, No. 5, pp. 6-51.

puramente latinoamericano sino continental y abiertamente refractario al universalismo.

El primer problema de ubicación del sistema interamericano lo fue que el sistema de versalles nunca fue verdaderamente universal. El período de entreguerras anunciaba la pontificación de los dos mundos entonces existentes con dos órdenes jurídicos apenas comunicantes. El régimen fundamentalmente europeo representado por el Tratado de Versalles nunca fue completamente conteste con el sistema interamericano, quien a su vez desconfiaba de aquél. Esta distanciaci3n habr3a de sobrevivir de manera inconfesa durante la Segunda Guerra Mundial y proyectarse subrepticamente en la Carta de las Naciones Unidas, en figuras como los acuerdos regionales y la leg3tima defensa, instituciones fuertemente tributarias del Acta de Chapultepec.²⁰ De hecho los juristas americanos no abandonar3an sus esfuerzos de diferenciaci3n los dos 3rdenes jurídicos, incluso en la materia judicial. Desde la Conferencia de San Francisco, la Delegaci3n de Cuba present3 el proyecto (nada deleznable) por el cual la propia Corte podr3a conocer mediante salas regionales, esto es la entonces ya existente con sede en La Haya y otra que sesionar3a en La Habana,²¹ la existencia de s3lo estas dos salas es la muestra de lo reducido que era el mundo del derecho internacional de posguerra. El proyecto, –cuyo autor era el eminente jurista Antonio S3nchez de Bustamante–, pretend3a fundamentalmente dar un impulso renovado al desarrollo del derecho interamericano de suerte que las instancias universales no lo mermaran ante su desconocimiento.²²

²⁰ Ciudad de M3xico, 5 de marzo de 1945.

²¹ De acuerdo con el *Proyecto S3nchez de Bustamante*, la sala de La Habana conocer3a de las controversias que surgiesen de manera exclusiva entre Estados del continente americano, en la inteligencia de que si uno de 3stos contendiere con un Estado ajeno a la regi3n, una sala especial deber3a constituirse para conocer de tal diferendo, de acuerdo con lo previsto por el art3culo 7 del mencionado Proyecto. *The United Nations Conference on International Organization*, Doc 2 G/14 (g) (2), 7 de mayo de 1945, p. 2.

²² Es interesante advertir que entre los m3s importantes usuarios de la jurisdicci3n internacional, se encuentra la subregi3n de la Am3rica Central. Un repaso que se haga de los casos llevados por los Estados centroamericanos ante la Corte nos permitir3 confirmar esta impresi3n: *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986*; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 1988*; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports 1992*.

Algo tendrían de premonitorios los temores los juristas interamericanos: algunas extrapolaciones del derecho interamericano en materia de delimitación marítima²³ o de contenciosos territoriales,²⁴ lo demostrarían. Más tarde se constataría que la Corte Internacional de Justicia al funcionar en salas y con una conformación de juzgadores de latitudes remotas, tendría pronunciamientos sobre la historia y el derecho la región interamericana con consecuencias poco afortunadas.²⁵ Por su parte, la propia Corte Internacional de Justicia no dejaría pasar la oportunidad de imponer (con bastante fortuna ciertamente), la primacía del universalismo sobre el regionalismo en materia de arreglo pacífico de las controversias, en donde los Estados pueden evitar los mecanismos regionales en beneficio de los universales.²⁶

²³ La doctrina jurídica interamericana recibió con gran entusiasmo la elaboración de las cuatro convenciones derivadas de la Conferencia de 1958, *cfr.* GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. “La Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental,” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, tomo VIII, abril-junio 1958, núm. 30, p. 7. Es importante destacar que el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre delimitación de Plataforma Continental de 1958 tiene una lógica que fue incomprendida por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En efecto, los criterios de delimitación ahí contenidos, son completamente conformes con los principios y necesidades de delimitación del derecho interamericano, mismos que son acordes con la proclama Truman. La configuración particular del continente americano, que es el único en el planeta que corre de polo a polo y en donde la configuración política es la de Estados gigantescos con fachadas marítimas orientadas en la misma dirección siempre hacia el mar abierto, hace comprensible tanto la mencionada proclama como el referido artículo 6, pues en nuestro continente la idea de Estados que se hiciesen frente es prácticamente ajena a la estructura geomorfológica y política del continente. En último de los rigores, la pretensión de la Corte de aplicar un principio del derecho interamericano, a la delimitación de los espacios marítimos en el Mar del Norte, fue un acto extralógico de efectos evidentemente nocivos para la jurisprudencia ulterior en la materia.

²⁴ Sobre esta discusión, *cfr.* GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “1810 y la doctrina del *uti possidetis* en el derecho internacional” en *Varia Iuris Gentium*, Estudios de derecho internacional en homenaje a don Víctor Carlos García Moreno, México, Porrúa, 2002.

²⁵ *Cfr.* *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, *Judgment of 11 September 1992*, I.C.J. Reports 1992, p. 558, num. 333. *Cfr.* GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “Jurisdicciones declarativas, de atribución, punición y reparación en los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos y del derecho humanitario”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos-Unión Europea, vol. II, San José, Costa Rica, 1998, p. 854.

²⁶ *Cfr.* *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1988, p. 100.

En la práctica los Estados del continente americano han encontrado mecanismos y espacios para escapar de la dictadura del universalismo. Es de reconocerse que la América latina ha buscado un camino propio y sólo se apoya a nivel continental por excepción. El rubro comercial es en este sentido completamente errático y las ligas integrativas creadas por los Estados son en ocasiones incomprensibles.²⁷ En materia de justicia penal internacional y de tutela de los derechos humanos el sistema interamericano se ha fraccionado por meras cuestiones de intereses nacionales y su efectividad es consecuentemente baja.

Puede que algo de razón exista en la actitud de los Estados de América latina. Fuera del marco de la Corte Internacional de Justicia, los medios jurisdiccionales de solución de controversias de carácter universal no dan muy buenas cuentas. Pese a la ilusión diplomática y la propaganda con la que los Estados comparecieron a firmar el Estatuto de Roma o la Convención de Montego Bay, ningún Estado ha acudido hasta hoy ante la Corte Penal Internacional pese a la abundancia de criminales que calificarían holgadamente para ser presentados ante ella, y muy pocos Estados han llevado sus problemas marítimos ante el Tribunal Internacional del Mar no obstante la cantidad de diferendos que existen sobre la materia. Los asuntos criminales y de delimitación marítima siguen conociendo como único órgano rector y pretoriano a la Corte de La Haya.

En lo que concierne a la justicia criminal internacional, el diagnóstico regional es difícil. Resulta indudable que la instauración de la Corte Penal

²⁷ En el marco del TLCAN, México ha comenzado a sufrir los reveses resultantes de una trasposición un tanto irracional de los métodos de solución de controversias en materia comercial del *Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá* que es su antecedente inmediato. Con la entrada en vigor del TLCAN dos tradiciones jurídicas se enfrentaron creando un fenómeno jurídico singular, esto es, que en virtud de que los órganos dirimientes (paneles) son instancias de reenvío al derecho interno de los Estados demandados, un efecto reflejo impone a los mencionados paneles la obligación de resolver la controversia incorporando no sólo las legislaciones comerciales que cada uno de los Estados signatarios del TLCAN se obligó a expedir, sino además todo el bagaje hermenéutico (constitucional y administrativo) que rodea a tales legislaciones, creándose de esta manera un extraño sistema de aplicación de derecho complejo por parte de juzgadores diletantes. Este asunto tiene como antecedente la determinación tomada por el Panel binacional en el caso *Poliestireno tipo cristal e impacto proveniente de Alemania y de Estados Unidos*, expediente: Mex-94-1904.03. Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 4 de noviembre de 1996, p. 20. Sobre la relación entre el derecho aplicable por los paneles y las distintas tradiciones jurídicas véase del profesor PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel, "Binational Panels A conflict of Idyosincrasies", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Southwestern School of Law, 1996, Volume III, number 2.

Internacional constituye el mecanismo apropiado para unificar la acción del derecho penal universal, arrebatándose a los voluntarismos nacionales, a los casuismos del Consejo de Seguridad o a los impulsos diplomáticos de los Estados que resuelven por la vía de sus propias puniciones la justicia universal. Sin embargo, la creación de una misma Corte Penal Internacional de suyo multilateral crea proyectos de funcionalidad completamente distintos en las diferentes latitudes geográficas. Mientras los países del Tercer Mundo ven en la CPI una instancia adicional y de prestigio ante la insuficiencia de sus sistemas judiciales nacionales, como una permanente apelación rectificadora; las grandes potencias de Occidente por su parte, tienen la expectativa de encontrar en ella un mecanismo supranacional para juzgar a los delincuentes que de ordinario escaparían a sus jurisdicciones en razón de las competencias domésticas. También surgen otros temores importados de los resultados provenientes de otras áreas del derecho internacional general, en particular del económico, en donde el entusiasmo inicial decreció rápidamente hasta convertirse en arrepentimiento. En concreto, la doctrina ahora escéptica, estima que la globalización rápida y casi irracional que hemos sufrido en materia comercial puede dar resultados todavía más lamentables en materia de derecho penal internacional. El mayor reto para el Tercer Mundo siempre seguirá siendo vencer la trampa del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que crea un régimen de impunidad para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en el seno del Estatuto de Roma.²⁸ Un proyecto regional viable con miras a crear un derecho humanitario regional estable, está en la instauración de una Corte Penal Internacional para la América latina que recogiera las líneas generales de un derecho penal con una vena justiciable común.

La participación de los Estados americanos en el sistema de San José y el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un fenómeno más complejo. Dado que las esperanzas diplomáticas de incorporar a los Estados Unidos al sistema interamericano de derechos humanos no tienen futuro, en rigor la Corte Interamericana ha tendido a la subregionalización, hacia su romanización y a su vinculación con los intereses legítimos de América latina y de algunos Estados protagónicos de la región. A final de cuentas, fácticamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²⁸ Artículo 16 del Estatuto de Roma.

sólo funciona para la América latina. Esto lleva a una justicia internacional predecible²⁹ y a veces a modo.³⁰

V. LA FRAGMENTACIÓN TAXONÓMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las necesidades de la enseñanza, quizás las de la diplomacia o las de la relaciones comerciales han buscado desmontar ciertas disciplinas del derecho internacional general, poniéndolas a la moda, facilitándolas aparentemente a sus nuevos consumidores y enarbolándolas como expresiones científicas nuevas, que según anuncian, modernizarán así las acciones de los sujetos de las relaciones internacionales, pero sin la necesidad de acudir a viejos métodos laboriosos, pesados y ruinosos derivados del llamado derecho internacional clásico. Esta escisión horizontal ha atacado a los rubros comercial, ecológico y del entorno natural principalmente.

Los complejos regímenes convencionales derivados de Basilea, Kyoto, Montreal y Río son exaltados y manipulados por sus seguidores como si pudieran distanciarse de la doctrina de la responsabilidad internacional y del mayor flagelo existente para el derecho ambiental internacional, el *soft law*. Los ambientalistas de organizaciones no gubernamentales, los ecologistas de partidos políticos y los académicos multidisciplinarios, desincorporan lo que pueden del derecho internacional, para mostrar la protección del medio ambiente como una disciplina que no necesita mas que de sí misma, así como de un estricto cumplimiento de los programas de acción del grupo

²⁹ Pradigmáticos en este sentido son los famosos “casos hondureños”, *cfr.* Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C. No. 4; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C. No. 5; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C. No. 6.

³⁰ *Cfr.* Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A. No. 5; Corte I.D.H., *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/91, del 6 de diciembre de 1991, Serie A No. 12; Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos, Fondo*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, (Serie C), No. 75, numeral 41. Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

actuante. La tragedia de tales propuestas consiste en ver a sus promotores en un cuadro de autismo que no interactúa con la realidad internacional.

El espejismo más evidente lo da el economicismo, en países como México que se ostentan entre los principales usuarios del sistema antidumping internacional, así como entre los principales receptores de capitales por la vía de la inversión extranjera. En países así, se piensa que tratados como el Acta de Marrakech o los múltiples acuerdos subregionales de liberalización económica o de inversiones que mantienen, son un *corpus* de vocación totalizadora y autónoma en el derecho internacional. Las agencias encargadas de administrar tales convenios no conciben vincularlos al derecho internacional general. Ignorando los principios dictados por las instancias universales en la materia, todos estos organismos más o menos institucionalizados se presenta la misma problemática: la improvisación del cuerpo arbitral, el desarrollo de un proceso notoriamente embrionario y la ausencia de precedentes o de una jurisprudencia vinculatoria para ulteriores casos de los que conocerán los mismos entes. La inversión extranjera ha conocido su realidad como disciplina científica de bajo perfil en la región.³¹

Para la otra rama desmembrada, esto es, la de los derechos humanos a nivel internacional, la proclividad doctrinaria y discursiva es la de saltar con liberalidad hacia el derecho internacional consuetudinario, cuando se descubre con decepción y ansiedad que las reglas convencionales internacionales en materia de derechos humanos son más bien exiguas, y que se percibe en la preconciencia que tampoco la práctica de los Estados ni la *opinio juris* en la materia suministrarán los elementos para integrar un derecho internacional de los derechos humanos puramente consuetudinario. Una *lex ferenda* buscada entre la poesía y la norma, un apuntamiento ético que soslaya lo imperativo de lo jurídico y que invoca una fase superior de humanitarismo universal no respaldado por tratado alguno, ni tampoco por los episodios ni la práctica de la historia del hombre tan sólo desde la Segunda Guerra Mundial, ensamblan normas de *ius cogens*, descartan a voluntad tratados que incidan en derechos humanos, y reclaman la nulidad de cierto tipo de reservas a tratados en esta materia, ignorándose más de una de las reglas y

³¹ No obstante lo anterior, México ya ha tenido experiencias en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en aplicación del Capítulo XI del TLCAN, *cfr: Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI No. ARB(AF)97/2, 1 de noviembre de 1999; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI No. ARB(AF)98/2, 2 de junio de 2000; *Metaclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI No. ARB(AF)97/1, 30 de agosto de 2000.

principios del derecho de los tratados, de la responsabilidad internacional o de la doctrina del arreglo pacífico de las controversias internacionales. El derecho internacional general pareciera proscrito por ignorado. Al final, en la soledad se descubre que la involución de la tutela de los derechos humanos en todas sus latitudes, es una disfunción igualmente ética como jurídica, y que no es dado a los tribunales aplicar un derecho que ni los hombres ni los Estados han acertado aún a elaborar.

VI. LA DOCTRINA DEL *IUS COGENS* REGIONAL

En principio, la costumbre local no tiene porqué atentar contra la unidad del derecho internacional, mientras la regla regional no atente contra los principios del derecho internacional general, analizado esto caso por caso.³² Por definición la norma regional no puede ser válida más allá de su confin territorial.³³

Por su parte, el problema de la licitud del objeto en el derecho de gentes remite necesariamente a un problema básico del derecho internacional general, que es el de demostrar que existen normas altamente supletivas, que incluso los Estados bilateral o multilateralmente, no pueden trastocar por la vía de expresión de sus voluntades por antonomasia, como lo es un tratado. Los Estados deben supeditar la validez de sus acuerdos a la existencia de un derecho general internacional que les precede y los rige. Sería prolijo resolver en esta oportunidad la razón por la cual tal orden jurídico se genera sin siquiera en ocasiones considerar la voluntad de los Estados. Es verdad que demostrar la regla consuetudinaria es siempre una labor compleja y en ocasiones sospechosa. Los Estados pueden converger conductualmente en una gran cantidad de trivialidades que se pueden y de hecho se consolidan

³² En sentido similar la posición del profesor G. COHEN-Jonathan, "La coutume local", p. 140: "D'autres coutumes locales ont un objet très particulier (comme par exemple tel ou tel statut territorial) et sont par nature destinées à en lier que les Etats spécialement intéressés. Elles en portent atteinte à l'unité du Droit International, dont d'ailleurs certaines règles ont une plasticité et une imprécision telles que la coutume locale reste le seul moyen pour ajuster les rapports de droit aux exigences sociales particulières."

³³ "Le droit international coutumier peut également se développer dans le cadre d'un droit particulier, par exemple d'un droit régional, et ne se rapporter ainsi qu'à une partie de la communauté internationale. En tout cas, ces règles ne valent pas pour les Etats qui se trouvent hors de ce domaine de validité." GUGGENHEIM, Paul *Traité de Droit international public*, tome I, Librairie de l'Université, Georg & Cie S. A., Genova 1953, p. 50.

como reglas internacionales obligatorias. La doctrina y la diplomacia ven con escepticismo y sospecha que la fórmula de la *opinio juris* y de la *invevterata consuetudo* armonicen químicamente a la perfección y se consoliden reglas jurídicas internacionales que los obliguen. Si ello es así, imaginemos cuán compleja deberá ser la prueba de valoración de normas que además sean imperativas como el caso de las reglas de *ius cogens*. Empero en estos casos, a veces se advierte una lasitud metodológicamente incomprensible. Invocar reiteradamente a la norma de *ius cogens* académica y jurisprudencialmente es un ejercicio heurístico que pretende hallar dicha norma fundamental como consecuencia de su pronunciación.³⁴

Existen normas de derecho internacional general que sin ser imperativas pueden servir de parámetro al derecho convencional internacional. Así por ejemplo, la doctrina de la responsabilidad internacional o la teoría de arreglo pacífico de diferendos internacionales, se apoyan fuertemente en el derecho consuetudinario internacional sin conocer una codificación única o definitiva. Por ello resulta evidente que en caso de contradicción entre las consuetudinarias (no imperativas) y las convencionales no podría inferirse obligatoriedad de unas sobre otras. También es cierto que el *ius cogens* como argumento, norma emergente o como supernorma relativiza la aplicación del derecho internacional general, sometiéndolo a una calificación de última hora, en donde un buen negociado precedente convierte en desecho *ipso facto*, al derecho convencional regularmente elaborado.³⁵

³⁴ “The fundamental distinction between *lex lata* and *lex ferenda* will be blurred, since the ‘law desired’ by certain states will immediately become the ‘law established’ for all, including the others.” WEIL, Prosper “Towards Relative Normativity in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 77, No. 3, 1983, p. 443.

³⁵ “El enunciado del artículo no está exento de dificultades, ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*. Además, la mayoría de las normas generales de derecho internacional no tienen ese carácter y los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados. Así pues, sería ir demasiado lejos especificar que un tratado es nulo si sus disposiciones son contrarias a una norma de derecho internacional general. Tampoco sería correcto decir que una disposición de un tratado tiene carácter de *ius cogens* únicamente porque las partes hayan estipulado excluir toda excepción a dicha disposición, de suerte que cualquier otro tratado incompatible con esa disposición sería nulo. Tal estipulación puede insertarse en cualquier tratado acerca de cualquier objeto y por cualesquiera razones que las partes consideren pertinentes. La celebración por una parte de un tratado ulterior que se aparte de esta estipulación puede, naturalmente, entrañar su responsabilidad por violación del tratado anterior. Pero el mero incumplimiento de la estipulación no hace nulo el tratado. A juicio de la Comisión no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da carácter de *ius cogens*,

Regresar al genio a su botella no es una labor simple. La protección de los principios humanitarios es una labor que ciertamente incumbe a la comunidad internacional en su conjunto y el interés jurídico para reclamar su remedio judicial es una habilitación *erga omnes*, tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional,³⁶ con restricciones de carácter convencional.³⁷

El camino del infierno está empedrado con invocaciones a reglas de *ius cogens*: las invasiones norteamericanas a Panamá en 1989 y a Bagdad en 1993, son la prueba de ello. El *ius cogens* es un espacio propicio para la expresión de lugares comunes sobre derecho internacional, y una herramienta solícita para dislocar a voluntad las complejas relaciones entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional.³⁸ La fuerza semántica positiva adquirida por la expresión *ius cogens*, invita en

sino la especial naturaleza de su objeto.” *Informes de la Comisión de Derecho Internacional* (sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17 y 18 periodo de sesiones, 2 a 28 de enero de 1966 y 4 de mayo a 19 de julio de 1966), Asamblea General, Vigésimo primer periodo de sesiones, *Suplemento número 9* (A/6309/Rev.1), pp. 80 y 81.

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

“34. Such obligations derive, for exemple, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or *quasi* universal character.” *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32; *East Timor (Portugal vs. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102.

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

³⁸ “Elle ouvre la voie au retour offensif du droit naturel avec son subjectivisme et incite à la proclamation unilatérale de la nullité des traités librement conclus pour cause incontrôlable de violation d’une hypothétique norme impérative.” NGUYEN, Quoch Dinh, *Droit international public*, Paris, 1994, p. 205

ocasiones a doctos y legos del derecho internacional, a enfatizar emotivamente sus discursos con la pronunciación de dicha fórmula. La tendencia a denominar *ius cogens* a cualquier cosa, lejos de alimentar la jerarquía de las instituciones así calificadas, sólo sirve para desgastar las palabras y dejarnos en busca de un nuevo concepto que sustantivice al ideal jurídico de la norma fundamental reconocida por la comunidad internacional en su conjunto. No se debe confundir a la norma de *ius cogens* con la existencia de un principio ético trascendente, con la consolidación de un criterio moral importante,³⁹ con una emoción noble que exprese las aspiraciones sociales,⁴⁰ o con una definición de *lex lata*, pues en todos estos casos el carácter imperativo *i.e.*, coactivo de la norma jurídica se encuentra ausente.⁴¹

No se puede hacer un derecho consuetudinario internacional distinto a la conducta desplegada por los Estados. Mientras la sociedad internacional sea fangosa no puede haber un derecho internacional sublime. En el caso de la norma de *ius cogens*, su estructura jurídica permanece incólume, perfeccionada por su fuerza coactiva y su remedio judicial. Para que la norma de *ius cogens* pueda servir como estrella polar de la validez del derecho internacional general, las anteriores consideraciones no deben ser omitidas.⁴²

La gran tarea aún es establecer una *metodología* epistemológicamente sólida y la definición competencial de la *instancia* jurisdiccional que puede reconocerla y decretarla, dado el carácter inmanentemente universal de la

³⁹ "It is a Court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered" *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 34.

⁴⁰ "We must, so to speak, try to find the ethical minimum recognized by all the states of the international community, and must leave aside those particular tasks of the state represented only by particular regimes." VON VERDROSS, Alfred "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 31, núm. 4, Octubre 1937, p. 574

⁴¹ *Cfr.* SCHWELB, Egon "Some aspects of International Jus Cogens as formulated by the International Law Commission", *American Journal of International Law*, vol. 61, no. 4, 1967, p. 972.

⁴² "Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which in not party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*." *East Timor (Portugal vs. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102.

regla. No es posible pensar en la existencia de normas de *ius cogens* puramente regionales, pues la existencia de las diversas de carácter universal, adquirirían ineluctablemente la superioridad que les derivaría de fuerza general.⁴³ El carácter universal es inherente al concepto de *ius cogens*.⁴⁴

VII. CONCLUSIONES

Un fantasma recorre el derecho internacional general, el fantasma de la fragmentación. Todas las fuerzas regionales del mundo reclaman prelación para establecer las reglas del derecho de gentes, los mecanismos de solución de

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

⁴⁴ Es imposible negar la existencia de toda la vena positivista sobre la materia, sin embargo sería prolijo enunciarla en un estudio de esta naturaleza: “This does not mean, however, that peremptory norms cannot emerge in regional international law.” Li Haopei, “*Jus cogens* and international law”, *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, p. 514. Dado el carácter policéntrico del derecho internacional general, la Comisión de Derecho Internacional, en sus trabajos sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, en dicha relatoría se ha señalado la preocupación por abordar el aspecto específico de la “Jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas”, informe del 55 período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2003*, Asamblea General, suplemento No. 10 (A/58/10), p. 228. Cfr. *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, 31 March 2004, I.C.J., Reports 2004, para. 124. La Corte Internacional de Justicia prefirió evitar pronunciarse respecto del dictado previo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el sentido de que la notificación consular era un derecho humano en sí mismo incluso con categoría de norma de *ius cogens*. Cfr. *Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, numeral 101 de los considerandos y 4 de los resolutivos. Por otro lado, los ejemplos conocidos de normas de *ius cogens* regionales, tales como niveles especiales de exigencia de derechos humanos en Europa occidental, o el internacionalismo proletario en la Europa oriental, no parecen resultar convincentes, cfr. NGUYEN, Quoch Dinh, *Droit international public*, Paris 1994, p. 203. Cfr. KOLB, Robert *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, pp. 76, 93-95. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haga declaratorias sobre la existencia de normas de *ius cogens*, es tan absurdo como si el Tribunal Superior de Justicia del Estado federado de Colima declarara la inconstitucionalidad de una regla federal en México.

controversias, los acuerdos regionales de seguridad colectiva buscan espacios para imponer su perspectiva del derecho internacional en detrimento del principio contenido en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Para lograr lo anterior, dichas fuerzas generan todo tipo de doctrinas: *unilateralismo* en materia de uso de la fuerza; *jurisdicción universal* para dar prioridad al derecho interno de determinados Estados; *ius cogens* regional para dislocar la acción de la Corte Internacional de Justicia en su carácter de órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas.

Lo revolucionario del derecho internacional está en el cumplimiento estricto de la Carta y la aplicación de los principios atinentes del derecho internacional general. La función prioritaria del Consejo de Seguridad de mantener la paz y seguridad internacionales debe ser excluyente respecto de cualquier otra organización regional o Estado de la comunidad internacional. El sistema punitivo internacional debe estar confiado a la Corte Penal Internacional, la cual debería integrarse como órgano principal de la Organización en los términos del artículo 7 de la Carta de San Francisco, quitando liderazgo e iluminismo a cualquier Estado nacional; el derecho internacional general debe quedar fortalecido por las instancias jurisdiccionales regionales, en esta tarea sólo la Corte Internacional de Justicia debe fungir como la estrella polar de la interpretación y aplicación de las normas universales, incluyendo aquellas cuyo carácter sea fundamental para la comunidad internacional en su conjunto.