

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**EL IUS COGENS COMO LA MANIFESTACIÓN
DE LA CONCIENCIA DE LA HUMANIDAD QUE
TIENE PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO
LOCAL, INTERNO O NACIONAL**

MSc. ORFA JUDITH ALFARO BARAHONA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL IUS COGENS COMO LA MANIFESTACIÓN DE LA CONCIENCIA DE LA
HUMANIDAD QUE TIENE PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO LOCAL,
INTERNO O NACIONAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. ORFA JUDITH ALFARO BARAHONA

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, octubre de 2016



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Dr. Carlos Humberto Rivera Carrillo
SECRETARIA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 27 de noviembre de 2015

Señor Director de la Escuela de Estudios de Postgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de san Carlos de Guatemala


Su Despacho

De mi consideración:

Atendiendo a nombramiento recaído en mi persona como tutor de Tesis del trabajo de la licenciada ORFA JUDITH ALFARO BARAHONA, titulado "EL IUS COGENS COMO LA MANIFESTACIÓN DE LA CONCIENCIA DE LA HUMANIDAD QUE TIENE PREMINENCIA SOBRE EL DERECHO LOCAL, INTERNO O NACIONAL", por este medio, procedo a informarle que:

- a) He sostenido reuniones con la licenciada Alfaro Barahona sobre su trabajo de tesis cuyo texto ofrece una reflexión acerca del problema que analiza y sus alcances a nivel jurídico. Para desarrollar el tema, la sustentante despliega un trabajo que examina la teoría respetando los criterios que han sido desarrollados con la doctrina jurídica y sentencias sobre el *Ius Cogens*.
- b) Se estima que la tesis busca ser un aporte a nuestra disciplina.
- c) Por lo expuesto, se dictamina en el sentido de que la tesis puede ser sometida al examen de mérito.

Sin otro particular, atentamente,



Doctor Luis César López Permouth
Abogado y Notario
Colegiado 2611, Tutor de Tesis.

Guatemala, 10 de octubre de 2016.

MSc. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**EL IUS COGENS COMO LA MANIFESTACIÓN DE LA CONCIENCIA
DE LA HUMANIDAD QUE TIENE PREEMINENCIA SOBRE EL
DERECHO LOCAL, INTERNO O NACIONAL**

Esta tesis fue presentada por la MSc. Orfa Judith Alfaro Barahona, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, habiéndose realizado ya las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, doce de octubre del dos mil dieciséis.

En vista de que la MSc. Orfa Judith Alfaro Barahona, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 37-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL IUS COGENS COMO LA MANIFESTACIÓN DE LA CONCIENCIA DE LA HUMANIDAD QUE TIENE PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO LOCAL, INTERNO O NACIONAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----



“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I DERECHO, MORAL Y MORALIDAD

1.1 DEL DERECHO Y LA MORAL.....	1
1.2 DE LA MORALIDAD Y DE LA CONDUCTA MORAL.....	13
1.3 DE LA MORAL INTERNACIONAL.....	21
1.4 DEL DERECHO DE GENTES COMO GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL...	24

CAPÍTULO II DERECHO INTERNACIONAL

2.1 FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	35
2.1.1 Las explicaciones desde su concepción filosófica.....	36
2.1.2 Explicaciones de la teoría de las relaciones internacionales.....	38
2.1.3 El comportamiento de los Estados en relación con el derecho internacional....	41
2.2 CARÁCTER JURÍDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	42
2.3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	46
2.3.1 Elaboración normativa.....	47
2.3.2 De la determinación del derecho.....	51
2.3.3 De la aplicación coactiva de las normas.....	53

CAPÍTULO III LOS TRATADOS EN EL SISTEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL

3.1 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	57
3.1.1 Las convenciones internacionales.....	60
3.1.2 La costumbre.....	63



3.1.3	Los principios generales del derecho.....	70
3.1.4	Las decisiones judiciales.....	70
3.1.5	La doctrina.....	72
3.1.6	Otras fuentes posibles del derecho internacional.....	73
3.1.6.1	Los actos de organizaciones internacionales.....	73
3.1.6.2	La equidad y el derecho natural.....	76
3.2	JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	76
3.3	TRATADOS INTERNACIONALES.....	77
3.3.1	Denominación.....	77
3.3.2	Sujetos.....	81
3.3.3	Facultades de celebración.....	82
3.3.4	Clases de tratados.....	88
3.3.4.1	Tratados bilaterales y multilaterales.....	88
3.3.4.2	Tratados normativos y tratados contratos.....	90
3.3.5	Principios generales de los tratados.....	91
3.3.5.1	<i>Pacta sunt servanda</i>	91
3.3.5.2	<i>Ex consensu advenit vinculum</i>	94
3.3.5.2.1	Reservas a los tratados y consentimiento de los Estados..	95
3.3.5.2.2	Consentimiento de los Estados y enmienda y modificación de los tratados.....	98
3.3.5.3	<i>Res inter alios acta</i>	100
3.3.5.3.1	Principio del efecto relativo de los tratados.....	100
	Derogaciones del principio del efecto relativo de los tratados.....	101
3.3.5.4	<i>Ius cogens</i>	102
3.4	LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO TRATADO INTERNACIONAL.....	110
3.5	SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	115
3.5.1	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	117
3.5.2	La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	122



CAPÍTULO IV LA SUPERIORIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO

4.1	LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO	125
4.2	RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO....	128
4.3	<i>IUS COGENS</i> Y SU APLICACIÓN CONCRETA EN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL	133
4.3.1	Caso: La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Sentencia del 5 de febrero del 2001	133
4.3.2	Caso: Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016.....	137
4.3.3	Caso: Amparo en Única Instancia. Expediente Número 30-2000 Sentencia del 31 de octubre de 2000.....	147
4.3.4	Caso: Amparo en Única Instancia. Expediente Número 872-2000 Sentencia del 28 de junio de 2001.....	152
4.3.5	Caso: Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente Número 1822-2011 Sentencia del 17 de julio de 2012	156
	CONCLUSIÓN.....	163
	BIBLIOGRAFÍA.....	164



INTRODUCCIÓN

Al estudiar el derecho es posible apreciar criterios que recogen dimensiones morales, que se integran al sistema normativo, por lo que el pensamiento de esta tesis surgió del interés personal por elaborar un trabajo de investigación en el que se aborde la relación del derecho, la moral y la moralidad, entre otros, haciendo un análisis respecto al significado que en el plano internacional se le confiere a la moral para la protección y defensa de la dignidad humana.

Es de precisar que el derecho internacional busca proteger la libertad de los pueblos para gobernarse a sí mismos de acuerdo con sus propias leyes y tradiciones y, que en toda comunidad civilizada, hay reglas de derecho que la ley no permite ignorar; que cuando se habla de derecho internacional, se piensa en esa parte del derecho que rige las relaciones interestatales que se pone en práctica en el contexto de la sociedad de naciones y que tiene establecido como uno de sus fines esenciales, la protección de los derechos humanos, protección que ha sido proporcionada mediante esquemas de orden universal como regional, a decir de ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

El concepto de derechos humanos ha sido reservado para denominar a los derechos de la persona reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea este consuetudinario, convencional o *ius cogens*, a decir de este último, el nombre técnico que se atribuye a aquella norma que los Estados no pueden modificar, que se concibe como imperativa de derecho internacional y que puede anular los tratados concertados en oposición a sus disposiciones.



Es de resaltar, que los sistemas de protección de los derechos humanos en un principio fueron encomendados al derecho interno de cada Estado, sin embargo, la insuficiencia de este para propiciar las garantías de defensa de los derechos fundamentales dio lugar a que se produjera el fenómeno de la internacionalización de tales derechos, fenómeno que empezó a operar después de la Segunda Guerra Mundial y es de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 de donde se desprende su superioridad sobre el derecho interno, aun cuando algunos Estados so pretexto de autonomía de su derecho interno han pretendido soslayar lo dispuesto por el derecho de los tratados, por lo que en ese sentido, a través de este trabajo, se pretende demostrar la hipótesis oportunamente planteada y que reza de la siguiente manera: “La doctrina y la jurisprudencia en defensa de la dignidad humana y sus derechos fundamentales, han reconocido la validez del *ius cogens* en el derecho internacional, cuyas normas de carácter universal, constituyen reglas imperativas que sustentan e informan al derecho de los tratados”.

Cabe destacar, que, para el efecto, ha sido elaborado el presente trabajo de investigación, que consta de cuatro capítulos, en el primero de estos se hace una acotación con respecto a la relación que existe entre el derecho y la moral, haciéndose un análisis de los criterios que recogen dimensiones morales integrados al sistema normativo, así como de la relación que posee la moral con respecto a la moralidad y la conducta moral, de la concepción que se tiene de la moral internacional, concebida como derecho de gentes, génesis de lo que hoy se conoce como derecho internacional.

Debido a la complejidad de su origen, al ámbito de aplicación y sus destinatarios, en el segundo capítulo se hace un análisis respecto a los fundamentos del derecho internacional, conforme explicaciones vertidas desde su concepción filosófica, desde la teoría de las relaciones



internacionales, como también, desde el punto de vista del comportamiento de los Estados, enfatizándose las explicaciones de las características que justifican su carácter jurídico.

Al ser el derecho internacional una rama del derecho con características distintas a las del derecho interno, devino la importancia de hacer un examen de sus fuentes, a decir de ellas, entre otras, los tratados, tema que se aborda en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación, siendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el punto de partida para el análisis del tema. Cabe advertir que en este capítulo se hace un escrutinio de los principios que informan al derecho internacional y de los tratados, enfatizándose en el estudio del principio del *ius cogens* y refiriéndose la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un tratado internacional concertado con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos humanos en el continente americano.

En el cuarto y último capítulo del presente trabajo, se advierten los argumentos con respecto a los derechos humanos en el marco de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, examinándose la relación que entre ambos existe, conforme la doctrina, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y el ordenamiento jurídico guatemalteco, para finalmente hacer un análisis de la validez del principio del *ius cogens* en el derecho internacional y del rango que mediante la jurisprudencia internacional y nacional le ha sido conferido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, haciéndose para una mejor ilustración, la transcripción de sentencias que por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca han sido emitidas y de esta manera probar la hipótesis citada.



CAPÍTULO I

DERECHO, MORAL Y MORALIDAD

1.1 DEL DERECHO Y LA MORAL

Quienes incursionamos en el estudio de las Ciencias Jurídicas, en más de una ocasión nos hemos cuestionado con respecto al significado que tiene el derecho, toda vez que han sido diversas las definiciones que de este han sido vertidas, como diversas han sido sus acepciones y su clasificación.

Es de destacar, que “una de las Escuelas más sólidas desde el punto de vista doctrinal y de máxima coherencia en sus planteamientos, es la conocida con el nombre de Dogmática Alemana, sus precursores se encuentran entre lo más selecto del pensamiento jurídico de todas las épocas y su figura más conocida es Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena, para quien el derecho es fundamentalmente un orden coactivo, de ahí que cada norma jurídica ha de prescribir y regular el ejercicio de la coacción, postula un absoluto neutralismo científico que considera requisito indispensable para analizar el derecho desde el punto de vista estrictamente jurídico, al margen de cualquier posible contaminación de otras disciplinas afines.”¹

Cabe mencionar, que quien pretende descubrir la noción universal de lo jurídico, no puede dejar que pase por desapercibido el concepto de norma, en ese sentido, dicha palabra suele usarse en dos sentidos: “uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplicase a toda regla de comportamiento,

¹Peña González, José. “Derecho y Constitución”, Editorial Dykinson, S.L., Madrid 2004, página 26



obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes y confiere derechos.”²

Por deber ha de entenderse “aquella necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano.”³

Es de indicar, que en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant definió el deber como “la necesidad de realizar el hombre una acción por respeto a la ley y actuar por respeto a la ley, es lo que hace absolutamente buena a la voluntad y lo que da valor moral a la acción; el respeto, es el verdadero sentimiento moral, consistente en la conciencia de una libre sumisión de la voluntad bajo la ley moral, enlazada a la coacción hecha a todas las inclinaciones que mueven por el empuje de la propia razón.”⁴

“El filósofo emplea el término ley como sinónimo de norma, pero la palabra necesidad, que se encuentra en la definición, no debe de entenderse en el sentido de forzosidad por cuanto que lo que Kant pretendió expresar cuando se refirió a la necesidad de una acción por respeto a la ley fue simplemente el carácter obligatorio de las exigencias morales.”⁵

Desde el punto de vista jurídico el deber se identifica con “el concepto de obligación y se ha construido sobre la base de la coacción”⁶ y cuando se

²**García Máynez, Eduardo.** “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, Argentina, 1998, página 4

³**Cabanellas, Guillermo.** “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., 11va. edición, Buenos Aires, 1976, página 582

⁴**Moreno Vila, Mariano.** “Filosofía. Volumen IV: Historia de la Filosofía Moderna y Contemporánea”. Editorial Mad, S.L. primera edición, España, 2003, página 190

⁵**García Máynez, Eduardo.** *Ob. Cit.*, página 8

⁶**Santiago Nino, Carlos.** “Introducción al Análisis del Derecho” Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, página 190



dice que un sujeto está obligado, se está aplicando “una norma general a ese individuo particular, destacándose que su caso está comprendido en esa norma.”⁷

Algunos autores consideran, que las normas especifican la conducta, de acción y de omisión que un sujeto debe poner en práctica, es decir, crean deberes, de esa cuenta es que en ocasiones el derecho y la moral prescriben comportamientos que a primera vista parecieran ser similares, sin embargo, ambos preceptos tienen un sentido y alcance diferentes.

Otros autores separan el deber jurídico del contenido de otros posibles deberes que se derivan de normas morales, por cuanto que consideran que lo esencial del deber jurídico es la búsqueda de soluciones dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando por un lado el contenido de los deberes morales.

El derecho y la moral son dos sistemas normativos que de una u otra manera se dirigen a regular la conducta humana, que con el devenir del tiempo han sido concebidos de diferente forma, inspirándose en valores que se ocupan no solo de la moral, sino que también del derecho.

García Máñez concibió que la diferencia esencial entre las normas de la moral y las normas del derecho radica en que las primeras son unilaterales y las segundas son bilaterales. “La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obliga no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones y que frente al

⁷*Ídem*, página 192



jurídicamente obligado encontramos siempre a otra persona, facultada para reclamarle la observancia de lo prescrito.”⁸

León Perasizky, citado por Eduardo García Máynez, ha acuñado una fórmula, que, para dicho autor, resume la distinción que existe entre el derecho y la moral, siendo esta la siguiente:

“Los preceptos del derecho –escribe- son normas *imperativo-atributivas*; las de la moral son puramente *imperativas*. Las primeras imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades; las segundas imponen deberes, mas no conceden derechos.”⁹

La apreciación que en ocasiones se pueda tener del derecho y de la moral es muy subjetiva, por cuanto que lo que para unos es moralmente válido para otros puede que no lo sea. Tanto el derecho como la moral prescriben comportamientos que a primera vista parecieran ser similares, sin embargo, ambos tienen un sentido y alcance diferentes y sin perjuicio de cuál sea la apreciación que de estos se tenga, tanto la moral como el derecho se encaminan a establecer el orden, que posiblemente sea distinto, por cuanto que el orden que la moral procura, deviene de la conciencia, es decir, de un orden interior de la vida personal del individuo, en tanto que el orden que el derecho trata de crear es un orden social, un orden de relaciones objetivas entre los individuos, entre las vinculaciones que existe entre los sujetos y en las que se enlazan o condicionan recíprocamente las conductas de varias personas.

A diferencia del derecho, en la moral el deber se impone por razón del sujeto llamado a cumplir ese deber, porque se estima que la conducta por él realizada constituye una condición necesaria para la realización de

⁸García Máynez, Eduardo. *Ob. Cit.* página 15

⁹*Ídem*, página 16



los más altos fines del hombre. En cambio, el precepto jurídico, surge no en la consideración de la persona que debe cumplirlo, sino que es en la consideración de la persona facultada para exigir el cumplimiento de una conducta, sea en beneficio propio o bien en beneficio de la sociedad.

El punto de partida de la regulación moral es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia, el fuero interno, contrario es el punto de partida del derecho por cuanto que su origen se encuentra en el plano externo de la conducta humana, es decir, la dimensión exterior del comportamiento; es importante aclarar, que no se trata de dividir las acciones humanas, de dividir el fuero interno y el fuero externo, ni de atribuir el primero a la moral y el segundo al derecho, por cuanto que toda conducta tiene una dimensión interna y es a raíz de esta que surge la expresión externa.

Esta diferenciación, que se constituye en una formulación moderna para distinguir la interioridad de la moral de la exterioridad del derecho, tiene su antecedente en la doctrina filosófica que por Kant fuera planteada de la siguiente manera:

“el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley. Por el objeto, como efecto de la acción que me propongo realizar, puedo, sí, tener inclinación, más nunca respeto, justamente porque es un efecto y no una actividad de una voluntad. De igual modo, por una inclinación en general, ora sea mía, ora lo sumo, puedo en primer caso, aprobarla y, en el segundo, a veces incluso amarla, es decir, considerarla como favorable a mi propio provecho. Pero objeto del respeto, y por ende mandato, solo puede serlo aquello que se relacione con mi voluntad, como simple fundamento y nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación, sino que la dominante, al menos la descarte por completo en el cómputo de la elección, esto es, la simple ley en sí misma. Una acción realizada por deber, tiene,



empero, que excluir por completo el influjo de la inclinación, y con ésta todo objeto de la voluntad; no queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad, si no es, objetivamente, la *ley* y subjetivamente, el *respeto puro* a esa ley práctica, y, por tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, aun con perjuicio de todas mis inclinaciones. Así pues, el valor moral de la acción no reside en el efecto que de ella se espera, ni tampoco, por consiguiente, en ningún principio de la acción que necesite tomar su fundamento determinante en ese efecto esperado. Pues todos esos efectos —el agrado del estado propio, o incluso el fomento de la felicidad ajena— pudieron realizarse por medio de otras causas, y no hacía falta para ello la voluntad de un ser racional, que es lo único en donde puede, sin embargo, encontrarse el bien supremo y absoluto. Por tanto, no es otra cosa, sino sólo la *representación de la ley* en sí misma —*la cual desde luego no se encuentra más que en el ser racional*—, en cuanto que ella y no el efecto esperado es el fundamento determinante de la voluntad, puede constituir ese bien tan excelente que llamamos bien moral.”¹⁰

“(...) aunque muchas acciones suceden en *conformidad* con lo que el *deber* ordena, siempre cabe la duda de si han ocurrido por *deber* y, por tanto, de si tienen un valor moral”¹¹

En consonancia con lo que por García Máynez ha sido planteado, hemos de mencionar al jurista y filósofo del derecho hispano-guatemalteco, Recasens Siches, para quien la moral “mira la bondad o la maldad de un comportamiento en cuanto a la significación que este tiene para la vida del individuo, en cuanto al cumplimiento de su destinación y en cuanto a la realización de los valores más altos que deben orientar su existencia.”

¹⁰**Kant, Manuel.** “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, Colección Austral, Argentina, 1946, página 39

¹¹**Ídem,** página 49



Dicho autor consideró, “que el derecho enjuicia la conducta, no desde el punto de vista de la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, ni mira el alcance de ese acto para la vida del individuo, sino que pondera el valor relativo que ese acto tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad y que la diferencia entre el derecho y la moral no implica dividir el campo de la conducta humana en dos sectores, de los cuales uno se entregue a la moral y el otro se adjudique el derecho, no es así, por el contrario, consideró que todo el comportamiento humano es a la vez objeto de consideración por la moral y por el derecho.”¹²

Tanto la moral como el derecho aspiran a crear situaciones de paz; “pero la paz de la moral es la paz íntima, la paz de la conciencia. El orden jurídico pretende establecer una situación de paz, pero la paz del derecho es la paz externa de las conexiones colectivas, es la paz de la sociedad, es la paz que deriva de una regulación segura y justa”¹³

A pesar de que la moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, esta no condena los acontecimientos que parecen oponerse a sus preceptos y si bien liga normativamente las decisiones, nunca trata de cohibirlas, al contrario, deja en libertad al sujeto para que si éste así lo desea, cumpla con los designios de la norma moral, distinto es el caso del derecho por cuanto que este puede imponerse en forma coactiva, inclusive llevar aparejada la posibilidad de que su cumplimiento se imponga por la fuerza, sin detenerse ni guardar respeto por la decisión del sujeto.

Conforme a esta posición, el deber constituye una obligación jurídica que ha sido establecida por el derecho con total independencia de lo que internamente pueda pensar un sujeto y aun cuando este, esté en acuerdo o desacuerdo, está obligado a cumplir con la conducta que le impone la

¹²**Recasens Siches, Luis.** “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, S.A. México, 1993, página 85

¹³**Recasens Siches, Luis.** *Ob. Cit.* página 87



norma independientemente de cuál sea su convicción. “De aquí el postulado universal de todos los ordenamientos jurídicos de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento.”¹⁴

Recasens Siches considera que el Derecho es de cumplimiento inexorable y que la inexorabilidad consiste en “que la norma no se limite sólo al deber de la persona, sino que atraviesa a ésta, para aplicarse sobre la realidad externa del comportamiento. El sentido esencial de la norma jurídica consiste en emplear, si fuera necesario, todos los medios para evitar que se produzca el comportamiento prohibido, y para imponer a todo trance la realización del comportamiento ordenado.”¹⁵

Finalmente, desde esta perspectiva se ha de indicar, que la apreciación que de la moral se tiene, es que esta considera la vida del individuo, atendiendo a todos los elementos que la condicionan, en todas sus manifestaciones y en su radical singularidad; en ocasiones las normas morales devienen de los usos, se transmiten y se reciben por vía de tradición social, en ese sentido “se aprenden no solo por el testimonio de la propia conciencia, sino también muchas veces a través de costumbres”¹⁶ y “aunque la norma moral pueda provenir de la sociedad se da para el individuo en tanto que individuo, y no para la sociedad. En este caso constituye la interpretación dada por la sociedad a un valor moral; pero el valor interpretado por la sociedad es un valor cuyo sentido se refiere a la vida individual, al destino plenario y auténtico del individuo. En cambio el Derecho, aunque dado para el hombre, *no trata nunca con el individuo humano auténtico y genuino, antes bien, trata con funciones colectivas presentadas o desempeñadas por el individuo.*”¹⁷

¹⁴ *Ídem*, página 91

¹⁵ Recasens Siches, Luis. *Ob. Cit.*, página 93

¹⁶ *Ídem*, página 94

¹⁷ *Ídem*



En contraposición a lo manifestado por García Máynez y Recaséns Siches, hemos de encontrar al iuspositivista austriaco, Hans Kelsen, quien advirtió la separación del derecho y la moral ya que “el derecho solo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en ello el de la fuerza física”¹⁸

“Tradicionalmente bajo el postulado de la radical separación entre los ámbitos de la moral y el derecho, se ha solido afirmar que la primera se ocupa de la conciencia, principalmente desde el punto de vista individual, mientras que el segundo afecta a la convivencia social.”¹⁹

Por su parte, H.L.A. Hart, en el texto que se intitula *Derecho y Moral*, hizo un análisis con respecto a la insistencia de los utilitaristas al separar el derecho de la moral, refiriendo lo que Jeremy Bentham y John Austin consideraron como punto de intersección entre el derecho y la moral o lo que es y lo que debe ser, distinción que subrayaron de la siguiente manera: “primero, que en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de derecho; e, inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que es una regla de derecho.”²⁰

¹⁸**Kelsen, Hans.** “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1998, página 75

¹⁹**Peces-Barba Martínez, Gregorio.** “Ley y Conciencia”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, página 19

²⁰**Hart, Herbert Lionel Adolphus.** “Derecho y Moral”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, página 11



H.L.A. Hart, como filósofo del derecho contemporáneo, ha vertido dos razones para proponer un cierto grado de coincidencia entre las normas legales y morales como algo necesario y natural. “La primera de dichas razones se refiere a ciertas disposiciones jurídicas que se estiman como necesarias en un ordenamiento jurídico, y son tan fundamentales que, si no estuvieran contenidas en un ordenamiento jurídico, no tendría sentido la posición de otras. Tales disposiciones, del tipo de las normas jurídicas que prohíben el asesinato, la violencia o el robo, coinciden en parte con principios morales básicos en una sociedad que también las prohíben. La segunda de las razones señala que el Derecho está constituido por reglas generales, en su contenido y aplicación, lo que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con principios morales, y hace referencia a los principios de trato en casos iguales, objetividad e imparcialidad en la administración de justicia.”²¹

Como se indicó con anterioridad, el derecho y la moral son dos sistemas normativos de la conducta humana, sin embargo, su acotación constituye un tema que ha sido abordado desde diversos puntos de vista. “El autor español Eusebio Fernández, en una interesante síntesis, enuncia al menos tres tesis respecto de la vinculación entre derecho y moral, según se los identifique, se los separe o se los relacione. La primera posición sostiene que derecho y moral se confunden al tiempo que se da una total subordinación del primero con respecto a la segunda, de tal modo que no cabe posibilidad alguna de concebir normas jurídicas contrarias a la moral. Como nos describe Eusebio Fernández, la moral sería el círculo exterior y el derecho el círculo interior. El derecho es una parte de la moral. Las normas jurídicas serían una parte de las normas morales o, dicho de otra manera, son exigencias morales que importan a la convivencia, dotadas de

²¹**Fernández, Eusebio.** “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”, Editorial Debate, Madrid, 1984, página 65



coactividad. La segunda tesis es contraria a la anterior en el sentido que sostiene una separación tajante entre ambos órdenes normativos. Una norma jurídica no tiene necesariamente que ser moral, ni viceversa, no se trata de criterios normativos contrarios sino solo independientes. Este modelo encuentra su expresión, por ejemplo, en el positivismo jurídico de Kelsen quien defiende una absoluta separación entre la moral y el derecho, no haciendo depender la validez de las normas jurídicas de una correspondencia con el orden moral; tampoco acepta puntos de conexión entre ambos órdenes, al extremo de haber concebido a la moral como un ingrediente espurio del que debe ser purificada la ciencia del derecho. Finalmente, la tercera tesis, que es la que nos parece más acertada, la sostiene el citado autor español en estos términos: “El contenido del derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del derecho para así lograr eficacia social. Las Constituciones suelen apelar a conceptos como justicia, libertad, dignidad humana o derechos fundamentales, que tienen un fuerte componente ético. Quizá esto no pueda ser de otra manera y de ahí que sea conveniente llamar la atención para evitar la confusión entre la Moral y el Derecho... La tesis que aquí se mantiene es la de la necesaria distinción entre la Moral y el Derecho, en ningún caso separación tajante, acompañada de una serie de conexiones empíricas muy relevantes... la distinción entre Derecho y Moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido.” (Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís: Curso de Teoría del Derecho, Madrid Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-Barcelona, 1999, pág. 67).”²²

²²**Suárez, Eloy Emiliano.** “Introducción al Derecho” Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República de Argentina, 2002, página 60



Así pues, y tras haber efectuado un recorrido por las distintas escuelas consagradas al estudio del derecho y de la moral, podemos concluir, que la moral puede injerir en la aplicación del derecho y que al fundamentarse este en valores y principios, es susceptible de ser guiado por determinada dirección.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos, de manera dispersa, normas que dan lugar a la moral como pauta de conducta y que “sobre este aspecto se pronunció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la sentencia dictada en el expediente 12-86, el 17 de septiembre de 1986, al decir: «Esta Corte reconoce que moral y derecho no son exactamente iguales, pero no puede aceptar que sean excluyentes. Por el contrario, el derecho tiende a convertir en normas obligatorias de convivencia humana, no pocas de las concepciones morales de los pueblos, interpretadas por sus legisladores, quienes, si bien tienen que ser respetuosos ante las individualidades, no pueden ni deben permanecer impávidos, cuando a su juicio y dentro de los cánones constitucionales, estas individualidades asuman posiciones comprobadas que van contra el bien común».”²³

“En el mismo sentido cabe recordar a Nicolás Coviello, cuando dice: «De suerte el derecho se distingue de la moral, pero sin separarse de la misma. Lo que es contrario al derecho, no puede aprobarlo la moral, salvo que la norma jurídica sea en sí misma inmoral; y, por otra parte, lo que ofende a la moral no debería ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y más segura del derecho».”²⁴

²³**Villegas Lara, René Arturo.** “Introducción al Estudio del Derecho –Teoría General del Derecho-Primera Parte”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria, Guatemala, 1991, página 52

²⁴*Ídem*



Al estudiar el derecho podemos apreciar los criterios que recoge dimensiones morales y que se integran al sistema normativo mediante razones morales. Desde el primer punto de vista se han fijado contenidos materiales, como valores, principios y derechos que justifican ideales morales sobre la base de la idea de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, de la seguridad y de la solidaridad, entre otros, y desde el segundo punto de vista, han sido previstos diferentes mecanismos para la protección de los derechos fundamentales justificando de esta manera, dimensiones de la conciencia personal.

1.2 DE LA MORALIDAD Y DE LA CONDUCTA MORAL

Las palabras moral y moralidad se usan en forma diferente, en contextos diferentes, por lo que si no se especifica el contexto de dichos adjetivos, es posible que se incurra en algún mal entendido; se dice, que el alcance de la moralidad, tiene que ver con principios o normas de conducta, basados en las costumbres y la moral de un pueblo, es decir, con los modelos generalmente reconocidos de conducta con los que se juzgan los actos de los miembros de una comunidad en particular, en este sentido, la moralidad es una práctica de autoridad y la conducta moral es una conducta que se conforma con sus modelos.

Con frecuencia las personas tienden a comparar las costumbres de su comunidad con el modo de actuar de personas ajenas a dicho lugar, elaborando modelos de conducta alternativos, con los que no solo evalúan la conducta de los individuos, sino también las costumbres de la comunidad, por lo que en ese sentido, “la moralidad no solo tiene que ver con las costumbres sino también con los ideales y la reflexión crítica sobre la moralidad consuetudinaria, adopta la forma de un sistema de principios articulado explícitamente y arreglado racionalmente, que permite hablar de



moralidades sociales o positivas por un lado y de moralidades críticas e ideales por otro.”²⁵

Casi toda moralidad es una mezcla de elementos ideales y consuetudinarios, está caracterizada por tensiones que surgen de diferencias entre las costumbres de la comunidad particular e ideales morales generados por la reflexión crítica, por tanto, una moralidad puede distinguirse de otra de acuerdo a la forma en la que se resuelven estas tensiones.

La historia de la moral puede leerse como “la historia de un movimiento de ideales, articulados conscientemente dentro de una tradición de conductas, en donde la moralidad es de la costumbre, que se encuentra atada a la vida de la comunidad y formada casi totalmente por sus tradiciones,”²⁶ cuya expresión plena y articulada puede encontrarse en la filosofía política y moral europea moderna, sobre todo en los escritos de dos pensadores, Hobbes y Kant, a pesar de que ambos defienden enfoques muy diferentes.

Hobbes sugiere una moralidad fundada en una aguda distinción entre lo público y lo privado, una moralidad de normas comunes, en la que los ideales individuales deban buscarse dentro de límites públicamente circunscritos y que todo individuo tiene la obligación de respetar, estos límites se derivan de ciertas leyes naturales que manifiestan las condiciones de seguridad y coexistencia individual, que pueden aprenderse por medio del ejercicio de la razón. Dicho pensador propuso los requisitos para la realización de la asociación entre individuos, con base en normas comunes, “un poder soberano con autoridad para declarar, interpretar y aplicar el derecho positivo por medio del cual las leyes de la naturaleza van a

²⁵**Nardin, Terry.** “La ley y la moral en las relaciones entre los Estados”, Editores Asociados Mexicanos, México, 1985, página 211

²⁶**Ídem,** página 213



adaptarse a las exigencias de sociedades particulares,²⁷ por tanto, esta es una teoría que aparta a Hobbes de la tradición del derecho natural, cuyo contenido de moralidad puede descubrirse por medio del uso de la razón y que se le entiende como una moralidad de “normas”, de “derecho”, de “derecho natural”, de “derecho moral” o simplemente “moralidad.”²⁸

Ahora bien, las presuposiciones de la moralidad como un cuerpo de normas comunes para seres racionales se exploran en los escritos de Kant, para quien la ética es fundamental, para poder separar la idea de moralidad, de las contingencias de la conducta moral. El principio moral fundamental de Kant es el imperativo, en cuyas formulaciones es entendido como una forma de expresar la idea de que la conducta moral consiste en actuar de acuerdo con el derecho moral accesible a la razón. “El imperativo categórico no dice a la gente lo que debe hacer para sobrevivir, ser feliz o realizar otros fines bueno; le ayuda a identificar los límites que deben respetar en sus esfuerzos para lograr estos fines. Tratar de lograr un fin es buscar alterar el mundo lo suficiente para acercarlo a un mundo ideal imaginado. Los ideales dan lugar a máximas que gobiernan las vidas de quienes les son devotos.”²⁹

Como imperativos, en la terminología de Kant, hemos de mencionar los hipotéticos y los categóricos. Una máxima o imperativo hipotético es una norma de habilidad o un consejo de prudencia concerniente a lo que debe hacerse para promover un fin particular, sin embargo, esta máxima como tal, no constituye un deber ni es moral. El deber y la moralidad como tal, aparecen cuando la observancia de una máxima es ordenada por el imperativo categórico o bien imperativo moral, para conducirse de determinada manera con el afán de alcanzar la búsqueda de los fines que conforman a la ley moral; este imperativo no depende de la experiencia ni de las intenciones que el individuo pueda poseer, al contrario, le obliga

²⁷ Nardin, Terry. *Ob. Cit.*, página 215

²⁸ *Ídem*, página 216

²⁹ *Ídem*



incondicionadamente por cuanto que expresa que la conducta como tal no se define por las metas que se busca alcanzar, sino que por el respeto que el individuo debe mostrar para poder alcanzar el bien común de una comunidad, aun cuando esta pueda estar motivada por intereses, ideales, valores y creencias diferentes.

Al hacer referencia a la expresión de “moralidad internacional” hemos de introducirnos a la discusión de moralidad y conducta moral, ya que el tema es concerniente a las relaciones que entre los ciudadanos y funcionarios de diferentes Estados se puedan dar; es de resaltar, que, al incursionar en el estudio y aplicación del derecho internacional, priva la moralidad como algo común a toda conducta internacional.

Para el derecho internacional, la moralidad es “un conjunto de normas y prácticas de autoridad que constituyen un modelo común de conducta para los Estados en sus relaciones entre sí”³⁰ y de la que se excluyen tratados, cartas y regulaciones de organizaciones internacionales que se instrumentalizan para la realización de propósitos particulares. El elemento moral en el plano internacional va a encontrarse en los principios generales de asociación internacional, que constituyen el derecho internacional consuetudinario, así como en los principios que especifican los derechos de independencia, igualdad jurídica y autodefensa, el deber de observar los tratados y la obligación de abstenerse de agresiones, de conducir las hostilidades durante la guerra de acuerdo con las leyes de esta, de respetar los derechos humanos y de cooperar en la solución pacífica de las disputas.

“El derecho internacional consuetudinario, es la moralidad común de la sociedad internacional porque contiene las normas y prácticas de

³⁰*Ídem*, página 219



autoridad de acuerdo con las cuales se define tal sociedad, y se juzga y dirige la conducta de sus miembros.”³¹

Sin perjuicio de la definición anterior, es importante aclarar que existen otros conceptos de moralidad a partir de los cuales el derecho internacional consuetudinario aparece como no moral, por cuanto que con frecuencia se entiende que la moralidad pertenece a la conducta de los individuos, en lugar de grupos u organizaciones, por tanto, es razonable cuestionar si las ideas de moralidad y conducta moral tienen implicaciones en las relaciones de los Estados o bien si se puede hablar de los Estados como sujetos o agentes que tienen la capacidad de comprometerse en su conducta.

“La dificultad de concebir que el derecho internacional consuetudinario constituye o integra una moralidad internacional, no deviene de la duda en cuanto a que si ese conjunto de leyes se aplica a la conducta individual o si los principios morales se aplican a los Estados, sino que de la convicción de que los principios no pueden considerarse como morales a menos de que demanden respeto para la libertad así como respeto para con los derechos del individuo, por tanto, puede afirmarse que de acuerdo con este enfoque, los principios de asociación representados por el derecho internacional consuetudinario no protegen y reconocen adecuadamente lo que se conoce como derechos individuales, aunado a ello, quienes sostienen dicho criterio consideran, que es mediante este principio que se permite demasiada libertad a los Estados para que incurran en violación de los derechos de sus propios ciudadanos o bien restringen demasiado a los gobiernos en la intervención para resarcir la violación de los derechos individuales en el extranjero.”³²

³¹ *Ídem*

³² **Nardin, Terry.** *Ob. Cit.*, página 222



El derecho internacional busca proteger la libertad de los pueblos para gobernarse a sí mismos, de acuerdo con sus propias leyes y tradiciones y, es a partir de dicha afirmación que se asegura que dicha rama del derecho tiene significado moral, por cuanto que, ante la existencia de las comunidades políticas independientes, da paso a la libertad individual. “La libertad de la comunidad política no es la libertad de sus ciudadanos y aun cuando pueda existir alguna relación entre ambas, estas son distintas y el derecho internacional expresa su preocupación por la última de las enunciadas por cuanto que, limita la soberanía estatal y permite la intervención extranjera en caso esta libertad se vea gravemente amenazada.”³³ Ahora bien, el derecho internacional consuetudinario ha incluido la idea de un modelo internacional mínimo, que regula las relaciones entre un gobierno y sus propios ciudadanos, bajo la etiqueta de derechos humanos, este es un modelo que al limitar la soberanía estatal, refleja en forma indirecta, su preocupación por la libertad individual, por cuanto que son las relaciones de los Estados entre sí, las que este trata.

El rasgo más trascendental del derecho internacional consuetudinario es, que aunque sus modelos sean de conducta para Estados, los juicios sobre los cuales se apoya la creación y aplicación de dichos modelos, son los de una comunidad internacional y es esto lo que sugiere que se le interprete como moralidad internacional, por cuanto que existe la posibilidad de que haya otras moralidades internacionales, tal es el caso, de la tradición del derecho natural, según es entendida por la iglesia católica, que entre otros considera que es la moral internacional la que postula el derecho internacional, entendido esencialmente como “un derecho de cooperación entre los agentes de la vida internacional, es decir, un derecho al que los Estados están sometidos plenamente en virtud del principio de subordinación jerárquica.”³⁴ Otro más inclusivo, es “que la

³³ *Ídem*, página 224

³⁴ **Coste, René.** “Moral Internacional” Editorial Herder, España, 1967, página 220



moralidad internacional va a encontrarse en la aplicación de los principios y conceptos heredados de la totalidad de la tradición judeo-cristiana, o bien de la tradición del islam, que a pesar de su origen militante ha elaborado una moralidad de ajuste mutuo entre pueblos separados, tanto dentro como fuera de la fe musulmana,³⁵ con sus propias fuentes y una identidad distinta de cualquier otro sistema jurídico, por tanto, existen muchas moralidades internacionales, cada una basada en principios y juicios de tradición o comunidad diferentes, cuyo rasgo en común es que no todas forman parte del derecho internacional.

Lo que hoy en día llamamos derecho internacional, no solo es un tipo de derecho, sino un ejemplo particular del sistema jurídico internacional, las otras tradiciones morales no son más que sistemas distintos de moralidad internacional.

A diferencia del derecho internacional consuetudinario, que es esencialmente una moralidad de conducta del Estado, las grandes tradiciones morales son esencialmente, moralidades de conducta personal, aplicadas a problemas y tomando en cuenta las circunstancias de asuntos internacionales, por tanto sus modelos de conducta reflejan tanto los principios generales de la tradición y las practicas específicas, como las artes de gobernar o de la guerra, a los que deben adaptarse estos principios generales, por ejemplo, la moralidad de la guerra, como se le comprende dentro de la tradición cristiana, refleja la aplicación de principios morales derivados de otras áreas de experiencia hacia la conducta militar.

“Ninguna tradición moral puede reclamar plenamente que representa la moralidad común de la conducta internacional, ya que cada una está atada a las suposiciones y prácticas específicas de quienes realizan actividades para sostenerla. El derecho internacional consuetudinario está

³⁵Nardin, Terry. *Ob. Cit.*, página 226



ligado a las decisiones de estadistas y procedimientos de abogados tanto que las moralidades de las tradiciones religiosas reflejan los ideales éticos y las premisas teológicas de fes particulares.³⁶

“Tanto la moralidad como el derecho internacional, demandan a su manera, que los propósitos básicos se sujeten a restricciones formales, ambas prácticas son de autoridad y unen a quienes son miembros de diferentes comunidades políticas, sin considerar la existencia o ausencia de otros lazos, incluyendo los de una creencia compartida y propósito común. Los dos proponen la base sobre la que se pueden asociar entre si quienes están implicados en la búsqueda de diferentes fines.”³⁷

Los dos son sistemas de ajuste mutuo, sin embargo, son distintos y difieren tanto en contenido como en origen. Las restricciones del derecho internacional son las que gobiernan la conducta internacional de los Estados y sus representantes oficiales y estas restricciones se derivan principalmente de las costumbres y acuerdos de los Estados, por otra parte, la moralidad internacional pertenece, sobre todo, a la conducta de los individuos y por extensión a la conducta colectiva, sus principios surgen de un diálogo entre varias tradiciones morales en cuanto a que se preocupan con la conducta internacional.

“A diferencia del derecho internacional, la moralidad internacional no tiene intérpretes, la conversación moral es aquella en la que todos tienen voz y aunque tengan diferentes jurisdicciones y se deriven de fuentes diferentes, ambos reflejan una preocupación en común”,³⁸ siendo el sistema jurídico internacional “la única instancia en la que los modelos comunes de conducta internacional se definen y perpetúan por medio de la idea de una

³⁶ *Idem*, página 228

³⁷ **Nardin, Terry.** *Ob. Cit.*, página 284

³⁸ *Idem*, página 285



sociedad internacional gobernada por normas y como tal, es un vehículo no solo de la conducta jurídica sino que también de la moral”.³⁹

1.3 DE LA MORAL INTERNACIONAL

Las naciones llegadas a cierto grado de madurez, se han organizado, han creado instituciones y por ende han creado Estados, siendo estos su expresión jurídica, su personificación. El Estado es quien habla en su nombre, en el interior y en el exterior, en el interior es quien asegura la unidad entre sus miembros y en el exterior los representa, los defiende en caso de necesidad, es quien entabla las relaciones con otros Estados.

De aquí resulta que el adjetivo internacional evoca prácticamente el sentido interestatal, cuando se habla de derecho internacional se piensa inmediatamente en el derecho público internacional, es decir, en esa parte del derecho que rige las relaciones interestatales. “La moral internacional en su acepción corriente, ha venido a ser prácticamente sinónimo de moral interestatal”⁴⁰ y ha sido considerada como una subdivisión de la moral social, que podría definirse como una moral de las relaciones entre las naciones del mundo, “que determina los deberes del hombre como miembro de la sociedad internacional, ya como gobernante, ya como súbdito, de un Estado cuya actividad ha de coordinarse con la de otros Estados y subordinarse al bien común de todos.”⁴¹

Oportunamente, la Unión Internacional de Estudios Sociales en sus Códigos de Malinas la definió de la siguiente manera: “es una rama de la moral especial que rige las acciones de los hombres, y especialmente las de los gobernantes, en sus relaciones internacionales” y la completa al

³⁹Nardin, Terry. *Ob. Cit.*, página 287

⁴⁰Coste, René. *Ob. Cit.*, página 39

⁴¹Corral Salvador, Carlos. “Moral Internacional”, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, página 21



poner “las sociedades compuestas de seres humanos, regidas por voluntades libres, verdaderas personas morales, están subordinadas, al mismo que las personas físicas, a la ley moral que gobierna soberanamente las voluntades humanas. Sus mutuas relaciones estarán, pues, también regidas por un conjunto de reglas y de preceptos; estos forman la moral internacional.”⁴²

“En sus implicaciones concretas, los principios jurídicos topan constantemente con las exigencias de la moral, con las cuales interfiere. El derecho positivo, como la moral, se dirige en definitiva a la conciencia. Lo que los diferencia no es esencialmente su extensión y su fin; si bien es cierto que el derecho positivo impone sobre todo deberes de justicia, se da también el caso de que sanciona deberes. En el plano fenomenológico la moral no es sancionada sino por la conciencia individual, mientras que el derecho positivo es sancionado por la autoridad social que lo ha organizado, sean cuales fueren las posiciones personales de las conciencias individuales, el derecho emana de una autoridad exterior, la moral emana de la conciencia.”⁴³

Pío XII en la alocución que hizo a la XVI Asamblea de la Oficina Internacional de Documentación sobre la Medicina Militar, del 19 de octubre de 1953 manifestó: “(...) Con relación a la moral, el derecho cumple diversas funciones: así, por ejemplo, la de selección y concentración; ambas se reducen en el fondo a esto: que el derecho no asume las exigencias morales más que en la medida requerida por el bien común. En todo caso, no son dos fuentes equivalentes de las exigencias de la vida internacional, pues la primacía corresponde a la moral. La razón —según Pío XII—, en su discurso *Con vivo compiacimento*, del 13 de noviembre de 1949, a los preladados, auditores, oficiales, ministros, abogados y procuradores del tribunal de la

⁴² *Ídem*

⁴³ Coste, René. *Ob. Cit.*, página 215



Sagrada Rota Romana– es que es necesario que el orden jurídico se sienta de nuevo ligado al orden moral sin permitirse traspasar los confines de este. Ahora bien, el orden moral está esencialmente fundado en Dios, en su voluntad, en su santidad, en su ser. Aun la más profunda o más sutil ciencia del derecho no podrá proporcionar otro criterio para distinguir las leyes injustas de las justas, el simple derecho legal del derecho verdadero, que el perceptible ya con la sola luz de la razón por la naturaleza de las cosas y del hombre mismo, el criterio de la ley escrita por el Creador en el corazón del hombre [Cf. Rom. 2,14-15] y expresamente confirmada por la revelación. Si el derecho y la ciencia jurídicas no quieren renunciar al único guía capaz de mantenerlos en el recto camino, deben reconocer las obligaciones morales éticas como normas objetivas válidas también para el orden jurídico”.⁴⁴

De ello se pueden hacer derivar, siguiendo a René Coste, las siguientes conclusiones: “La moral internacional tiene como primera función, la de controlar el derecho internacional, por cuanto que remedia en cierto modo, las lagunas y los retrasos del derecho internacional y es considerado como el espíritu que da vida a la letra del derecho internacional, incluso cuando sus disposiciones son adecuadas a los problemas que hay que resolver.”⁴⁵

El hecho de reconocer la primacía de la moral, no significa que la función del derecho sea rebajada, al contrario, la moral internacional postula un derecho internacional lo más completo y adaptado posible, “es siempre decisivo... que el derecho positivo, a diferencia del simple postulado ético, propone una norma de conducta formulada por la autoridad competente de una comunidad de pueblos o de Estados y obligatoria para los miembros de dicha comunidad, con miras a la realización del bien común. A este derecho

⁴⁴Corral Salvador, Carlos. *Ob. Cit.*, página 74

⁴⁵Coste, René. *Ob. Cit.*, página 218



positivo pertenecen entonces la obligación jurídica, el control jurídico poder de coerción.”⁴⁶

La moral internacional no es igualmente reconocida por todos y en muchas ocasiones el derecho natural reclama las determinaciones concretas del derecho positivo, “una vida social pacífica y ordenada, en la comunidad nacional o en la de los pueblos, solo es posible si se observan las normas jurídicas que rigen la exigencia y el trabajo en común de los miembros de la sociedad.”⁴⁷

En forma general, el derecho internacional es tan necesario para la vida internacional como el derecho estatal para la vida interna de los Estados y el estudio de la moral internacional es un asunto que nos concierne a todos por cuanto que es de allí de donde emana el espíritu internacional, que no es más que el interés por los problemas internacionales, por los acontecimientos que tienen lugar en otros países, por su evolución política, económica, social y cultural, por las relaciones públicas o privadas que van más allá de las fronteras y que se constituye en un esfuerzo por lograr alcanzar la conciencia viva de la solidaridad que une a todas las naciones del mundo y a todos los seres humanos con la consiguiente obligación de respetar y contribuir a su desarrollo y más allá de las relaciones individuales, el espíritu internacional se apoya en la unidad de la humanidad y en la dignidad de la persona humana.

1.4 DEL DERECHO DE GENTES COMO GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Existen numerosas teorías sobre el nacimiento del derecho de gentes, génesis de lo que hoy se conoce como derecho internacional y que

⁴⁶ *Ídem*, página 219

⁴⁷ **Coste, René.** *Ob. Cit.*, página 220



ha sido equiparado a la moral internacional, tal y como lo dejó escrito E. von Strydom, de la siguiente manera: “la vida internacional está regida por el derecho de gentes, cuya alma se puede decir que es la moral internacional,”⁴⁸ por lo que en ese sentido, se ha inferido que la moral internacional y el derecho internacional han tenido un recorrido juntos, recorrido que no se circunscribe a la era moderna, por cuanto que su origen puede esbozarse desde la Antigüedad, en ese sentido merece atención la realización del examen histórico de este derecho.

El derecho internacional empezó a surgir en el momento en el que el Imperio romano de oriente se desmembró y comenzaron a formarse los Estados nacionales de Europa, esto es en el siglo XVI, y junto con ello, se dio el descubrimiento de América, que fue lo que sentó las bases de lo que hoy se conoce como la doctrina internacionalista ya que con anterioridad esto no había aparecido.

“Por esas fechas empezó a socavarse el principio de la supremacía universal del Papa, y se fue mermando la autoridad imperial, dando paso a una nueva organización político-jurídica: el Estado centralizado y burocrático, autentico sujeto de derecho internacional; una de las primeras actividades de estos nuevos Estados fue suprimir los poderes feudales que les hacían sombra, afirmándose así el principio de la soberanía nacional, eje del derecho de gentes. La presencia de los nuevos Estados en el siglo XVI y el descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo condujeron a situaciones diferentes por entero a las que precedían, y a un nuevo derecho, diferente del conocido, pues las escasas normas jurídicas en uso hasta entonces resultaban incapaces de ordenar y regir las circunstancias que se estaban produciendo en el suelo europeo. Empezó a crearse así la auténtica doctrina del derecho de gentes, como resultado de esas novedades, y se inició un sistema de coordinación entre los centros de

⁴⁸ *Ídem*, página 41



poder. El territorio y sus fronteras definidas fue un elemento imprescindible y eminente en las relaciones internacionales. Se fueron creando paulatinamente reglas, que respondían a la demanda de normar las nuevas situaciones, y fue así que surgieron los prolegómenos de esta rama jurídica, la cual comenzó a ensancharse pronto.”⁴⁹

Es de destacar que la doctrina del orden jurídico internacional apareció en los tiempos en los que surgió ese derecho, el pionero de los filósofos juristas fue Francisco de Vitoria, quien tuvo ante sí el fenómeno de la conquista de América y alzo su voz frente a los abusos y despojos contra las personas, considerando que esos actos eran contrarios al *ius gentium*. Vitoria se empeñó en definir la naturaleza de la sociedad internacional, precisando que “es una sociedad que trasciende las fronteras nacionales, esforzándose por darle conceptualmente una potestad sobre el Estado: el *ius gentium*, y proporcionando además una solución elegante para conciliar la soberanía de las partes con la soberanía de la comunidad internacional: ‘todo el orbe como una república; como una república cada una de sus partes’.”⁵⁰

Vitoria caracterizó el derecho internacional utilizando una definición clásica del famoso jurista romano Gayo, pero acomodada a la realidad de su época: “*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, vocatur ius gentium.*” ‘Lo que la razón natural ha establecido entre todas las naciones se llama derecho internacional’⁵¹ y sobre esta definición construyó su tesis fundamental de que el derecho de gentes brota de la sociedad internacional, esto es, del consenso de todos los pueblos y naciones. En el tiempo de Vitoria, *gens* abarca a la comunidad universal, por cuanto que en una palabra abarca Estados y pueblos.

⁴⁹ **Sepúlveda, Cesar.** “El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI”, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, página 27

⁵⁰ **Ídem**, página 28

⁵¹ **Ídem**



Vitoria fue un artífice, creador, que dio soluciones jurídicas precisas a los problemas de su época, por ello ha sido llamado padre del derecho internacional, pues sus tesis sirvieron de fundamento a autores posteriores y entre los que ha de mencionarse los siguientes: “Domingo de Soto (1495-1560), también dominico, natural de Segovia, que publicó su texto *De iustitia et iure, libri decem* (en Salamanca, en 1553), donde ratifica las postulaciones de aquel. Baltazar de Ayala (1548-1584), originario de Burgos, auditor de los ejércitos españoles en Flandes, autor de una obra muy meritoria, *De iure et officiis bellicis et disciplina militari*, aparecida en 1581, que versa sobre la comunidad internacional, el derecho a la guerra justa y las condiciones que deben observarse para calificarla así, y una teoría de los tratados internacionales y del incipiente derecho diplomático; agrega novedades, como la teoría de la soberanía, que toma de su contemporáneo Bodino, como potestad absoluta e ilimitada del príncipe, en boga en esa época. Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), oriundo de Valladolid, cuya brillante concepción sobre el derecho de gentes está plasmada en su obra, cuyo título en castellano es *Controversias fundamentales y otras de más frecuente uso*, en tres libros que vieron la luz en Barcelona (1563-1564); ahí sistematiza teoría vitoriana de la libertad de los mares (que luego habría de servir a Grocio), sostiene igualmente el principio de la primacía de la solidaridad internacional por encima de las conveniencias de un Estado en particular; a Vázquez de Menchaca pueden atribuírsele ideas democráticas, pues sostiene que el poder del príncipe ha sido instituido para bien de los ciudadanos y no para utilidad de los que gobiernan. Martin de Azpilicueta (1492-1586), el “Doctor Navarro”, fino teólogo, también sigue a Vitoria en lo relativo a la guerra. Diego de Covarrubias (1512-1577), de Segovia, trato sobre la guerra y sobre el derecho de gentes con un sello claramente vitoriano. Bartolomé de Medina (1527-1580), dominico, también sucesor de Vitoria, expone que, en su parte de derecho humano, el derecho de gentes puede ser abrogado, pero la que



contiene derecho natural no puede ser derogada nunca. Luis de Molina (1535-1600), jesuita, polemizó con el filósofo francés Blas Pascal, dando lugar a las “cartas provinciales” de este, e imprimió su obra (*De iustitia et iure, tome sex*) de 1593 a 1600. Gregorio de Valencia (1551-1603), también jesuita, que aun estando de acuerdo con Vitoria en sus *Comentarios teológicos*, de 1597, introdujo cierto probabilismo en la cuestión de la guerra, tal vez por las diferencias teológicas de matriz que existían entre las dos órdenes religiosas –dominicos y jesuitas-. Pedro de Ledesma, dominico de Salamanca, fiel a la doctrina vitoriana, expone sobre los justos títulos indios y sobre el derecho de la guerra en su obra *Segunda parte de la Summa, en la cual se suma y cifra toda la moral* (1603).⁵²

Por su parte, al jesuita Francisco Suárez, se le conocen tres obras, *Tractatus de Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), *Defensio fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores* (1613) y *Opus de Triplice Virtute Theologicae, Fide, Spe et Charitate* (1621), en las que se recogen sus doctrinas sobre el orden internacional, reconoce la autonomía de los organismos políticos, así como la obligatoriedad de apoyarse los unos con los otros, para poder realizar sus fines, es decir, para obtener su bienestar y lograr su mayor utilidad y por ende lograr la perfección de la persona humana, que le llevará al desarrollo de la humanidad.

Suárez, a diferencia de Vitoria, que se inclinó más por el hombre, no admitió la noción de una sociedad internacional, por cuanto que considero la existencia de un cierto número de poderes absolutos, de comunidades perfectas, que tienen el derecho a la guerra siendo su análisis un estudio sobre los problemas abstractos del derecho y de la estructura de la norma. Se trata de dos posiciones teológicas, la dominica y la jesuita, con matices diferentes respecto a una misma preocupación intelectual, el Estado, como

⁵² Sepúlveda, César. *Ob. Cit.*, página 29



organización humana y su papel para el mejoramiento de la sociedad y la idea de la igualdad entre los miembros de una comunidad internacional.

El siglo XVII fue uno de los períodos más importantes de la historia moderna por la consolidación de los Estados europeos, hubo un resurgimiento de las doctrinas españolas, personificadas en Hugo Grocio, quien se apoyó en las tesis de los juristas teólogos y quien tuvo mucha influencia entre los sajones, divulgó con gran entusiasmo las doctrinas de Vitoria y de Vázquez de Menchaca, cuya obra más célebre fue *De jure belli ac pacis*, obra que dedicó a Luis XIII, se originó a raíz de la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) enraizando su doctrina de la guerra justa en el derecho de gentes y este último en el derecho natural. “Al derecho natural le asignó como base el carácter racional y social del hombre; como Suárez, opina entonces que la razón y la voluntad son el fundamento del derecho de gentes (los principios de derecho natural y consentimiento), pero no el consentimiento de las naciones (que él designa como *civitatis*), sino el de la humanidad, el del género humano. Uno de los primeros elementos del *jus gentium*, en Grocio, es la comunidad internacional unida por la supremacía universal de la justicia, una comunidad del género humano sostenida por un impulso (el *appetitus societatis*, es decir, el deseo hacia una sociedad de seres de la propia especie) y por la necesidad de preservar esa sociedad, como lo había hecho Suárez.”⁵³

“Entre las aportaciones de Grocio están la de hacer del derecho de la guerra una rama muy individualizada del pensamiento jurídico, la confirmación de los principios básicos del orden jurídico internacional, el reconocimiento de la identidad esencial de los Estados y de estos con los individuos que lo integran. Además, examinó la cuestión de la neutralidad y fijó sus elementos principales. Su contribución al tema de las legaciones es también relevante. Debe acreditársele el repudio del concepto de razón del

⁵³ *Idem*, página 33



Estado, invocado muchas veces por los soberanos para justificar atentados contra el orden internacional. Insistió en la posibilidad de arreglo pacífico entre las naciones, en lugar de la contienda armada; fue, pues, un pacifista⁵⁴ a quien se le reconoce la predicación de la moral en las relaciones internacionales.

Las ideas de Grocio fueron penetrantes y los pensadores subsecuentes no le alcanzaron en su nivel y entre ellos es de mencionar “a Pufendorf (1632-1694), con su *De jure naturae et gentium* (aparecido en 1672), apegado al derecho natural y al racionalismo –más jurista que filósofo, como lo calificó Leibnitz-, quien sigue a Grocio en lo referente a la libertad de los mares y en lo de los privilegios diplomáticos. El autor inglés Richard Zouch (1590-1660), con su concepto del *jus intergentes* (de 1650), aunque bastante confuso y de franco espíritu positivista, fue muy del gusto de los británicos. Thomas Hobbes (1588-1679), también de la Gran Bretaña, que aunque tuvo el acierto de usar la denominación *jus gentium* para aplicarla solo a las relaciones internacionales, y pasa por gran filósofo político, sus aportaciones son más bien superficiales, y en el fondo puede considerársele un adversario del derecho internacional.”⁵⁵

La época era difícil para cualquier avance del derecho internacional, pues el Tratado de Westfalia (1648), que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, afirmó la independencia de los Estados y alejó cualquier teoría sobre la organización internacional.

La incorporación de los modelos morales dentro del derecho internacional proporcionó una base para aplicarlos en disputas particulares, alentó el reconocimiento de que la conformidad con estos era un asunto de

⁵⁴ *Idem*

⁵⁵ Sepúlveda, Cesar. *Ob. Cit.*, página 34



preocupación común y que los prospectos para la conducta moral en asuntos internacionales estaban ligados a los del derecho internacional.

“Uno de los grandes logros del pensamiento europeo del siglo XVIII fue que pudo articular la idea de que la sociedad internacional, se define por el respeto de los Estados, a pesar de sus diferencias, a la autoridad de una entidad en común de prácticas y normas, constituyéndose de esta manera, la idea de una sociedad universal de individuos controlados por el derecho internacional, así como la idea de una asociación de Estados inspirada por fines comunes;”⁵⁶ entre los pensadores de ese período destacó el holandés Cornelius van Bynkershok (1673-1743), para quien el derecho de gentes había sido “la reunión de la razón y de la costumbre en un cuerpo armónico de normas, donde se diera el deseado equilibrio de las dos,”⁵⁷ se inclinó por la costumbre como integradora de ese orden jurídico.

Asimismo, puede mencionarse a Emerich de Vattel (1714-1767), quien representó el enlace entre la época antigua y la contemporánea con su *Droit des Gens*, cuya contribución meritoria fue la teoría sobre la ocupación de territorios, sin embargo, por su pensamiento poco profundo no fue influyente entre los juristas.

Durante el siglo XVIII también se desarrollaron corrientes intelectuales que dieron lugar a acontecimientos políticos, que ocasionaron consecuencias en el devenir del derecho internacional y en el avance de la idea de organización internacional y algunos intelectuales propusieron una especie de contrato social entre los Estados, cuya concepción común era una federación de países regida por un órgano central que incluyera representantes de todo Estado. Es en la mitad de dicho siglo cuando Jeremy Bentham propuso que las fuerzas armadas de todas las naciones

⁵⁶ Nardin, Terry. *Ob. Cit.*, página 288

⁵⁷ Sepúlveda, César. *Ob. Cit.*, página 35



europas se redujeran a niveles limitados, que las colonias se liberaran, que se estableciera un tribunal judicial para ajustar las disputas internacionales, siendo el aporte más trascendental, el que denominara al derecho de gentes como derecho internacional, tal y como se le conoce en la actualidad.

“El gran filósofo Emmanuel Kant se sintió atraído por la idea, y en su conocido ensayo *La paz perpetua*, de 1795, propuso que una de las condiciones preliminares de una paz duradera era que ningún Estado debería estar nunca bajo control de otro Estado por cualquier medio, sucesión, intercambio, compra o donación, ni por conquista. Eso por lo que concierne a la especulación sobre política internacional.⁵⁸

Finalmente y conforme a los términos que por John Rawls han sido planteados, el derecho de gentes es “una concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y las normas del derecho internacional y su práctica;”⁵⁹ es importante advertir, que ha sido considerada como la extensión de una concepción liberal de justicia doméstica a una sociedad de los pueblos, idea que sigue la orientación de Kant para quien el derecho de gentes fue concebido de la siguiente manera:

“el derecho de las ciudades o de los Estados en relación entre sí, derecho que se llama bastante impropriamente derecho de los pueblos o derecho de gentes, y que este debería más bien llamarse derecho público de los Estados (*jus publicum civitatum*), es ahora el que tenemos que examinar bajo el nombre de derecho de gentes... en el derecho de gentes es necesario considerar no solamente la relación de un cierto Estado a otro en general, sino también la de cada particular de un Estado respecto de los otros particulares de otro Estado, así como respecto de todo este otro

⁵⁸ *Ídem*, página 37

⁵⁹ Rawls, John. “El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública”, Editorial Paidós, España 2001, página 13



Estado mismo... Los elementos del derecho de gentes son: 1) que las ciudades, los Estados considerados en sus relaciones mutuas externas (como los salvajes sin leyes), están naturalmente en un estado no jurídico; 2) que este es un *estado* de guerra (del derecho del más fuerte) aunque no haya en realidad siempre guerra y siempre hostilidad. Esta posición respectiva (cuando uno y otro pueblo no quieren nada mejor) aunque de hecho no ocasione ninguna injusticia para nadie, es en sí misma, sin embargo, muy injusta, y los Estados limítrofes entre sí están obligados a salir de ella; 3) que es necesario que haya un pacto internacional concebido según la idea de un contrato social primitivo y por el cual los pueblos se obligan respectivamente a no inmiscuirse en las discordias intestinas unos de otros; pero garantizándose mutuamente de los ataques extranjeros; 4) que, sin embargo, la alianza no debe suponer ningún poder soberano (como en una Constitución civil), sino solamente una *Federación*, a la cual se puede renunciar siempre, y que deba ser renovada de tiempo en tiempo. Derecho subsidiario (*in subsidium*) a otro *derecho primitivo a saber*: el de evitar el estado de guerra con aquellos que son nuestros aliados (*foedus amphycionum*)... la idea del derecho de gentes implica en si puramente la noción *de* antagonismo, según principios de libertad exterior, para mantenerse en su propiedad y no para adquirir por aumento de poder .”⁶⁰

La historia de la humanidad se ha visto marcada por el acaecimiento de sucesos que han influido en el desarrollo del derecho internacional, tal es el caso de la Revolución francesa de 1789, que al hacer que surgiera un pueblo libre, estableció un modelo que hizo variar el orden establecido, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ejerció influencia en muchos instrumentos internacionales así como en las Constituciones políticas de diferentes países, en los que el concepto de

⁶⁰Izquierdo Hernández, José Luis. “Kant Principios Metafísicos del Derecho”, Editorial Americalee, Argentina 1974, página 163

dignidad humana que albergan ha dado lugar a que la soberanía interna de los Estados sea definida y delimitada.





CAPÍTULO II

DERECHO INTERNACIONAL

2.1 FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional, también llamado derecho internacional público o derecho de gentes, es “el conjunto de principios y reglas que determinan los derechos y deberes mutuos de los sujetos o personas de la comunidad internacional;”⁶¹ si bien es cierto que se ocupa primordialmente de los Estados, estos no han sido los únicos en interactuar en el ámbito internacional ya que el devenir del tiempo y el progreso de las civilizaciones, han dado lugar al aumento de las relaciones entre sujetos de la comunidad internacional, entre los que se ha de mencionar actores no estatales, entre ellos, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales e individuos en general, acrecentándose con ello, la importancia del derecho que regula dichas relaciones.

Al igual que cualquier otra rama del derecho, el derecho internacional confiere a sus sujetos, derechos y obligaciones, tal es su función y aunque su carácter obligatorio es indiscutible, es necesario que se examine la naturaleza y el alcance de dicho sistema, toda vez que han imperado interrogantes, específicamente en cuanto a cuestionar la posibilidad de la existencia de un sistema jurídico que obligue a los Estados y es este el problema relativo al fundamento del derecho internacional, cuyas respuestas no solamente han estado influenciadas por consideraciones filosóficas, sino que también han sido objeto de análisis desde el punto de vista de las relaciones internacionales.

⁶¹ Montiel Argüello, Alejandro. “Manual de Derecho Internacional”, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), Primera Edición, Costa Rica, 1976, página 7



2.1.1 LAS EXPLICACIONES DESDE SU CONCEPCIÓN FILOSÓFICA

Los que siguen el iusnaturalismo sostienen que el derecho internacional se deriva de Dios, de la naturaleza humana, San Agustín dijo “que la ley eterna, expresión de la sabiduría ordenadora de Dios, se refleja en la conciencia humana constituyendo la ley natural y que de esta brota el derecho positivo.”⁶²

Francisco De Vitoria y Francisco Suárez, cuya concepción del derecho quedó desarrollada en el capítulo anterior, “encontraron el fundamento de validez del derecho de gentes en su calidad de derecho derivado del derecho natural.”⁶³

Por su parte, el positivismo ha considerado el tema con multiplicidad de enfoques, quizá el planteamiento clásico que ha vertido, es que el derecho internacional tiene por base única, la voluntad de los Estados, así como sucede con el derecho interno que tiene como base la voluntad de los individuos asociados; “ubicar en ella el fundamento de validez de la norma internacional supone privarla de permanencia, de certeza. Si la voluntad de los estados cambia y ello es posible y legítimo, también cambia el derecho internacional y no se han establecido criterios para adecuarse al cambio. De allí que otra rama del positivismo intente el mismo análisis pero ubicando el fundamento de validez de la norma internacional fuera de la voluntad de los estados.”⁶⁴

En posición contraria se encuentra la teoría pura del derecho, que sostiene que existe un solo orden jurídico cuyo fundamento lo brinda una norma colocada en el vértice de una pirámide jurídica, que no admite

⁶² *Ídem*, página 9

⁶³ **Pinto, Mónica.** “El Derecho Internacional”, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2004, página 48

⁶⁴ *Ídem*, página 50



demostración, en la que cada norma es aplicación de la precedente, de rango normativo superior y fuente de la norma de rango inferior. A esta teoría se integra Alfred Verdross, aportándole un ingrediente de derecho natural al entender que “la norma fundamental del derecho internacional positivo es la que sostiene que los Estados deben comportarse según lo prescriben los principios generales del derecho y las normas del derecho convencional y consuetudinario que sobre la base de aquellos se establezcan. En una palabra, levanta el principio de buena fe como fundamento de la validez del derecho internacional.”⁶⁵

En el campo de los positivistas, se integran los exponentes de la teoría sociológica, entre los que se han de mencionar: “León Duguit (1859-1928) quien ubica el fundamento del derecho en la solidaridad social. De este modo las normas internacionales surgen cuando los miembros del grupo social mundial comprenden que su respeto es necesario para mantener esa solidaridad. Así, el derecho internacional poco tiene que ver con la voluntad del Estado, siendo más bien un producto social mundial, y, por ello necesariamente objetivo. Georges Scelle (1878-1961) sostiene que el derecho es el producto de un imperativo social que responde a necesidades concretas de los individuos. En esa medida es un derecho natural u objetivo. No hay diferencias entonces entre el derecho nacional y el internacional, toda vez que la sociedad internacional está compuesta de grupos sociales más restringidos, comparación que también admite el Estado. La transformación de estos derechos objetivos y naturales en derechos positivos y legales requiere la intermediación de los órganos de las sociedades nacionales y de un desdoblamiento funcional de los estados en el ámbito internacional. Nicolas Politis (1872-1942) es más contundente y, concibiendo al derecho como un producto social, afirma que el derecho internacional encuentra su fundamento de validez en la conciencia jurídica de los pueblos. Louis Cavaré (1967) entiende que el fundamento de validez

⁶⁵Pinto, Mónica. *Ob. Cit.*, página 51



del derecho internacional se encuentra en la necesidad de individuos y estados de mantener relaciones regulares y normales.”⁶⁶

Lo anterior permite concluir, que las teorías y orientaciones reseñadas ubican el fundamento de validez del derecho internacional, fuera del orden jurídico, en todo caso, remiten a una realidad de relaciones interestatales internacionales.

2.1.2 EXPLICACIONES DE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La naturaleza del derecho internacional es muy compleja, su contenido se pone en práctica en el contexto de la sociedad de naciones y se encuentra influenciado por las relaciones internacionales, toda vez que los intereses políticos por los que los Estados actúan, tienen consecuencias jurídicas.

Dada su complejidad, el derecho internacional ha sido dividido en tres tipos:

“En primer lugar está el derecho de poder, que ajusta los intereses políticos divergentes de las naciones al orden internacional con base en el principio de la independencia de los Estados y el ejercicio de su soberanía. En segundo lugar, se encuentra el derecho de reciprocidad, que funciona como punto intermedio entre el de poder y el de coordinación y se basa, como su nombre lo indica, en el principio de que las costumbres y tratados internacionales deben tener efectos recíprocos en los que las naciones deciden libremente limitar el ejercicio de su soberanía para conseguir beneficios mutuos. Por último está el derecho de coordinación, que es el que se encuentra menos desarrollado, pero sirve de inspiración al avance

⁶⁶ *Ídem*, página 52



del orden jurídico internacional, pues encarna un esquema de cooperación entre los Estados para el logro de intereses y beneficios comunes.”⁶⁷

Debido a su carácter consensual y a su debilidad institucional, el alcance del derecho internacional ha sido limitado, lo que ha dado lugar a que su validez sea explicada por vertientes de las relaciones internacionales, a decir de estas, el realismo, el institucionalismo y el liberalismo.

El realismo niega la vigencia del derecho internacional y su calidad jurídica, advierte que individuos y Estados persiguen el poder y en ocasiones lo hacen por la fuerza, concibiendo el derecho como “un instrumento inconducente a la luz de los fines que persiguen los estados”.⁶⁸ De conformidad con esta teoría, en las relaciones internacionales el derecho no tiene cabida y con acierto Louis Henkin señala que “el derecho es una fuerza importante en los asuntos internacionales, las naciones se apoyan en el derecho, lo invocan.”⁶⁹

El realismo encuentra su contradictor, en el liberalismo, escuela que entiende que el poder por sí mismo carece de sentido, siendo lo importante, sus actores, sea individuos o grupos que por estos sean conformados y que el Estado adquiere importancia cuando representan con legitimidad, parte de la sociedad.

“Esta posición encuentra validez en las normas de derecho siempre y cuando sean legítimas, pero no precisa cuáles son las condiciones de esta legitimidad. Thomas Franck (1990) entiende que no es el carácter coercitivo

⁶⁷**Zomosa Signoret, Andrea.** “Derecho Internacional y Política Exterior: Una aproximación a la realidad”, Red Política y Cultura, México, 2006, página 184

⁶⁸**Pinto, Mónica.** *Ob. Cit.*, página 53

⁶⁹*Ídem*, página 54



sino la legitimidad de las normas lo que hace que los Estados respeten el derecho internacional. Franck critica los análisis relativos a la validez del derecho internacional que solo enfocan sus diferencias respecto del derecho nacional o interno; alega que omite el dato de que son numerosas las ocasiones en las que se cuestiona el derecho nacional con base en normas internacionales y cita como ejemplos campañas antibelicistas, pro derechos humanos, ambientalistas. Sostiene, pues, que la legitimidad es la propiedad de una norma que predispone a su cumplimiento porque los sujetos tienen la convicción de que ha sido creada de conformidad con principios generalmente aceptados de un proceso de derecho. Un proceso de derecho tiene, según Franck, cuatro elementos: determinación, validación simbólica, coherencia y adherencia.”⁷⁰

La legalidad internacional es uno de los elementos del Estado de derecho y de conformidad con esta teoría, el derecho internacional ha consagrado una distinción entre derecho dispositivo y derecho imperativo, pretendiendo por este último, la consagración del orden público internacional.

Finalmente, hemos de mencionar el institucionalismo como teoría intermedia, que sostiene que los Estados ciertamente persiguen el poder, pero también la prosperidad y que esto requiere de pautas de conducta y de la capacidad para respetarlas, que los temas comunes de los Estados sean considerados en común para todos, lo que exige instituciones que permitan alcanzar intereses convergentes y que faciliten las relaciones internacionales. Esta es una teoría cuyo máximo precursor fue Emanuel Kant, que en su *Paz perpetua* enunció seis artículos preliminares, tres definitivos y dos anexos. Los artículos preliminares incluyen: “1) no será válido ningún tratado que tácitamente reserve cuestiones para una futura guerra; 2) ninguna nación independiente, grande o pequeña, puede ser

⁷⁰Pinto, Mónica. *Ob. Cit.*, página 55



adquirida por otra por sucesión, trueque, compra o cesión gratuita; 3) los ejércitos permanentes deben ser gradualmente abolidos; 4) no puede contraerse ninguna deuda nacional con respaldo en la política exterior del Estado; 5) ninguna nación puede intervenir en la constitución o el gobierno de otra; 6) ninguna nación en guerra con otra puede admitir actos de guerra que hagan imposible la confianza mutua luego de la guerra, como el uso de asesinos, envenenadores, violación de la rendición, instigación a la traición en la nación adversaria. La segunda sección trata de los artículos definitivos para una paz perpetua entre las naciones: 1) la constitución civil de cada nación debe ser republicana, 2) el derecho internacional debe basarse en una federación de estados libres; 3) el derecho de las naciones debe limitarse a condiciones de hospitalidad universal.”⁷¹

Se trata, de una propuesta institucionalizadora en la que la democracia, los principios liberales de autonomía, libertad e inviolabilidad de la persona y el Estado de derecho tienen un papel relevante y este parece ser el enfoque que predomina en el ámbito internacional.

2.1.3 EL COMPORTAMIENTO DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Las teorías sobre el fundamento de validez del derecho internacional suelen afrontar cuestionamientos respecto a su existencia, cuestionamientos que se pueden sintetizar de la siguiente manera: “el mundo del derecho internacional es un mundo de soberanías ejercidas a ultranza, un mundo en el que se da un ejercicio exacerbado de la autonomía de la voluntad, por ello es también un mundo anárquico y, por ende, es un mundo ajurídico. Nadie hay allí para poner orden.”⁷²

⁷¹ *Ídem*, página 57

⁷² *Ídem*, página 58



Ante cuestionamientos de tal naturaleza, se ha de responder: “el derecho es un orden más o menos visible que rodea y enmarca todas las conductas –acciones y omisiones— de los sujetos de una sociedad. Ese derecho es solo visible cuando se produce un quiebre, una falta, una inobservancia de los deberes a cargo. Planteado el conflicto, se recurre a una instancia de solución.”⁷³

En las relaciones internacionales suele imperar el principio de reciprocidad, como también una vertiente en la que las acciones de los Estados se encaminan a perseguir intereses públicos (derechos humanos, derecho internacional humanitario, medio ambiente, uso de la fuerza), que requieren de normas para su regulación y cualquiera que sea el campo de interacción de los Estados, estos respetan las normas internacionales y exigen su cumplimiento por cuanto que el relacionarse entre sí no solamente les confiere derechos sino que también les impone obligaciones, siendo esto lo que le da vida al derecho internacional y por lo tanto su fundamento de validez.

2.2 CARÁCTER JURÍDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Constantemente se ha discutido y se ha analizado, si el derecho internacional realmente es un verdadero derecho. “La defensa del carácter obligatorio del derecho internacional y la búsqueda de un fundamento para tal carácter obligatorio comprometieron y comprometen a los especialistas más representativos en la materia. Frente a estos esfuerzos, subsiste el escepticismo, que se manifiesta tanto a nivel científico como incluso a nivel del hombre común y que pone el acento en la falta de medios idóneos para obligar a los Estados, particularmente a las grandes potencias a respetar las normas internacionales.”⁷⁴

⁷³ *Ídem*

⁷⁴ **Conforti, Benedetto.** “Derecho Internacional”, Zavalia Editor, Argentina, 1995, página 20



Se suele creer que los Estados tienen poco respeto hacia el derecho internacional y que faltan incentivos para su observancia, toda vez que no existe un sistema supranacional de sanciones que pueda imponerse a quienes lo infringen, inclusive popularmente ha sido considerado como un conjunto de obligaciones morales y no jurídicas, sin embargo, en contraposición a lo que ha sido creído, se ha de precisar que los Estados suelen aceptar el carácter jurídico del derecho internacional y lo más importante, suelen ajustarse a él.

Efectivamente, el derecho internacional en ocasiones ha sido infringido, con total impunidad, pero, lo mismo ocurre en todo sistema jurídico, por ejemplo, si se considera la guerra como un supuesto importante de infracción del derecho y del orden, resulta significativo que en muchos Estados las guerras civiles y las sublevaciones internas son más frecuentes que las guerras internacionales. La creencia de que las violaciones al derecho internacional son más frecuentes quizá obedece a que en muchas ocasiones constituye noticia la infracción al derecho, sin embargo, no se informa del cumplimiento de la ley, o bien, suele pensarse que la existencia de una simple disputa internacional prueba de que un Estado ha violado el derecho, cuando en realidad las controversias internacionales no se deben necesariamente a violaciones del derecho internacional.

El origen de una controversia internacional es posible que se deba a un acto inamistoso pero lícito, o bien a la violación de reglas que no pertenecen al derecho internacional; ahora bien, para distinguir el derecho internacional de las reglas no jurídicas aplicables a las relaciones internacionales, es de considerar que “cuando una regla no jurídica se convierte en norma jurídica, las discusiones sobre el ámbito de la misma toman un nuevo giro. Los juristas son preparados no solo para saber (o, mejor, para saber dónde encontrar) el derecho cuando este es claro, sino también para interpretar o



distinguir precedentes establecidos, para hacer uso de analogías, para deducir principios generales de reglas más detalladas y viceversa. La argumentación jurídica constituye una forma peculiar de raciocinio, lo mismo que constituye forma peculiar de razonamiento la crítica literaria. La aplicabilidad del razonamiento jurídico a determinadas reglas es tanto la consecuencia como la prueba del carácter jurídico de las mismas; resultaría patentemente absurdo argumentar sobre las reglas de moralidad o de cortesía en la misma forma que argumentamos sobre las reglas jurídicas. En las discusiones, con frecuencia técnicas, entre Estados sobre cuestiones litigiosas del derecho internacional predominan las referencias a precedentes, tratados y publicaciones jurídicas;⁷⁵

De conformidad con el derecho interno, el Estado a través del organismo legislativo, aprueba leyes, las judicaturas examinan las violaciones del derecho y el organismo ejecutivo, entre otros, aplica las decisiones de los poderes legislativo y judicial, éste es un sistema prácticamente desconocido en la esfera internacional y en gran medida los Estados crean el derecho internacional por sí mismos, no están obligados a comparecer ante un tribunal internacional si no se comprometieron de antemano a hacerlo y no existe un órgano ejecutivo centralizado que se encargue de aplicar el derecho, siendo esto lo que ha dado lugar a que muchos pensadores nieguen el carácter jurídico del derecho internacional.

Ahora bien, los Estados obedecen a las normas internacionales con más frecuencia de lo que el público supone y este deviene al hecho de que existen tres factores inherentes a la naturaleza misma del derecho internacional que induce a los Estados a cumplirlo, siendo estos los siguientes:

⁷⁵ **Akehurst, Michael.** "Introducción al Derecho Internacional", Alianza Universidad Textos, España, 1987, página 16



“1. *La falta de un órgano legislativo constituye, paradójicamente un elemento que refuerza el derecho internacional. Todos los sistemas jurídicos se corresponden en alguna medida con el clima dominante en la sociedad en la que actúan, pero en los sistemas jurídicos nacionales la concentración del poder legislativo en las manos de un reducido número de individuos puede originar la adopción de reglas no queridas por la mayoría del pueblo y que este no está dispuesto a obedecer. La falta de un órgano legislativo internacional significa que los Estados crean, en gran medida, el derecho internacional por sí mismo, siendo improbable que creen un derecho que no se ajuste a sus intereses o que se sientan inclinados a infringir (...)* 2. *El derecho internacional se basa en gran medida en la costumbre. Los Estados fortalecen una regla consuetudinaria mediante su observancia y la debilitan cuando la infringen, ya que, de este modo, podríamos decir que emiten un voto en favor de su desaparición. El Derecho consuetudinario cuenta con mecanismos inherentes de cambio. Así, un Estado que infringe una regla de derecho consuetudinario puede encontrarse con que ha creado un precedente que puede ser usado contra él mismo, no solo por la víctima original de su violación, sino también por terceros Estados, cuando el Estado infractor trate de invocar la protección de tal regla en el futuro. La conciencia de esta posibilidad disuade con frecuencia a los Estados de violar el Derecho internacional (...)* 3. *Los Estados son escasos en número y se basan en un territorio. Al existir pocos Estados, cada uno de ellos entra en frecuente contacto con cada uno de los restantes Estados. Como el Estado se apoya en un territorio, no puede escoger sus vecinos y está obligado a convivir con los Estados más próximos. Ocasionalmente, puede un Estado vivir en virtual aislamiento del resto del mundo, como la China comunista ha mostrado en ocasiones disposición a hacer, y como hizo el Japón durante dos siglos con anterioridad a 1854. Pero lo normal es que un Estado se vea impulsado por necesidades económicas y de otra índole a buscar beneficios en el trato con otros Estados. Si pretende obtener estos beneficios por la fuerza, los*



restantes Estados se coligarán contra él en una alianza defensiva. Si trata de obtener esos beneficios por medios pacíficos, tendrá que dar algo a cambio, y, para inducir a otros Estados a negociar con él, habrá de adquirir la reputación de ser un Estado responsable y que se ajusta al derecho. Esto será particularmente aplicable a las relaciones con sus vecinos, con los que sostendrá, probablemente, relaciones más frecuentes.”⁷⁶

La cooperación del sistema internacional para asegurarle al derecho internacional, su valor y fuerza en cuanto fenómeno jurídico es importante, pero también es de tomar en cuenta que su existencia, es exclusiva en el ámbito de la comunidad internacional, a nivel de las relaciones internacionales, por lo tanto, puede subsistir sin recurrir a los ordenamientos jurídicos internos.

El Estado que pueda demostrar que su comportamiento es conforme a las reglas del derecho internacional, tiene un argumento fuerte a su favor, tomando en consideración que en la actualidad se impone a los gobiernos el deber de dar cuenta de sus acciones frente a la opinión pública mundial.

2.3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional suele determinarse por las características de la sociedad a la que se aplica, en ese sentido, demos una mirada al conjunto de características que revisten al ordenamiento de la comunidad de Estados, en la que no se da la tradicional división de poderes, por cuanto que se carece de un poder legislativo, de un poder ejecutivo y de un poder judicial, se trata de un ámbito descentralizado en el que cabe hacer una distinción entre elaboración normativa, de determinación del derecho y de la aplicación coactiva de las normas.

⁷⁶ *Idem*, página 23



2.3.1 ELABORACIÓN NORMATIVA

“En lo que respecta a la función normativa, es necesario distinguir entre el derecho internacional general y el derecho particular, es decir, entre las normas que se dirigen a todos los Estados y aquellas que vinculan a un número restringido de sujetos, generalmente los sujetos que han participado directamente de su formación.”⁷⁷

Como se ha planteado con anterioridad, el derecho internacional es el producto de la necesidad de los Estados de relacionarse entre sí y las normas generalmente reconocidas, son normas consuetudinarias, formadas en el ámbito de la comunidad internacional a través del uso, cuya existencia puede afirmarse solo si se demuestra que corresponden a una práctica constantemente seguida por los Estados.

A diferencia de las sociedades nacionales, en el ámbito internacional se da una marcada descentralización en la elaboración de normas de alcance general y una característica propia del conjunto normativo del derecho internacional es la pluralidad de fuentes de una misma norma, lo que para unos es la costumbre internacional, para otros consiste en una estipulación de un tratado en vigor entre ellos y para otros es un principio general del derecho.

La característica de la costumbre puede ser considerada como la fuente primaria o de primer grado del ordenamiento internacional, lo propio de ésta característica es que regula los requisitos de validez y de eficacia de los tratados, o bien, se limita a disciplinar una fuente normativa ulterior. En sí es escasa la cantidad de normas que de la costumbre devienen, por cuanto que fuera de las normas de carácter meramente instrumental, no son

⁷⁷ Conforti, Benedetto. *Ob. Cit.*, página 16



muchas las normas que reconocen derechos e imponen obligaciones a los Estados.

También existen las costumbres particulares, concebidas como fuente de segundo grado, ello en cuanto a subordinación a la costumbre, consistentes en ser normas típicas del derecho internacional, que son impuestas por medio de acuerdos, pactos, convenciones o tratados, todos de carácter internacional y que vinculan solo a los Estados contratantes. A diferencia de las normas consuetudinarias, las normas que provienen de la costumbre particular son muy numerosas y constituyen la parte más relevante del derecho internacional.

“Es a través de tratados que hoy se tiende a regular muchas relaciones de la vida social, relaciones que trascienden ya casi todos los límites y las posibilidades del Estado individualmente considerados. El acuerdo internacional está subordinado a la costumbre, así como en el derecho interno el contrato está subordinado a la ley.”⁷⁸

El hecho de que los acuerdos internacionales que persiguen la colaboración entre Estados y que depende de la voluntad de colaboración de cada Estado, sea mayor en relación al número de normas que devienen de la costumbre, evidencia que el proceso de producción de normas jurídicas en la comunidad internacional es totalmente diferente con relación a los procedimientos que se cumplen en las comunidades estatales.

Una de las cuestiones medulares con relación a este planteamiento, es el hecho de que en los derechos nacionales la autonomía de la voluntad encuentra límites en nociones tales como el orden público, sin embargo, este no es un concepto ajeno al derecho internacional, especialmente a aquel que rige desde la Segunda Guerra Mundial, pues la puesta en común

⁷⁸ *Idem*, página 17



de una serie de objetivos supuso transformar la sociedad internacional en una comunidad en la que “el multilateralismo se ha impuesto como política y como técnica y se ha abierto al espacio para procesos amplios de adopción normativa bajo los auspicios de las organizaciones internacionales. Las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Unidad Africana, la Organización Internacional para la Energía Atómica o la Organización Panamericana para la Salud brindan acogida a conferencias internacionales en las que se da el debate y la propuesta normativa en un modo de alguna manera parecido al que tiene lugar en los parlamentos nacionales. Estos esfuerzos tienden a asegurar un mejor equilibrio de fuerzas, especialmente porque determinan desde un inicio las reglas de juego. Por otra parte, desde años se ha incorporado como valor atendible, la voz de la sociedad civil a través de las organizaciones no gubernamentales (ONG), especialmente en las áreas relativas a los derechos humanos, el medio ambiente y el derecho penal internacional.⁷⁹

Como derivación de los acuerdos, se encuentran los procedimientos previstos por dichos acuerdos, también llamados fuentes de tercer grado y que se constituyen en fuente de derecho internacional particular, toda vez que su fuerza deviene de los acuerdos internacionales que los prevé y que vinculan únicamente a los Estados que se adhieren a dichos acuerdos; generalmente las organizaciones internacionales no tienen poderes vinculantes con respecto a los Estados miembros, el instrumento del cual se sirven normalmente es la recomendación, que tiene el carácter de una mera exhortación, sin embargo, existen casos en los cuales las organizaciones promulgan decisiones vinculantes que se encuentran por debajo de los acuerdos en la jerarquía de las fuentes.

⁷⁹Pinto, Mónica. *Ob. Cit.* página 66



En cuanto cada organización nace de un acuerdo, surge el llamado tratado constitutivo, mediante el cual el Estado está obligado por decisión a respetarla en virtud del acuerdo constitutivo de la organización.

Por ejemplo, Italia, por haber ratificado el Tratado de Roma de 1957, se comprometió a respetar las decisiones de la Comunidad Económica Europea, hoy llamada “Comunidad Europea”.

En contraposición, está el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, que establece un Mercado Común para América del Sur, que no prevé la creación de órganos comunitarios con capacidad para generar normas vinculantes para los Estados miembros.

En lo que respecta al ámbito nacional, como ejemplo de organización internacional, está el Parlamento Centroamericano, cuyo Tratado Constitutivo fue ratificado por Guatemala el 14 de diciembre de 1987, que en su artículo 5 enlista las atribuciones conferidas a dicho Parlamento, siendo obligación de los Gobiernos de la integración centroamericana, el procurar su colaboración hacia dicho Parlamento.

De igual manera, se refiere el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Acuerdo mediante el cual el Gobierno de la República se compromete a proporcionar la asistencia necesaria para la realización de las funciones y actividades de dicha Comisión.

Lo expuesto con anterioridad, permite sostener, que la carencia de un órgano específico para la elaboración normativa solo es una nota que distingue el derecho internacional del derecho interno, pero no por ello puede asegurarse que carece de modos válidos de creación normativa,



pues la actuación de sus sujetos, especialmente de los Estados y de los organismos internacionales está regulada por el mismo derecho internacional a los fines de determinar cómo es que este se crea.

2.3.2 DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

En la comunidad internacional se verifica la dispersión del poder en soberanías nacionales, eventualmente regionales, con una evidente ausencia de autoridad central, en la que se da una coordinación entre los distintos sujetos que obedecen al principio de igualdad soberana de los Estados, en contraposición al esquema de subordinación de las sociedades nacionales en las que una autoridad central determina el destino de la comunidad y asume conductas políticas.

La institucionalización operada a través de la Carta de las Naciones Unidas ha señalado una tendencia a reconocer en los órganos de dicha organización, los de la comunidad internacional, sin embargo, la ausencia de un poder administrador ha tenido incidencia en la manera como el derecho internacional ha sido ejercido.

“De la naturaleza predominantemente voluntaria de la jurisdicción internacional y de la ausencia de un poder administrador centralizado, se sigue también la ausencia de uno o más órganos encargados de determinar objetivamente la legalidad internacional. De allí la relevancia del instituto del reconocimiento; se trata de una manifestación de voluntad unilateral por la que un sujeto de derecho toma conocimiento de una situación existente y expresa su intención de considerarla legítima. Tiene una fase cognoscitiva, en la que se constata la situación existente, y una volitiva, en la que se manifiesta la voluntad de relación.



El reconocimiento es una clara expresión de la descentralización de la comunidad internacional. Su pertinencia y oportunidad se verifican en todas y cada una de las ocasiones en que se produce una modificación en el orden jurídico internacional. La naturaleza declarativa del reconocimiento es evidente en la etapa cognoscitiva. El reconocimiento constata algo existente pero no lo crea.”⁸⁰

El reconocimiento puede ser un acto unilateral, con capacidad para generar obligaciones internacionales y en tanto que acto jurídico, tiene efecto respecto al sujeto que lo formula y en el caso de las organizaciones internacionales, está previsto en el texto del tratado que las crea y por ello sus efectos son generales.

La ya señalada institucionalización de la comunidad internacional ha importado un desarrollo horizontal, en razón del aumento del número de Estados y del surgimiento de nuevos sujetos y otros actores no estatales en la escena internacional y con ello el surgimiento de esquemas normativos internacionales, universales y regionales, que importan el establecimiento de un mínimo de derechos y obligaciones.

El fenómeno de la globalización acentúa la interdependencia de las relaciones entre los sujetos del orden jurídico internacional y evidencia una tendencia a la legalidad y judicialización de los conflictos, así como a la participación de actores no convencionales en las relaciones internacionales y que contribuyen a la elaboración de normas internacionales.

⁸⁰Pinto, Mónica. *Ob. Cit.*, página 85



2.3.3 DE LA APLICACIÓN COACTIVA DE LAS NORMAS

En cuanto a la función de determinación judicial del derecho internacional, es importante señalar, que en el ámbito de la comunidad internacional no existe un órgano judicial que solucione las controversias entre los sujetos, de conformidad con un orden normativo previamente dado y ante tal ausencia, en ocasiones estos han solido recurrir a la fuerza para dirimir o solucionar sus diferencias.

El uso de la fuerza física o armada ha sido el primer recurso para zanjar diferendos; la ausencia de un órgano centralizado que se ocupe de pacificar las controversias, o bien, la percepción social de que el uso de la fuerza tiene poder disuasorio, ha dado lugar a que los sujetos de determinadas sociedades recurran a esta, confiando en la capacidad propia para el arreglo de dichos conflictos.

En las sociedades humanas primitivas, la fuerza física y la fuerza armada fueron recursos que se utilizaron para poner fin a las disputas, inclusive, en los inicios de la sociedad internacional, la guerra fue un modo para solucionar las controversias entre Estados.

“La sociedad internacional del siglo XVII estableció un juego dialéctico entre derecho y fuerza armada. No en vano una de las obras fundacionales del derecho internacional es *De iure belli ac pacis* (El derecho de la guerra y de la paz) de Hugo Grotius. Las relaciones entre los sujetos del derecho internacional, entonces solo los Estados, se dividía en dos grupos o ramas y a ellas se aplica el derecho que las regulaba: el derecho internacional de la guerra y el derecho internacional de la paz. De allí la



existencia de un *ius ad bellum*, o derecho a hacer la guerra y consecuentemente, de un *ius in bello*, o derecho aplicable en la guerra.”⁸¹

El desarrollo del derecho internacional, junto a la madurez política y jurídica, ha llevado a los Estados, a codificar normas respecto al uso de la fuerza, así como a propiciar métodos alternativos para la solución de las controversias; la negociación, los buenos oficios, la conciliación entre otros, surgen con la finalidad de prevenir en lo posible el recurso de la fuerza, mas no como límite al derecho de cada Estado de arreglar sus conflictos haciendo uso de la fuerza.

“Con el advenimiento de la Sociedad de Naciones, la solución de controversias dio un paso cualitativamente importante, la guerra no se prohibía, pero se demoraba. Sus miembros acordaron que en caso de surgir entre ellos alguna diferencia que pudiera dar lugar a una ruptura, someterían la cuestión a un arbitraje o a una investigación por parte del Consejo, y se conformarían con no recurrir en caso alguno a la guerra hasta tres meses después de pronunciar los árbitros su laudo o de haber informado al Consejo.

La moratoria de guerra suponía que el conflicto que enfrentara a dos potencias no sería de aquellos que el derecho internacional reservaba exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados. Este avance se completó en 1928 con el Pacto de París, o Briand-Kellogg, de renunciar a la guerra como instrumento de política nacional, en el que las partes reconocían que el arreglo o la solución de las diferencias o conflictos que pudiera surgir entre las mismas solo debería buscarse por medios pacíficos.

⁸¹Pinto, Mónica. *Ob. Cit.*, página 72



Desde mediados del siglo XIX, el arbitraje o recurso a un tercero para que decidiera una controversia conforme a derecho se generalizaba. Los árbitros podían ser unipersonales o formar parte de un tribunal colegiado. La Convención de la Haya de 1899 creó la Corte Permanente de Arbitraje que, en rigor, era una lista de candidatos para actuar como árbitros en los litigios que les refirieran las partes en ese tratado. La Corte comenzó a funcionar en 1902 y en la Conferencia de La Haya de 1907 se revisaron las normas que regían su funcionamiento.”⁸²

Entre las recomendaciones que por la Corte fueron vertidas, estuvo “el establecimiento de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, competente para conocer y resolver cualquier diferencia de carácter internacional que las partes sometan, así como para asesorar al Consejo o a la Asamblea en cualquier diferencia o cuestión que aquellos expongan.”⁸³

“Para 1920, la Sociedad de Estados se dotó de un tribunal judicial para resolver controversias internacionales –situaciones que enfrentan a dos o más partes con intereses claramente encontrados— de conformidad con el derecho internacional. Este tribunal tiene varias de las características que hoy se predicen para poder hablar de un juicio justo: competente, independiente, imparcial, establecido por ley con anterioridad a los hechos. Empero su jurisdicción es facultativa, solo puede ejercer su capacidad de resolver en derecho la controversia planteada si las partes así lo quieren,”⁸⁴ una vez planteada, las partes no pueden ignorarla, debiéndose de suscribir un compromiso, entendido este como “un tratado o convenio cuyo objeto es manifestar el acuerdo de las partes en someter el diferendo al tribunal.”⁸⁵

⁸² *Ídem*, página 75

⁸³ *Ídem*

⁸⁴ **Pinto, Mónica.** *Ob. Cit.*, página 76

⁸⁵ *Ídem*



Puede suceder, que, al celebrar un tratado, las partes incluyan una disposición denominada cláusula compromisoria, mediante la cual se exprese que las controversias que entre ellas se susciten respecto a la interpretación y aplicación del tratado serán sometidas a la Corte, ante la cual, las partes actuarán como si fuera un tribunal habitual de las sociedades nacionales.

“Finalmente, entre las formas tradicionales de aceptación de la jurisdicción internacional se encuentra la declaración unilateral formulada por un Estado en cualquier momento, con expresión de duración o no, precisando su alcance si así lo desea y, en general, sujeta a reciprocidad, es decir, que ella rige respecto de otro Estado que también acepte la jurisdicción. Este modo de aceptación se conoce como la cláusula opcional, probablemente en razón del acuerdo que se perfecciona en el momento en que el Estado lo formaliza.”⁸⁶

⁸⁶ *Idem*, página 77



CAPÍTULO III

LOS TRATADOS EN EL SISTEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL

3.1 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional al igual que cualquier otra rama del derecho, confiere a sus sujetos, derechos y obligaciones, siendo esto su fundamento, aspecto que quedó desarrollado en el capítulo anterior y si bien su presencia ha sido cuestionada, claro está que existe, con características distintas a las del derecho interno, sin embargo, su validez es incuestionable por cuanto que universalmente los Estados se encuentran obligados por él.

El problema estriba en determinar qué es lo que el derecho internacional prohíbe, qué es lo que permite o bien qué es lo que exige que se haga en relación con hechos concretos, para encontrar las respuestas a dichas interrogantes, es necesario que previamente se exploren los efectos de su aplicabilidad y esto es algo que nos lo proporciona la doctrina de las fuentes del derecho internacional.

De conformidad con lo que establecen los postulados de la doctrina, las reglas del derecho natural obligan a la humanidad, porque concuerdan con lo que algunos llamarían la voluntad divina y otros le designarían como los dictados de la razón y sin perjuicio de cómo es que se les denomine, estas son susceptibles de ser consideradas inmutables y su validez es independiente de la intervención humana, siendo a contrario *sensu* las reglas del derecho positivo, por cuanto que son creadas por acción del hombre, cuyo contenido es variable debido a que dependen de la voluntad de sus creadores.



Las fuentes del derecho no pueden ser estandarizadas por cuanto que dependen del desarrollo y de la organización de cada comunidad, así como del sistema jurídico que cada una de estas pueda poseer; algunas fuentes surgen de las relaciones comunales, siendo el caso del derecho consuetudinario, sin embargo, existen otras que exigen mayor grado de centralización política y del establecimiento de organismos especializados poseedores de autoridad política, tal es el caso del derecho legislado.

“La expresión fuentes del derecho se encuentra tradicionalmente limitada a los métodos de creación de las normas jurídicas, es decir, de las reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas, repetidamente, sin límite alguno. No se aplica a los métodos de creación de regímenes especiales que impliquen derechos y deberes solamente para determinados sujetos, es decir –empleando un término común y familiar a la ciencia jurídica— a las reglas particulares.”⁸⁷

Éste es un criterio restrictivo, que en ocasiones da lugar a problemas, especialmente en cuanto a lo que al derecho internacional general se refiere, por cuanto que una de sus características es que posee pocas reglas que obliguen a todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional; el derecho internacional también contiene reglas generales y permanentes cuya validez es solo en relación con determinados Estados, tal es el caso de las normas que se establecen mediante tratados multilaterales o bien aquellas reglas de carácter general y permanente que se aplican solo entre dos Estados y que pueden surgir de un tratado bilateral.

Para saber si una regla determinada, es o no de derecho internacional general, basta con establecer si esta obliga a todos los Estados, si no es

⁸⁷**Sorensen, Max.** “Manual de Derecho Internacional Público”, Fondo de Cultura Económica, México, 1992 página 152



así, no solamente se debe demostrar la existencia de la regla sino también que se debe de probar que pudo obligar al Estado al cual se pretende aplicar. Un tratado puede obligar únicamente a dos Estados o a todos los miembros de la comunidad internacional como ocurre con la Carta de las Naciones Unidas, por tanto, las fuentes del derecho pueden ser métodos de creación de reglas generales como de formulación de situaciones particulares.

El artículo 38. 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumera con autoridad las fuentes del derecho internacional, de la siguiente manera:

“Artículo 38 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”⁸⁸

Las fuentes enumeradas en el artículo anterior, son aquellas que las partes del Estatuto han reconocido como generadoras del derecho internacional y por ser ilimitada la jurisdicción de la Corte, su reconocimiento debe interpretarse en el sentido de que comprenden todo caso en el que las partes invoquen el derecho internacional aun cuando algunos autores hayan criticado dicha disposición, alegando que no incluye todas las fuentes o que incluye elementos que no constituyen auténticas fuentes, sin

⁸⁸ **Estatuto de la Corte Internacional de Justicia**



embargo “cuando surgen nuevos métodos de producción de derecho, estos resultan de la aplicación de reglas jurídicas creadas a través de la operación de las fuentes que han sido reconocidas: es decir, de los tratados y, posiblemente por derivación de la costumbre. De ahí que toda nueva fuente imaginable se encuentra contemplada indirectamente en la enumeración del artículo 38, y es simplemente el producto del derecho que emana de las fuentes que se emanan en esa relación.”⁸⁹

3.1.1 LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

El inciso a) del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como primera fuente del derecho internacional, “las convenciones internacionales, sea generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidos por los estados litigantes”.

La palabra convención equivale a “convenio, contrato, pacto o tratado,”⁹⁰ siendo éste último el significado que el término posee en derecho internacional y en las relaciones internacionales en general, por lo que conviene hacer esta precisión terminológica para evitar la confusión.

Es importante señalar, que no obstante los títulos que se les dé, la materia de que se trate o el número de sus signatarios, todos los tratados se ajustan a la misma definición de la manera siguiente: “El tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional.”⁹¹

Con frecuencia los tratados han sido asemejados a los contratos de los sistemas jurídicos nacionales, asumiendo funciones que en los

⁸⁹Sorensen, Max. *Ob. Cit.*, página 154

⁹⁰Ossorio Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta S.R.L. Colombia, 2000, página 244

⁹¹Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 155



ordenamientos nacionales son desempeñados por actos legislativos. Sin embargo, en el derecho interno, las leyes suelen ser consideradas como fuente del derecho, no así los contratos, por cuanto que constituyen simples negocios jurídicos, que crean derechos y obligaciones para las partes contratantes, siendo mínimo el número de estas, cuando en realidad una fuente de derecho es susceptible de ser aplicada por un gran número de personas.

“Algunos autores han sostenido que los tratados solo deben ser considerados como fuentes del Derecho internacional si se asemejan a las leyes en su contenido, es decir, si imponen las mismas obligaciones a todas las partes del tratado y se proponen reglamentar su comportamiento durante un largo período de tiempo; dichos tratados reciben el nombre de tratados-ley. Según esta teoría, los tratados-contrato, es decir, aquellos tratados que se asemejan a los contratos (por ejemplo, un tratado por el que un Estado se compromete a prestar a otro una cierta cantidad de dinero) no son fuentes del Derecho, sino simples negocios jurídicos. Sin embargo, la analogía entre las leyes y los tratados-ley es incorrecta por las siguientes razones:

1. En los ordenamientos jurídicos nacionales toda persona puede celebrar un contrato, en tanto que las leyes son adoptadas por un número reducido de personas. En Derecho internacional, todo Estado puede concluir un tratado, aunque sea de carácter legislativo.
2. En los ordenamientos nacionales, los contratos crean derechos y obligaciones solo para las partes contratantes, que son pocas en número, mientras que las leyes se aplican a gran número de personas. En Derecho internacional, todos los tratados, incluso los tratados-ley, solo se aplican a los Estados que participan en ellos. Normalmente, las partes en un tratado-ley son más numerosas que



en un tratado contrato, pero no hay razón para que siempre ocurra lo mismo.⁹²

La diferencia entre el tratado-ley y el tratado-contrato, reside en su contenido, sin embargo, es posible que se dé el caso de que un mismo tratado incluya disposiciones contractuales y legislativas, por lo que, en ese sentido, es imprecisa la afirmación de que únicamente los tratados-ley son fuente de derecho, siendo idóneo el considerar a todo tratado, como fuente de dicho ordenamiento jurídico.

La tecnología moderna, las comunicaciones y el comercio exterior han hecho aumentar la interdependencia entre los Estados y la disposición de estos a aceptar reglas internacionales sobre un gran número de cuestiones de interés en común y que han sido recogidas en tratados, tal es el caso de las extradiciones, las normas de seguridad, la ayuda económica, entre otros. “Los tratados constituyen el principal instrumento de cooperación en las relaciones internacionales, y esta cooperación implica con frecuencia un cambio en la posición relativa de los Estados en cuestión. Los tratados son, por ello, con frecuencia, un instrumento de cambio, cosa que suele ser olvidada por los que consideran al Derecho internacional como fuerza esencialmente conservadora.”⁹³

La expansión del derecho internacional ha provocado que los tratados hayan comenzado a reemplazar al derecho consuetudinario, especialmente cuando se llega a un acuerdo sobre la codificación de las reglas consuetudinarias mediante un tratado o bien cuando impera incertidumbre o el desacuerdo con relación a un asunto en particular, los Estados tienden a solucionar sus disputas por medio de compromisos especiales que toman la forma de un tratado.

⁹²Akehurst, Michael. *Ob. Cit.*, página 40

⁹³*Ídem*, página 41



En cierta medida, los tratados han comenzado a reemplazar al derecho consuetudinario, cuando se llega a un acuerdo sobre las reglas consuetudinarias, estas suelen ser codificadas por tratado, cuando hay desacuerdo o incertidumbre, los Estados tienden a solucionar sus disputas por compromisos especiales, que toman igualmente la forma de tratados.

3.1.2 LA COSTUMBRE

La segunda fuente de derecho internacional que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge en el inciso b) de su artículo 38.1 es “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”

Hasta hace relativamente poco tiempo, las reglas del derecho internacional general eran consuetudinarias, la mayor parte de estas aún existen, aunque modificadas de tal manera, que han sido adaptadas a los cambios ocurridos en las relaciones internacionales y sin perjuicio de la existencia de los principios generales del derecho, que serán acotados más adelante, el derecho internacional no dispone de reglas que sean aplicables a todos los miembros de la sociedad internacional, con excepción de la costumbre.

“La costumbre es el producto directo de las necesidades de la vida internacional. Surge cuando los Estados adquieren el hábito de adoptar, con respecto a una situación dada, y siempre que la misma se repita, una actividad determinada, a la cual se le atribuye significado jurídico. Los casos en que dicha regla consuetudinaria se aplica se conoce como precedentes.”⁹⁴

⁹⁴Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 160



Es de destacar, que a pesar de los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas por alcanzar la universalidad, no existe tratado alguno que haya logrado la ratificación o la adhesión de la totalidad de los Estados que conforman la comunidad internacional; el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, establece los principios conforme a los cuales la Organización se propone cumplir sus propósitos y en el inciso 6) de dicho precepto quedó establecido que “la Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.” Aún existen algunos Estados que no son miembros de la Organización y no obstante haber sido facultada para hacer que estos se conduzcan conforme a los principios proclamados, para éstos no se crea ninguna obligación directa, claro está, que algunos han admitido dichos principios, pero tales declaraciones no les hace parte de la Carta y solo puede considerárseles obligados sobre la base de una regla consuetudinaria, para la cual sirven de precedente o porque los principios de que se trata hayan adquirido la categoría de regla consuetudinaria.

El derecho internacional consuetudinario es susceptible de encontrársele en la práctica de los Estados, en los materiales que por estos han sido publicados, así como en informes respecto a medidas que por estos han sido adoptadas, en declaraciones de portavoces de gobierno, conferencias internacionales, reuniones de organismos internacionales entre otros. Lo importante a referir, es que la mayor parte del material que podría iluminar respecto a la práctica estatal en cuestiones de derecho internacional, no suele publicarse.

Para que una regla pueda considerársele como consuetudinaria, es necesario considerar “que un solo precedente no basta para establecer una regla consuetudinaria, y que debe haber un cierto grado de reiteración



durante un período de tiempo (...) una regla consuetudinaria debe basarse en un uso constante y uniforme.”⁹⁵

Debe quedar claro, “que una práctica general llega a ser adoptada como resultado de la multiplicación de los precedentes. Pero un requisito adicional consiste en que debe proceder de la comunidad de Estados en su totalidad. De modo que se debe tener en cuenta dos elementos: la continuidad de la práctica y su alcance, en el sentido del número e importancia de los Estados que se ajustan a ella.”⁹⁶

Para deducir las reglas del derecho consuetudinario del comportamiento de los Estados, es preciso examinar lo que dicen, lo que hace y por qué lo hace; “el análisis clásico de la costumbre permite distinguir dos elementos diferentes en la formación de esta fuente del derecho: un elemento material o como es mejor llamado, un elemento histórico, esto es, la práctica o la multiplicación de precedentes y un elemento psicológico, que es la convicción por parte de los creadores de los precedentes, que al establecerlos ellos están aplicando una regla jurídica.”⁹⁷ “ El nombre técnico asignado a éste elemento psicológico es *opinio iuris se necessitatis*, u *opinio iuris* simplemente, y se suele definir como la convicción de los Estados de que determinado tipo de conducta es exigido por el derecho internacional. Esta definición presupone el que todas las normas de derecho internacional están formuladas en términos de deber, pero esto no es enteramente correcto, pues, además de las reglas que imponen obligaciones, existen otras reglas permisivas que autorizan a los Estados a actuar de una forma determinada, sin que estas actuaciones sean, por otro lado, obligatorias. En el caso de una regla que impone un deber, la definición tradicional de la *opinio iuris* resulta correcta; pero en el supuesto de una norma permisiva, la

⁹⁵ **Akehurst, Michael.** *Ob. Cit.*, página 43

⁹⁶ **Sorensen Max.** *Ob. Cit.*, página 161

⁹⁷ **Ídem**, página 163



opinio iuris equivale a la convicción sentida por los Estados de que el derecho internacional permite cierto tipo de conducta.”⁹⁸

Es de recordar, que las reglas del derecho internacional regulan el comportamiento de los Estados en sus relaciones con otros Estados y por ello es importante que se examine no solo lo que el Estado hace, sino también, la manera como este reacciona ante las actuaciones de otros Estados.

En ocasiones, la *opinio iuris* se interpreta en el sentido de que “los Estados deben creer que algo es ya derecho antes de que se convierta en derecho, probablemente esto no resulta cierto, lo que importa no es lo que los Estados crean, sino lo que digan. Si unos Estados creen que algo es derecho y otros Estados dan su aquiescencia al respecto, habrá surgido una nueva regla de derecho, aunque la totalidad de los Estados se den cuenta de que se trata de un cambio con respecto a la normativa preexistente. El derecho consuetudinario lleva inserto en su misma estructura mecanismos de cambio, si los Estados llegan a ponerse de acuerdo sobre la modificación de una norma, puede surgir con gran rapidez una nueva regla consuetudinaria basada en la práctica estatal. Si el número de Estados que propone un cambio se opone a él o es muy reducido, pronto acabará ajustándose a la práctica mayoritaria.”⁹⁹

Una costumbre surge cuando lo que se tiene en consideración es una práctica constante, bien establecida y reconocida como tal, su carácter obligatorio resulta del consentimiento general por parte de los Estados y es a esto a lo que se refiere el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando menciona una práctica generalmente aceptada como derecho. Las cualidades de continuidad y generalidad para

⁹⁸ Akehurst, Michael. *Ob. Cit.*, página 45

⁹⁹ *Idem*, página 47



que una práctica internacional pueda dar lugar a la costumbre reflejan la presencia del consentimiento y en el ámbito de las relaciones internacionales puede que una práctica de tal índole se dé con mayor rapidez y consecuentemente dé lugar a que se produzca una regla consuetudinaria, siempre que la práctica implique algo más que simples consideraciones de cortesía o conveniencia y para ello se requiere de criterios que permitan hacer esa diferenciación, criterios que el concepto *opinio juris* proporciona.

En los últimos años ha habido una tendencia a codificar el derecho consuetudinario, toda vez que a través del artículo 13 numeral 1 inciso a) de la Carta de las Naciones Unidas se encarga a la Asamblea General el deber de “fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.”¹⁰⁰ “Con este objeto, la Asamblea General –mediante la Resolución 174 (II) del 21 de noviembre de 1947 ha creado la Comisión de Derecho Internacional compuesta por personas de reconocida competencia en derecho internacional— inicialmente formada solo por 15 miembros, aumentada a 21 y, finalmente, mediante Resolución 1647 (XVI) del 6 de noviembre de 1961, a 25, quienes actúan como individuos, pero son elegidos por la Asamblea General en forma tal que asegure la representación de las formas principales de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo.”¹⁰¹

La Comisión ha redactado varias convenciones, algunas de las cuales se han sometido a conferencias de plenipotenciarios convocadas especialmente, como resultado de ello, “en 1958 fueron aprobados en Ginebra cuatro convenios sobre Derecho del mar; en 1961 se adoptó en Viena un convenio sobre relaciones e inmunidades diplomáticas; en la

¹⁰⁰ **Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas**

¹⁰¹ **Sorensen Max. Ob. Cit.,** página 170



misma ciudad, en 1963, un convenio sobre relaciones e inmunidades consulares; y también en Viena, en 1969, un convenio sobre Derecho de los tratados, y en 1977 un convenio sobre sucesión de Estados en materia de tratados.”¹⁰²

El tratado cuyo objeto es codificar alguna área determinada de la costumbre, no reemplaza del todo a la regla consuetudinaria y en ocasiones la Comisión trata de codificar el derecho no mediante un proyecto de convenio o tratado, sino que mediante un informe que presenta a la Asamblea General, que no es vinculante pero que constituye un elemento de derecho consuetudinario vigente.

3.1.3 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La tercera fuente del derecho internacional que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge es la de “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.” Esta expresión había sido incluida en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, predecesor del Tribunal Internacional de Justicia, inclusión que obedeciera al hecho de procurar una solución a aquellos casos en los cuales el Tribunal no fuera capaz de tomar una decisión debido a la existencia de lagunas en el derecho convencional o consuetudinario.

La noción de los principios fundamentales de derecho internacional ha ganado terreno desde la segunda guerra mundial y ha invadido la esfera del derecho convencional, en la Carta de las Naciones Unidas se afirma la superioridad que dicho instrumento tiene sobre cualquier otro tratado, al regular que “en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional,

¹⁰² *Ídem*, página 49



prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.”¹⁰³ De este modo, se ha hecho habitual hablar de los principios de la Carta, y asignarles explícitamente, los atributos de un derecho superior.

“Más recientemente, varias conferencias internacionales y la Asamblea General misma se han esforzado en enunciar varios ‘principios’, tales como los ‘principios de la coexistencia pacífica’ o los ‘principios de derecho internacional referentes a las relaciones amistosas a la cooperación entre los Estados.’ Es indudable que estos ‘nuevos principios de derecho internacional’ tienen la mayor importancia política, y sin duda alguna en forma apreciable pueden influir en la formulación de nuevas reglas de derecho internacional. Sin embargo, no poseen el mismo valor como principios de derecho. Algunos corresponden a los principios consuetudinarios que ya están reconocidos, tal como el de la igualdad de los Estados. Este, igual que el de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, y el de la solución pacífica de las controversias internacionales, ya se encuentran incorporados en la Carta. Otros que se aducen, como el del deber de los Estados de cooperar para buscar el remedio a las disparidades del desarrollo, aun no tienen carácter jurídico, porque no han sido incorporados en tratados ni han sido confirmados por una práctica suficientemente generalizada. Así, es evidente que estos ‘principios de derecho internacional’ no constituyen una fuente distinta de derecho internacional y que, en vista del hecho de que la Asamblea General no tiene atribuciones legislativas, solo pueden llegar a ser principios jurídicos mediante los efectos de los tratados o de la costumbre, de lo cual, también, debe depender el lugar que les corresponde en la jerarquía de las normas de derecho internacional.”¹⁰⁴

¹⁰³ **Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas**

¹⁰⁴ **Sorensen Max. Ob. Cit.,** página 174



El problema del carácter de los principios generales del derecho no solamente surge con relación a aquellos que aún no forman parte del derecho consuetudinario o convencional, sino que también en relación al desacuerdo que hay respecto a la extensión del mismo, por cuanto que, para unos se trata de principios generales del derecho internacional, para otros es en referencia a los principios generales del derecho interno, “la Corte Internacional en muchos casos se ha referido a principios tales como la regla de que ‘nadie puede ser juez en su propia causa’ o la que sostiene que el fallo de un tribunal judicial ‘es *res judicata* y tiene fuerza obligatoria en cuanto a las partes en disputa,’”¹⁰⁵ estos, son ejemplos de principios que no son propios del derecho internacional y que han sido tomados del derecho interno, por lo que en ese sentido, es conveniente tener presente que el medio en el que el derecho internacional opera es muy distinto al medio en el que lo hace el derecho interno y que los principios de este último solo pueden ser utilizados para llenar lagunas del derecho internacional si resultaren ser compatibles con dicho ordenamiento.

3.1.4 LAS DECISIONES JUDICIALES

El artículo 38.1 inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia le impone a la Corte, considerar las decisiones judiciales como medios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

En virtud de esta disposición, es importante señalar, que son dos los aspectos que hay que considerar, en primer lugar, las sentencias judiciales no están en el mismo plano que los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, “aparecen no como fuente autónoma sino como simple medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Las implicaciones y los fundamentos de este enfoque requieren ser

¹⁰⁵ *Ídem*



examinados, puesto que parecería que el valor jurídico de las decisiones judiciales es muy diferente del que se da a las opiniones de los tratadistas.”¹⁰⁶ En segundo lugar, es de considerar, que en su aplicación, se tenga en cuenta el contenido del artículo 59 de la Carta, que en lo conducente establece:

“Artículo 59. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”¹⁰⁷

Esta disposición es clara en precisar, que la Corte no está obligada a seguir las decisiones judiciales anteriores, que para los fines del artículo 38, las decisiones que de esta emanen, solo constituyen un medio auxiliar para la creación del derecho, que si bien crea obligaciones es únicamente para las partes en litigio y esto es solo por virtud de una norma superior, sin embargo, en la práctica hemos visto que las decisiones judiciales han introducido e introducen innovaciones en el derecho internacional, que su aceptación es generalizada y que este es un fenómeno que no solamente ha ocurrido con las decisiones de la Corte sino que también con respecto a las decisiones de cualquier tribunal internacional, sin importar si su formación deviene expresamente o no de un tratado y al igual que las decisiones de la Corte, las decisiones de otros tribunales internacionales constituyen medios auxiliares para la determinación del derecho, por cuanto que, hay un alto grado de probabilidad de que la Corte y otros tribunales sigan sus decisiones en litigios posteriores.

“El confiar en las decisiones judiciales para la determinación de las normas de derecho, ha llegado a ser una parte importante y habitual de la práctica internacional. Ello permite conferir una certidumbre a las normas consuetudinarias, que de otro modo no tendrían, y así facilitan en gran parte

¹⁰⁶Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 177

¹⁰⁷Estatuto de la Corte Internacional de Justicia



su aplicación. A través de tales decisiones los principios generales de derecho se incorporan en la práctica al derecho internacional. Así, las decisiones internacionales contribuyen muy directamente, al funcionamiento de esta fuente y, en verdad, desempeñan un papel decisivo en el desarrollo del derecho internacional, sin llegar a constituir, sin embargo, una fuente distinta de sí misma.”¹⁰⁸

Cabe destacar, que en ciertos sistemas de derecho interno, especialmente en los del *common law*, las decisiones judiciales engendran normas generales de derecho, tienen fuerza vinculante y constituyen lo que se llama jurisprudencia establecida. Este es un fenómeno que no sucede en el derecho internacional, por cuanto que en ese ámbito las decisiones judiciales no tienen fuerza vinculante y si bien han sido constituidos como medios auxiliares, el término auxiliar no debe entenderse como una práctica secundaria, al contrario, constituyen un medio para determinar qué es el derecho, especialmente el derecho consuetudinario, siendo esta su contribución para la formación de la costumbre.

3.1.5 LA DOCTRINA

Sin perjuicio de lo que se indicara en el inciso anterior, es importante precisar que el artículo 38.1 inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también le impone a la Corte, considerar la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho.

“La palabra publicista equivale a autores académicos o doctrina. Al igual que las decisiones judiciales, las publicaciones académicas pueden constituir prueba del Derecho consuetudinario, pero también pueden jugar

¹⁰⁸Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 179



un papel importante en la formación de nuevas reglas jurídicas,¹⁰⁹ toda vez que las investigaciones que realizan los estudiosos, no solo son útiles para precisar el derecho positivo, sino que también son una guía para su desarrollo y para completar sus deficiencias.

3.1.6 OTRAS FUENTES POSIBLES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez completado el análisis de las fuentes del derecho internacional que derivan del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es importante precisar que además de dichas fuentes, es posible referir otras, que de las enunciadas han sido excluidas, siendo éstas:

3.1.6.1 Los actos de organizaciones internacionales

El desarrollo de las organizaciones internacionales a partir de la Primera Guerra Mundial ha coincidido con sugerencias en el sentido de que los actos de las organizaciones internacionales sean reconocidos como fuentes del Derecho internacional.

“Las organizaciones internacionales suelen contar con algún órgano que no está integrado por representantes de los Estados miembros y las prácticas de tales órganos pueden llegar a constituir una fuente de derecho internacional, por ejemplo, la Secretaría de las Naciones Unidas suele actuar como depositaria de tratados y su práctica en este terreno ya ha afectado al derecho de los tratados en algunas materias como la de las reservas. Es posible también, que, en el futuro, la práctica de las fuerzas de las Naciones Unidas ejerza influencia sobre la evolución de las leyes en la guerra. Ahora bien, en los dos ejemplos citados, las Naciones Unidas están llevando a cabo funciones que son normalmente ejercidas por Estados, por lo que resulta natural que la práctica de las Naciones Unidas juegue el

¹⁰⁹Akehurst, Michael. *Ob.Cit.*, página 54



mismo papel que la práctica de los Estados en la elaboración del derecho consuetudinario.¹¹⁰

En ocasiones ocurre que una organización internacional es autorizada a adoptar decisiones que son obligatorias para los Estados miembros, tal es el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que a través del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ha sido autorizado para tomar determinaciones y dar órdenes a los Estados, como parte de la actividad que incumbe a dicho órgano con referencia a amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión. Algunas otras organizaciones pueden contar con competencias más amplias para adoptar decisiones obligatorias, este es el caso en particular, de la Comunidad Económica Europea o Mercado Común.

“Los términos más diversos para designar dichas decisiones: resolución, recomendación, decisión, acuerdo, regulación, ordenanza, opinión, acta final, patrón, norma práctica, etcétera. El uso está lejos de ser fijo, y la misma palabra puede emplearse para señalar actos de diferentes clases en distintas organizaciones: por ejemplo, la palabra ‘recomendación’ en las Naciones Unidas y en la Comunidad Europea del Carbón y Acero. Sin embargo, existe la tendencia general de reservar el término ‘resolución’ para decisiones distintas de las elecciones de los cuerpos colegiados, asambleas, consejos, comisiones y otros por el estilo. Tal es la práctica que se sigue, especialmente, en las Naciones Unidas. No obstante, esta palabra comprende decisiones cuyo significado y efectos apenas son comparables; por ejemplo, recomendaciones a los Estados, instrucciones al Secretario General, establecimiento de órganos subsidiarios, aprobación de presunción, adopción de proyectos de tratados.”¹¹¹

¹¹⁰ *Ídem*, página 55

¹¹¹ **Sorensen Max**. *Ob. Cit.*, página 184



Si a una organización internacional mediante su tratado constitutivo le ha sido otorgada la facultad para emitir decisiones, estas últimas pueden ser consideradas como fuente independiente de derecho internacional.

Si en una organización internacional, la mayor parte de sus órganos están conformados por representantes de los Estados miembros de la organización, los actos que se realicen por tales órganos son solo actos de los Estados, de esa cuenta es que debe hacerse la distinción entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno de las organizaciones, que regula el funcionamiento de sus órganos y las relaciones entre estos; dicha distinción deviene del hecho de que no es posible considerar de igual manera las reglas que gobiernan el régimen jurídico interno del órgano y aquellas normas que gobiernan el régimen jurídico de los Estados en su condición de miembros de la organización, obviamente algunos actos de un órgano internacional puede constituir una fuente de derecho interno de la organización, sin ser fuente de derecho para los Estados miembros.

“El derecho interno de las organizaciones internacionales no es diferente del derecho internacional, más bien representa una rama de este, con rasgos especiales surgidos del hecho de que algunas de sus reglas se aplican directamente a los órganos internacionales y afectan a los Estados solo indirectamente en su carácter de miembros de la organización respectiva.”¹¹²

En estas circunstancias, es muy comprensible que los actos de los organismos internacionales deban ser considerados, junto con sus instrumentos constitutivos y con las reglas consuetudinarias que generan, como la fuente principal de derecho de tales organizaciones.

¹¹² *Ídem*, página 186



3.1.6.2 La equidad y el derecho natural

En ocasiones la equidad es utilizada como sinónimo de justicia y quienes la consideran como fuente de derecho internacional, suelen invocar el derecho natural para reforzar sus argumentos, de este modo, la equidad, la justicia y el derecho natural se utilizan como si fuera un solo término.

Con frecuencia ante tribunales nacionales, se invocan consideraciones de equidad y de justicia, especialmente cuando hay contradicciones entre los precedentes sobre una cuestión jurídica, pero esto no constituye fuente de derecho internacional, por cuanto que la equidad que para una sociedad nacional pueda resultar significativa, en la esfera internacional pueden entrar en colisión, sin embargo, “cuando un tribunal ha sido autorizado a decidir *ex aequo et bono*, puede imponer sus propias ideas sobre la equidad sobre cualquier regla de derecho internacional.”¹¹³

3.2 JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

No hay duda en cuanto al hecho de que un tratado cuando entra en vigencia, se coloca por encima del derecho consuetudinario aplicable entre las partes; “una de las razones principales por la que los Estados concluyen tratados es por considerar que las reglas pertinentes de derecho consuetudinario son inadecuadas. Ahora bien, los tratados pueden terminar por *desuetudo*, término que se utiliza para describir la situación en que un tratado es ignorado en forma consistente por una o más partes del mismo, con la aquiescencia de la otra parte o partes. La *desuetudo* o desuso suele adoptar la forma de la aparición de una nueva regla consuetudinaria en conflicto con el tratado en cuestión. De este modo, tratado y costumbre tienen igual valor, prevaleciendo el último en el tiempo.”¹¹⁴

¹¹³Akehurst, Michael. *Ob. Cit.*, página 58

¹¹⁴*Ídem*, página 57



En cuanto a los principios generales del derecho es importante precisar que, jerárquicamente, están subordinados a los tratados y convenios, toda vez que la función que a estos les compete cumplir, es la de completar las lagunas del derecho consuetudinario y convencional, por tanto, en caso de un conflicto, sobre estos prevalecen los tratados y la costumbre.

Para el caso de las decisiones judiciales y la doctrina, por ser medios auxiliares para determinar el derecho, se les ubica en una condición de subordinación en relación a las fuentes que con anterioridad fueron enunciadas.

Con respecto a la equidad, puede que esta se configure como una fuente de rango muy inferior y con relación a los actos de las organizaciones internacionales, para que así pueda considerárseles como fuentes de derecho internacional, es necesario que previamente se establezca si estos devienen de una decisión obligatoria de la organización o de la práctica de la organización, como para sugerir si la fuente es de derecho interno de la organización o si es fuente de derecho internacional.

3.3 TRATADOS INTERNACIONALES

3.3.1 DENOMINACIÓN

Los tratados conforme a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, recién acotadas, se constituyen en la fuente más segura, inclusive algunos le llaman derecho de gentes escrito.

Los Estados en sus relaciones, tienden a celebrar tratados sobre diversas materias y sin perjuicio de cuál sea su contenido, estos se rigen por las mismas reglas, siendo el derecho, el medio para la consecución de



su fin; el punto de partida de adecuación para el análisis y discusión de los tratados es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuya importancia reside en el hecho de que la mayor parte de sus disposiciones tratan de codificar el derecho consuetudinario, siendo el artículo 2.1 inciso a) el que define el tratado, de la siguiente manera:

“2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”¹¹⁵

Esta es una definición que excluye aquellos acuerdos que se rigen por el derecho interno, como también aquellos acuerdos que los Estados celebran en forma oral o bien los que se celebran entre organizaciones internacionales o entre Estados y organizaciones internacionales, aun cuando en algunos casos, se les suele llamar tratados; es de precisar, que a pesar de la exclusión relacionada, el artículo 3 de la Convención, establece que el hecho de que esta no se aplique a acuerdos internacionales distintos a los que esta contempla, ello no significa que el valor jurídico de dichos instrumentos se vea afectada, así pues, debemos considerar como acuerdos internacionales: “a) Los concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos de derecho internacional (Santa Sede, Organizaciones internacionales) o entre los referidos otros sujetos entre sí. Debemos, sin embargo, rechazar que sean Acuerdos internacionales los concluidos entre personas privadas (individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones) y entre Estados y personas privadas. Respecto a estos últimos se manifiesta bien claramente el Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia de 22 de julio de 1952, en el *Asunto de la Anglo-iranian*, en el que declaró que una

¹¹⁵ **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**



concesión petrolífera concluida entre el Estado iraní y una Sociedad privada no podría tener carácter de un tratado Internacional (C.I.J.: *Recueil* 1952, p.112). b) También es necesario puntualizar que la práctica internacional confirma que no es necesaria la forma escrita para la existencia de un acuerdo obligatorio entre las Partes. El derecho internacional no exige unas formas rígidas –exige una gran variedad de formas-, y es posible incluso la utilización de la forma verbal (C.P.J.I.: Serie A/B, n. 53, p. 71).”¹¹⁶

Como quedó anteriormente indicado, el tratado a los efectos de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, es considerado como un acuerdo entre Estados, sin embargo, la palabra como tal, es susceptible de ser utilizada en un sentido que alude a un instrumento escrito que incorpora un acuerdo.

“El consenso universal es que el hecho de no designar a un tratado con tal término carece de influencia sobre su naturaleza, desde el punto de vista del derecho internacional. Así, a los acuerdos que son tratados, con frecuencia se les llama convenciones, acuerdos, arreglos y declaraciones. En el pasado por lo menos en contextos especiales han sido utilizados los títulos alternativos de ‘capitulaciones’ y ‘artículos’, y continúan usándose los de ‘protocolo’, ‘acuerdo’ *modus vivendi* y ‘concordato’. Por una analogía obvia con el derecho interno, las palabras ‘acta’, ‘estatuto’ y aun ‘pacto’ y ‘carta’, han sido utilizadas en los tratados con función de derecho público.”¹¹⁷

Algunos autores clasifican la definición de tratado en sentido amplio y en sentido estricto. En un sentido amplio, los tratados no son otra cosa que “un negocio jurídico con características propias debido a la categoría de sujetos que en él intervienen –Estado y otros sujetos de la Comunidad

¹¹⁶De Velasco Vallejo, Manuel Díez. “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Novena Edición, Editorial Tecnos, S.A., España, 1991, página 125

¹¹⁷Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 200



Internacional. Por el antiguo Presidente del Tribunal Internacional de Justicia y Relator de la Conferencia de Viena, Jiménez de Aréchaga, ha sido definido 'como toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho.'¹¹⁸

“El sentido estricto señala que el tratado requiere de un procedimiento para la formación y formalización, así como de la participación del órgano del Estado que tenga el poder de concluirlo.”¹¹⁹

“La expresión Convención internacional, como acertadamente ha puesto de relieve Guggenheim, tiene un doble significado. De un lado tiene un sentido dinámico, en tanto que el mismo se refiere al procedimiento que conduce al acuerdo de voluntades. De otro tiene un sentido estático, en cuanto se refiere al resultado del acuerdo de voluntades; es decir, a la norma jurídica establecida en el Tratado y obligatoria para los sujetos que la han creado.”¹²⁰

Sin perjuicio de cuál sea la apreciación que de los tratados se tenga, lo importante es, que estos constituyen una forma jurídica y privilegiada de expresión del derecho, que constituyen un instrumento de regulación, cuyo objetivo es causar efectos jurídicos, por cuanto que contienen la expresión de la voluntad, siendo esta la manifestación de la conciencia jurídica colectiva, toda vez que a través de su contenido normativo, se establecen derechos y se imponen obligaciones cuyo cumplimiento es susceptible de ser medido y valorado por la comunidad internacional.

¹¹⁸ **De Velasco Vallejo, Manuel Díez.** *Ob. Cit.*, página 125

¹¹⁹ **Guerrero Verdejo, Sergio.** “Derecho Internacional Público TRATADOS”, Editorial Académica, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, página 40

¹²⁰ **De Velasco Vallejo, Manuel Díez.** *Ob. Cit.* página 125



3.3.2 SUJETOS

Para efectos de su aplicación, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados únicamente reconoce a los Estados como sujetos con capacidad para poder celebrar tratados, siendo el artículo 7 párrafo segundo, el precepto mediante el cual se reconoce la competencia para que, en representación de los Estados, se puedan realizar determinados actos durante el proceso de la celebración de los tratados, siendo competentes para el efecto, los siguientes:

“a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado; b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados; c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado”¹²¹

“Fuera de estos supuestos, cualquier otra persona deberá presentar plenos poderes, (representación expresa) o bien, de no presentarlos, podrá realizar actos de celebración de un tratado si resulta de la práctica de los Estados, o de las circunstancias resulta el considerar a esa persona como representante de un Estado (representación implícita). En todo caso, un acto de celebración de un tratado, realizado por una persona que no tenga competencias conferidas directamente por la Convención de Viena o que no se beneficie de la representación expresa o implícita, no producirá efectos jurídicos a menos que ulteriormente sea confirmado,”¹²² tal y como lo establece el artículo 8 de la Convención de Viena de la manera siguiente:

¹²¹ **Artículo 7.2 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**

¹²² **Ortiz Ahlf, Loretta.** “Derecho Internacional Público”, Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1993, página 19



“8. Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.”¹²³

Con el devenir del tiempo y con la evolución que las relaciones internacionales han tenido, no solamente son los Estados, como sujetos, los que recurren a la celebración de tratados internacionales, por cuanto que se ha dado la aparición de organizaciones internacionales, quienes también son considerados como otros sujetos, toda vez que han sido creados conforme al derecho internacional público, poseyendo al igual que los Estados, capacidad jurídica.

3.3.3 FACULTADES DE CELEBRACIÓN

“La palabra ‘capacidad’, según se aplica con relación a los tratados, puede referirse a la cuestión de si un Estado o una organización internacional (desde el punto de vista del derecho internacional) tiene el poder o la facultad jurídica para celebrar determinadas clases de tratados. Dicho término puede referirse también al problema de determinar dónde radica –de acuerdo con el derecho interno del Estado interesado o del derecho interno o de la constitución de la institución interesada— dicho poder o facultad. Con el propósito de dar mayor claridad, la segunda cuestión se califica mejor como de ‘autoridad’, más bien que de ‘capacidad’. Sin embargo, los dos aspectos de las cuestiones no son completamente diferentes; pues si la facultad de celebrar tratados se limita constitucionalmente, esto puede producir efectos internacionales.

¹²³ **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**



Respecto de la 'capacidad' para celebrar tratados en términos de derecho internacional, casi no es necesario decir que en principio la pose todo Estado. Esto es así porque la celebración de tratados es una de las formas más antiguas y características del ejercicio de la soberanía.”¹²⁴

Con antelación a la fecha en la que cobró vigencia la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, era común la diferenciación que existía entre tratados y acuerdos.

“Los tratados (*treaties*) eran celebrados por los órganos estatales investidos de competencias al respecto (normalmente firma en representación del ejecutivo y ratificación posterior con autorización del legislador, siendo esta última la que expresaba el consentimiento del Estado en obligarse). La celebración era mediata, en cuanto que se descomponía en varios actos: negociación, firma y ratificación. Y el instrumento era único. Por el contrario, los acuerdos en forma simplificada (*agreements*) se concluían por el ministro de Asuntos Exteriores o el jefe de la respectiva misión diplomática, no estaban sujetos a ratificación, sino que obligaban por la firma, y podían manifestarse en más de un instrumento jurídico (canje de notas).”¹²⁵

En la actualidad, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, prescinde de dicha clasificación y designa como tratados a ambos tipos de acuerdos, inclusive la Comisión de Derecho Internacional, al respecto dijo que “las diferencias (...) radican casi exclusivamente en el procedimiento de celebración y entrada en vigor. Las normas de derecho relativas a la validez, la eficacia y los efectos, la ejecución y el

¹²⁴Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 203

¹²⁵Pastor Ridruejo, José. A. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Editorial Tecnos, S.A., España, 1994, página 115



compelimiento, la interpretación y la extinción se aplican a toda clase de instrumentos internacionales.”¹²⁶

Bajo la rúbrica de celebración de tratados, la Convención de Viena en la sección 1 de la parte II regula una serie de actos por medio de los cuales cobra vida un tratado, entre los que puede mencionarse: la adopción del texto, su autenticación, la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse, así como, los órganos competentes para la realización de dichos actos.

“El proceso de celebración de los tratados se halla regido por un principio de gran arraigo en el derecho internacional, cual es el de la *buena fe*. Y este principio hace que durante aquella surjan obligaciones de comportamiento a cargo de los Estados negociadores.”¹²⁷ Si la negociación deviene de un acuerdo anterior o bien de una resolución emitida por un órgano internacional, por medio de los cuales se hace la invitación a negociar, si las partes lo llegaren a realizar pero lo hicieren de mala fe, dichas acciones pueden generar al Estado que incurra en ésta, en una responsabilidad internacional, por tanto, si un Estado ha convenido en negociaciones para la celebración de un tratado, debe abstenerse de realizar cualquier acto encaminado a malograr el objeto del mismo en tanto las negociaciones se prosiguen. “Esta norma figuraba en el artículo 15 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional y aunque la Conferencia no la retuvo, cabe considerar que constituye una regla de Derecho Internacional Consuetudinario en cuanto corolario obligado del principio de la buena fe.”¹²⁸

Es de destacar, que la Convención establece la obligación que tienen los Estados de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de que este

¹²⁶ *Ídem*, página 116

¹²⁷ *Ídem*

¹²⁸ Pastor Ridruejo, José. A., página 117



entre en vigor, obligación que quedó establecida en el artículo 18 de la siguiente manera:

“18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.”¹²⁹

Finalmente, en relación con los aspectos generales de la celebración de los tratados, cabe advertir, que en el artículo 74 de la Convención de Viena se establece que “la ruptura o la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares entre dos o más Estados no impedirá la celebración de tratados entre dichos Estados. Tal celebración por sí misma no prejuzgará acerca de la situación de las relaciones diplomáticas o consulares.”

En relación a los actos de celebración de un tratado, la Convención de Viena trata lo atinente a la adopción del texto, así como los aspectos relacionados a su autenticación y de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, claro, todo ello con posterioridad a la negociación del mismo.

“La adopción del texto de un tratado, según dice la Comisión de Derecho Internacional, tenía lugar antiguamente ‘por acuerdo de todos los Estados participantes en las negociaciones y cabe decir que la unanimidad era la regla general. El desarrollo de la práctica de redactar tratados en

¹²⁹ **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**



grandes conferencias internacionales o en organizaciones internacionales ha llevado, sin embargo, a un empleo tan normal del procedimiento del voto de la mayoría que, al parecer de la Comisión, se apartaría de la realidad el establecer la norma de la unanimidad para la adopción de los textos de los tratados redactados en conferencias o en organizaciones. La unanimidad sigue siendo la regla general para los tratados bilaterales y para los tratados redactados por un pequeño número de Estados; pero para los tratados multilaterales hay que establecer una norma general diferente, aunque los Estados interesados, si así lo deciden, podrán aplicar la regla de la unanimidad en determinados casos.”¹³⁰

Ahora bien, si la adopción del texto del tratado tiene lugar en el seno de una organización internacional, entrarán en juego las normas pertinentes de dicha entidad, tal y como lo viene a establecer el artículo 5 de la Convención:

“5. Tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional. La presente Convención se aplicara a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.”¹³¹

“La autenticación es el acto por el cual se establece el texto definitivo de un tratado y en el que se certifica que ese texto es el correcto y auténtico; es necesario para que los Estados negociadores, antes de decidir si van a ser partes o no del tratado, sepan cuál es el contenido inalterable del mismo.”¹³²

¹³⁰Pastor Ridruejo, José. A., *Ob. Cit.*, página 117

¹³¹Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

¹³²Pastor Ridruejo, José. A., *Ob. Cit.*, página 118



El artículo 10 de la Convención de Viena establece: “Autenticación del texto. El texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.”¹³³

En la actualidad es frecuente que la autenticación se efectúe en forma de resolución de un órgano de una organización internacional o de un acto especial realizado por una autoridad competente de aquella y en lo que respecta a los modos de manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, la práctica ha demostrado que existen diversas formas de hacerlo y esta es una situación que ha sido recogida por el artículo 14 de la Convención de Viena, así redactado:

“14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.”¹³⁴

¹³³ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

¹³⁴ *Ídem*



Finalmente es de precisar, que de conformidad con lo que establecen los artículos 12 a 15, son los Estados los que determinan y escogen libremente cuál va a ser el modo concreto de su expresión para obligarse por un tratado, esto es una cuestión que depende de su voluntad que puede quedar expresada inclusive en el propio tratado.

3.3.4 CLASES DE TRATADOS

Los tratados pueden clasificarse en función de diversos factores, tales como el número de partes, la materia objeto del tratado, su función respecto de los derechos y obligaciones que se crean, la precisión de las obligaciones que se establecen, la naturaleza de los sujetos partícipes, vigencia del tratado, forma de conclusión, entre otros; entre los criterios doctrinales de clasificación, es de distinguir, el de los tratados bilaterales y multilaterales de un lado y el de los tratados normativos y tratados contrato, por otro.

3.3.4.1 TRATADOS BILATERALES Y MULTILATERALES

“Tratados bilaterales son los concertados entre dos sujetos de Derecho internacional, mientras que tratados multilaterales son aquellos en los que participan más de dos sujetos de derecho internacional. Este dato, sin embargo, es casi irrelevante ya que lo importante es la distinta función que los tratados multilaterales y los tratados bilaterales llevan a cabo: en este sentido, los tratados multilaterales constituyen un excelente cauce para la positivación de normas jurídicas, mientras que los tratados bilaterales son un excelente medio para los negocios jurídicos entre sujetos de derecho internacional, cumpliendo así una función semejante a la que los contratos llevan a cabo en el derecho interno.



Los tratados multilaterales son una realidad jurídica relativamente reciente, ya que el primero de ellos tal vez sea el Acta final del Congreso de Viena, de 1815. Crecientemente utilizados a lo largo del siglo XX, como consecuencia de la frecuencia de conferencias diplomáticas y de la acción del entonces incipiente fenómeno de Organización Internacional, los tratados multilaterales surgieron ante las insuficiencias del procedimiento tradicional de los tratados bilaterales, influidos por la técnica jurídica del contrato, para la regulación de intereses comunes y colectivos de los Estados.

La diferencia entre tratados bilaterales y tratados multilaterales va mucho más allá del mero factor numérico, que es tan solo un dato superficial, ya que, en realidad, se trata de una distinción de naturaleza y de funciones: mientras que el tratado bilateral se asemeja al contrato, el tratado multilateral, por el contrario, se asemeja, aunque sin confundirse, a la ley, por la relevancia que en él tienen los intereses generales y colectivos, las exigencias de una sociedad internacional que progresivamente descubre los intereses comunes de los Estados que trascienden sus intereses individuales.

Dentro de los tratados multilaterales es posible distinguir entre tratados generales, que por su naturaleza tienen vocación universal, y tratados restringidos, que se limitan a un determinado conjunto de Estados.”¹³⁵

Por ejemplo, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, es un tratado multilateral general pues está abierto a la firma o a la adhesión de los Estados miembros de las Naciones Unidas, así como a todo Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de

¹³⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, S.A., España, 1991, página 107



cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte de la Convención de Viena.

Por el contrario, está el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es un ejemplo de tratado multilateral restringido ya que de él solo pueden ser parte, los Estados miembros del Consejo de Europa.

Es de mencionar, que los tratados multilaterales tienen una creciente importancia en el derecho internacional, crecimiento que deviene de diversos factores, tales como el aumento del número de Estados tras los procesos de descolonización, las exigencias de la cooperación en un mundo interdependiente, así como el esfuerzo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, entre otros.

Las necesidades de la vida internacional contemporánea, así como la toma de conciencia de los intereses generales de la comunidad internacional imponen una cooperación cada vez más amplia entre los Estados, obligándoles a la búsqueda de soluciones comunes respecto de las que el tratado multilateral constituye un instrumento idóneo.

3.3.4.2 TRATADOS NORMATIVOS Y TRATADOS CONTRATOS

Otra clasificación de los tratados muy cercana a la anterior, es la que distingue entre tratados-leyes y tratados-contratos, según su contenido normativo.

“Los tratados-contratos prevén un intercambio de prestaciones entre las partes, mientras que los tratados-leyes intentan establecer una normativa general y de ahí su mayor grado de abstracción y su mayor vocación de universalidad. La nota diferencial de los tratados-leyes radica por consiguiente en la generalidad y abstracción de sus disposiciones, por



lo que el número de Estados partes es en cierta medida secundario. En este tipo de tratados, generalmente multilaterales, la normatividad convencional va más allá del equilibrio contractual entre derechos y obligaciones de los Estados partes.¹³⁶

3.3.5 PRINCIPIOS GENERALES DE LOS TRATADOS

El derecho internacional, así como el derecho de los tratados, sobre la base de lo que establece la Convención de Viena de 1969, se rigen por los principios básicos siguientes:

3.3.5.1 *PACTA SUNT SERVANDA*

El carácter escrito que normalmente tienen las normas convencionales, facilita su aplicación por los Estados que se encuentran obligados a cumplirlas y un principio básico del derecho de los tratados, es el principio *pacta sunt servanda* cuya observancia consagra la aplicabilidad y obligatoriedad de los tratados.

“Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir, literalmente, ‘los tratados deben ser cumplidos’”.

La explicación que dicho carácter obligatorio sugiere, es que al firmarse un tratado, las partes adquieren obligaciones cuyo contenido se define en el texto del tratado, es decir, que los compromisos adquiridos, deben de cumplirse por regla elemental y podría decirse que esta es una regla universal de moralidad, aunque debe tenerse claro que solo

¹³⁶*Ídem*, página 108



obligaciones morales y no legales pueden surgir de una regla moral, razón por la cual algunos autores han recurrido al concepto de derecho natural para así poder investir de carácter jurídico al deber cumplir las obligaciones de los tratados.

“No hay duda alguna de que la regla *pacta sunt servanda* tiene una base moral. Pero su transformación en una regla de derecho natural es aceptable solo para aquellos que sostienen que el derecho natural, igual que el positivo, tiene validez. Por otra parte, es evidente que la regla *pacta sunt servanda* constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo, y hasta para algunos autores el principio dominante en todo el sistema.”¹³⁷

Con relación a las reglas que emanan de cualquier otra fuente, las reglas que devienen de los tratados internacionales, son muy numerosas y para la comunidad internacional son de suma importancia; no debe de olvidarse que la máxima *pacta sunt servanda* probablemente es la regla consuetudinaria más antigua que en los tratados internacionales se afirma, que reviste todas las características de una norma consuetudinaria y que para muchos es universalmente obligatoria.

Este principio ha sido formulado en el artículo 26 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados en los siguientes términos:

“26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”¹³⁸

“La regla *pacta sunt servanda* se fundamenta en la obligación de comportarse de buena fe. Una de sus más importantes consecuencias

¹³⁷ Sorensen Max. *Ob. Cit.*, página 159

¹³⁸ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados



jurídicas, regulada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, es que un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (principio de la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno).

La regla *pacta sunt servanda*, sin embargo, no debe ser entendida de modo mecanicista ya que no puede ser desligada de los factores de cambio capaces de alterar el contenido de una regla internacional y este es un mérito de la Convención de Viena al regular el cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o retirarse del mismo (principio *rebus sic stantibus* como corrector de la regla *pacta sunt servanda*), con las condiciones, límites y procedimientos previstos en los artículos 62, 65 y 66 de la Convención de Viena, que trata de evitar la arbitraria alegación de un cambio en las circunstancias como esceptoria del cumplimiento de las obligaciones internacionales.”¹³⁹

El artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone, que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes, no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: “a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.”¹⁴⁰

En todo caso, un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él si

¹³⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 109

¹⁴⁰ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados



el tratado establece una frontera, o si el cambio fundamental en las circunstancias resulta de la violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3.3.5.2 **EX CONSENSU ADVENIT VINCULUM**

El consentimiento del Estado es la base de la obligación jurídica convencional, pues como dijo la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 28 de mayo de 1951:

“un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento (C.I.J., *Recueil*, 1951, p.21)”¹⁴¹

La conclusión de los tratados internacionales, es un proceso muy complejo, en el que desde la negociación hasta la entrada en vigor del mismo, los Estados manifiestan sus intereses y fijan los compromisos y las obligaciones que están dispuestos a aceptar, es decir, dan su consentimiento para quedar obligados por las normas convencionales.

En ese sentido, un principio básico es el que se encuentra establecido en el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969, mediante el cual quedó establecido que el Estado ha de expresar su consentimiento para obligarse mediante un convenio, cualquiera que sea la forma que dicha manifestación pueda revestir y que para efectos de su aplicación la Convención menciona la firma, el canje de instrumentos, la ratificación, la aceptación, la aprobación o adhesión, o bien cualquier otra forma que se hubiere convenido; cabe destacar, que la relevancia del consentimiento del Estado, es irrefutable, como otras instituciones del Derecho de Tratados, tal

¹⁴¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 110



es el caso de la institución de las reservas por un lado, la enmienda o modificación de tratados por otro.

3.3.5.2.1 Reservas a los tratados y consentimiento de los Estados

En los tratados multilaterales la relevancia del consentimiento de los Estados también se pone de manifiesto en la institución de las reservas y de conformidad con lo que establece la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, por reserva ha de entenderse:

“2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: (...) d) se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;”¹⁴²

Así pues, la institución de las reservas se fundamenta en la naturaleza del medio en que los tratados multilaterales se elaboran, así como en el hecho de que, en dicho medio, los proyectos se adoptan por mayoría. “Como decía la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, comentando su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados en su Informe de 1966,

<las reservas a los tratados bilaterales no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre dos Estados acerca de las estipulaciones del tratado. Si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva, se celebrará el tratado; de lo contrario no se celebrará. Los problemas se plantean cuando hay más de dos Estados interesados, ya que es posible que un Estado esté

¹⁴²Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados



*dispuesto a aceptar la reserva y en cambio otro se oponga a ella; y en el caso de los tratados multilaterales negociados por muchos Estados, esos problemas llegan a ser muy complejos.>*¹⁴³

Si en un tratado, el tema de las reservas ha sido regulado y existe alguna reserva que se ajuste a dicha regulación o bien en dicho tratado nada quedó establecido pero los Estados parte aceptan la reserva formulada por un Estado que pretende llegar a ser parte del tratado, dicha reserva puede ser válida y admisible.

Ahora bien, para aquellos casos en los cuales un Estado está ante un tratado en el que con relación a las reservas nada dejó dispuesto y tampoco existe una aceptación unánime respecto a las mismas por parte de los que ya son parte del mismo, debe considerarse el criterio de compatibilidad de objeto y fin, establecido en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, de la manera siguiente:

“19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.”¹⁴⁴

La Corte Internacional de Justicia sobre la validez de ciertas reservas, formuló la siguiente directriz:

¹⁴³Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 111

¹⁴⁴Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados



“<la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del convenio es la que debe proporcionar el criterio sobre la actitud del Estado que crea. Debe hacer una objeción a dicha reserva [...]. Cualquier otra concepción, añadiría la C.I.J., llevaría a aceptar reservas destructoras de los fines que las partes contratantes se han asignado o a reconocer a los Estados partes en el convenio el poder excluir de este al autor de una reserva incluso intrascendente, perfectamente compatible con esos fines> (C.I.J., Recueil, 1951, p-24).”¹⁴⁵

El conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados revisten características favorables para la institución de la reserva, no obstante ello, en sus artículos 20 y 21 regula la objeción, estableciendo que la misma ha de ser expresa, debe formularse en un plazo definido y que debe ser inequívoca en cuanto a la intención de considerar o no Estado parte al Estado reservatorio y basta que un solo Estado acepte la reserva para que el Estado reservatorio sea parte en el tratado y quede vinculado por este en sus relaciones con el Estado que haya aceptado la reserva, aunque no en sus relaciones con los demás Estados partes que se hayan opuesto y no lo consideren como parte.

“Los Estados que objetan una reserva por estimarla incompatible con el objeto y el fin del tratado, pueden argüir que defienden la integridad del tratado: pero la práctica muestra que la noción de integridad de las obligaciones convencionales cede ante el principio de eficacia del tratado, que consiste en la aspiración a que participen en él el mayor número posible de Estados.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 111

¹⁴⁶ *Ídem*



Cuando se quiera salvaguardar la integridad de un tratado, las reservas se prohíben o se regulan en el instrumento en cuestión, así pues, la exigencia de motivar la reserva y la prohibición de reservas, constituyen limitaciones al voluntarismo de los Estados partes.

3.3.5.2.2 Consentimiento de los Estados, enmienda y modificación de los tratados

Otra manifestación de la relevancia del consentimiento de los Estados al derecho de los tratados se encuentra en la enmienda y modificación de los tratados.

“Un tratado puede ser enmendado por acuerdo entre las partes. No obstante, la técnica tradicional, que exigía la unanimidad de los Estados partes en función de la concepción contractualista del tratado, resulta inadecuada respecto de los tratados multilaterales y de ahí la regulación que los artículos 40 y 41 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados hacen respecto de la enmienda de los tratados multilaterales, de una parte y los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas partes únicamente, de otra.”¹⁴⁷

Respecto a la enmienda el artículo 40 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados establece lo siguiente:

“40. Enmienda de los tratados multilaterales. 1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes. 2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar: a) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con

¹⁴⁷Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 114



relación a tal propuesta: b) en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado. 3. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada. 4. El acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado que no llegue a serlo en ese acuerdo, con respecto a tal Estado se aplicará el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30. 5. Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente: a) parte en el tratado en su forma enmendada; y b) parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado.”¹⁴⁸

Por su parte, el artículo 41 de la Convención en mención, establece lo atinente a la modificación de tratados, en los términos siguientes:

“41. Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado: o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado a condición de que: i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones: y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. 2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a

¹⁴⁸ **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**



las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación de tratado que en ese acuerdo se disponga.”¹⁴⁹

Si bien un Estado no puede impedir por su sola voluntad la enmienda o modificación de un tratado multilateral del que sea parte, dicho tratado puede ser variado por cualesquiera de dichas instituciones a proposición de la mayoría de los Estados parte, sin embargo, el Estado que se oponga, no quedará vinculado al tratado en cuestión en tanto no manifieste su voluntad de obligarse al mismo.

3.3.5.3 RES INTER ALIOS ACTA

Conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”

3.3.5.3.1 Principio del efecto relativo de los tratados

Los tratados se rigen por el principio de su efecto relativo en el sentido de que solo vinculan jurídicamente a los Estados partes; de ahí, que el derecho internacional convencional sea un derecho particular, en tanto que, el derecho internacional general es en principio, consuetudinario.

La diferencia entre tratados y costumbres no debe de interpretarse con excesiva rigidez, pues si bien la práctica ha evidenciado que las costumbres locales o regionales no posee un alcance general, lo cierto es, que existen tratados que en su aplicación se extienden más allá del ámbito de los Estados parte.

¹⁴⁹ *ídem*



3.3.5.3.2 Derogaciones del principio del efecto relativo de los tratados

Existen algunos tratados a los que no les es aplicable el principio del efecto relativo, por las razones siguientes:

“1) Por ser tratados que establecen regímenes jurídicos objetivos, que los terceros Estados tienen el deber jurídico de respetar por tratarse de situaciones convencionales válidas que no les afectan jurídicamente y han sido adoptadas por los Estados directamente interesados (como el Tratado de libertad de investigación y no militarización de la Antártida, de 1959; el Tratado de desnuclearización de América Latina, de 1967; los tratados que delimitan fronteras entre Estados, etc.); 2) Por tratarse de tratados que representan la gestión de intereses comunes por un conjunto de Estados suficientemente representativo (como por ejemplo la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 2, párrafo 6, dispone que la Organización hará acuerdo con los principios de la Carta en la medida en que sea necesaria para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales); y, por último, 3) Por ser tratados multilaterales generales de contenido normativo y vocación universal, ampliamente aceptados por la comunidad internacional en su conjunto hasta el punto de transformarse en costumbre internacional. Como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 38, la norma general según la cual un tratado no crea obligaciones ni derechos para terceros Estados sin su consentimiento <no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal>”¹⁵⁰

¹⁵⁰Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, página 115



3.3.5.4 IUS COGENS

“Algunos de los primeros autores del derecho internacional sostuvieron que un tratado resultaría nulo si se oponía a la moral o a ciertos principios básicos del derecho de gentes. La base lógica de esta regla residía en que un tratado no podía derogar al derecho natural. Al decaer la doctrina iusnaturalista, la regla fue cayendo gradualmente en el olvido, aunque algunos autores seguían rindiéndole homenaje verbal”.¹⁵¹

“El nombre técnico que se atribuye hoy a los principios básicos de derecho internacional, que los Estados no pueden modificar por convenio, es el de normas imperativas de derecho internacional general, también conocidas genéricamente como *ius cogens*.”¹⁵²

“Para tener la calidad de *ius cogens*, una norma debe, al mismo tiempo: ser imperativa, pertenecer al derecho internacional general y anular los tratados concertados que violan sus disposiciones”.¹⁵³

Una norma imperativa, es sinónimo de norma obligatoria, en ese sentido, todas las normas de derecho internacional son en principio, obligatorias para los Estados, sin embargo, la excepción a dicha situación, puede resultar de la existencia de una eventual norma cuyas disposiciones no conlleven ninguna obligación para sus destinatarios.

“La introducción del *ius cogens* al derecho internacional no debe dar origen a dudas acerca del carácter obligatorio del conjunto de normas que constituyen este derecho, sin embargo, el hecho de que se cree una obligación a cargo de un Estado significa que otro Estado tendrá el derecho

¹⁵¹ Akehurst, Michael. *Ob. Cit.*, página 58

¹⁵² *Ídem*

¹⁵³ Virally, Michel. “El devenir del derecho Internacional”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, página 167



de exigir su aplicación. Ahora bien, por regla general, un sujeto de derecho puede renunciar a esta prerrogativa y aceptar que la norma que existe con respecto a él no se aplique. Por lo tanto, normalmente es posible que dos Estados decidan, en lo que se refiere a sus relaciones mutuas, no aplicar ciertas normas de derecho internacional que les imponen obligaciones el uno con respecto al otro, o también que elijan aplicar otras normas que consten de obligaciones distintas a las previstas por el derecho internacional general.”¹⁵⁴

En el ámbito internacional, los sujetos de derecho son al mismo tiempo los creadores de normas y de ello resulta la posibilidad de que los Estados al haber participado en la creación de una norma, también puedan derogarla.

“Las normas de derecho internacional suelen constituir lo que se llama el derecho ‘resolutivo’, cuando el *ius cogens* se caracteriza precisamente por el hecho de que prohíbe dicha derogación en las relaciones mutuas entre Estados. Esto significa que un Estado no puede liberarse de las obligaciones que le impone una norma de *ius cogens* con respecto a otro Estado ni siquiera mediante un tratado, es decir con el consentimiento de ese otro Estado: este último no puede renunciar por sí mismo a sus derechos.”¹⁵⁵

En el estado actual del desarrollo de la sociedad internacional y de las relaciones interestatales, el *ius cogens* introduce una limitante a la autonomía de la voluntad de los Estados, tradicionalmente considerada como absoluta, que en ocasiones es calificado, por algunos, como un perjuicio a la soberanía para los Estados, por estimar que son los tratados

¹⁵⁴ *Ídem*, página 168

¹⁵⁵ *Ídem*



los que reglamentan las relaciones entre estos, estableciendo las bases del orden en la sociedad internacional.

Es de resaltar, que el carácter obligatorio de las normas del derecho internacional, basta para explicar que los Estados deben respetarlas y son los límites del poder de la facultad negociadora, los que determinan, los límites de la aplicación de la noción de *ius cogens*.

Las normas del *ius cogens*, son normas fundamentales y de una importancia excepcional para la sociedad internacional, sin embargo, no por ello resulta que todas las normas fundamentales del derecho internacional formen parte del *ius cogens*.

“En realidad, las normas imperativas se ubican no por encima de las reglas resolutorias sino al lado de ellas, en el marco del derecho internacional general. En efecto, el *ius cogens*, expresa una jerarquía rigurosa entre las normas que pertenecen y las que se originan en tratados particulares. En cambio, no se manifiesta ninguna jerarquía de este tipo entre las normas del *ius cogens* y las demás normas del derecho internacional general, sin importar si tienen un carácter resolutorio o supletorio. Por consiguiente, la distinción entre *el ius cogens* y el *ius dispositivum* no constituye la base de una verdadera jerarquía jurídica. Podemos decir simplemente que las normas del derecho internacional general se distribuyen en dos clases, las normas del *ius cogens* y las normas del *ius dispositivum*, dependiendo la diferencia entre las dos categorías de la validez o, por el contrario, de la nulidad de los tratados particulares que pretendería derogar sus disposiciones. La verdadera jerarquía que introduce el *ius cogens*, es pues una jerarquía entre, por una parte, las normas del derecho internacional general, que presentan este carácter; y por la otra, las normas del derecho internacional, particular, local o bilateral.”¹⁵⁶

¹⁵⁶Virally, Michel. *Ob. Cit.*, página 178



Por definición, un tratado bilateral no puede dar origen a un derecho imperativo, ya que sus autores pueden derogarlo por común acuerdo, en tanto que, en el caso de los tratados multilaterales puede que la situación sea distinta, ya que estos constituyen a su vez un derecho positivo en el que se pone de manifiesto un mínimo de disposiciones imperativas, las que atañen a la realización del propósito y del objeto del tratado, sin embargo, no todas presentan necesariamente el carácter de *ius cogens*.

“El principio de la distinción establecida por la idea del *ius cogens* entre las normas del derecho internacional general, no ofrece directamente ningún medio para determinar qué reglas pertenecen a esta categoría particular y cuáles no forman parte de ella. Por el contrario, la clasificación de estas reglas se vuelve un problema previo a su aplicación, es decir al fallo eventual de la nulidad de los actos contrarios. Al parecer, esta determinación no se puede hacer más que si se toman en consideración los elementos materiales, es decir, el contenido de la norma en cuestión, su significado ético y político. Sin embargo, semejante método amenaza con plantear considerables dificultades prácticas: desde luego, las posibilidades de impugnación son muy amplias y difíciles de reducir cuando se trata de calificar una norma conforme a su valor moral, a su importancia para la sociedad en su conjunto, o a las necesidades de protección a las que respondería.¹⁵⁷

El desarrollo contemporáneo de la sociedad internacional nos hace testigos de una reconciliación de las concepciones ético-jurídicas de los Estados que la integran, en donde la idea del *ius cogens* ya no es absurda, por el contrario, tiende a imponerse en la conciencia jurídica de la sociedad internacional.

¹⁵⁷ *Ídem*, página 181



Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, disponen lo siguiente:

“53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional (*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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”¹⁵⁸

“64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus coges*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”¹⁵⁹

Así pues, la definición de norma imperativa que ha sido formulada para efectos de aplicación de la Convención, puede que sea de validez general, sin embargo, una regla no puede llegar a ser imperativa a menos que sea aceptada y reconocida como tal por la comunidad de Estados en su conjunto; no está demás señalar, que ha sido la Comisión de Derecho Internacional la que ha realizado la tarea de codificar el *ius cogens*, siendo la Convención el medio a través del cual este se positiviza, obligando a los Estados a conformar sus acciones de acuerdo con sus normas.

La determinación de las normas de *ius cogens* puede variar según el grado de evolución que muestre el derecho internacional público, de ahí que

¹⁵⁸ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

¹⁵⁹ *Ídem*



la Comisión de Derecho Internacional presentara en su informe de 1961 una serie de ejemplos en los que se evidencia el arraigo de normas de *ius cogens*, siendo estos los siguientes:

- a) “un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza, con violación de los principios de la Carta de la ONU;
- b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional;
- c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, piratería o el genocidio, en cuya representación todo Estado está obligado a cooperar;
- d) los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación”.¹⁶⁰

Es de precisar, que para que una norma de derecho internacional tenga la categoría de *ius cogens* se requiere de lo siguiente:

- a) “Que sea una norma de derecho internacional general. Casualmente Schwarzenberger sostuvo la posibilidad de crear *ius cogens inter partes*, de efecto limitado a los contratantes. Es evidente que todo tratado obliga a las partes (*pacta sunt servanda*), pero no por ello no puede ser derogado. <El criterio para estas reglas consiste en el hecho de que no existen para satisfacer necesidades de Estados individuales sino el más alto interés de toda la comunidad internacional>.

¹⁶⁰Ortiz Ahlf, Loretta. *Ob. Cit.*, página 32



- b) Que la norma sea aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto. Este punto nos lleva al tema de las fuentes del *ius cogens*. Evidentemente, el reconocimiento y aceptación puede ser expreso o tácito.

En consecuencia, las normas *ius cogens* puede encontrarse en:

1. Los principios generales de derecho, que ontológicamente están reconocidos por las naciones civilizadas.
2. La costumbre internacional. El derecho internacional es, aun hoy, eminentemente consuetudinario, a pesar de la labor codificadora adelantada por las Naciones Unidas. La propia Convención de Viena no es sino codificación de normas consuetudinarias, en su mayor parte. Ahora bien, la mayoría de los autores concuerdan en que el *ius cogens* reposa fundamentalmente en el derecho consuetudinario.
3. Tratados generales: los juristas han empleado la expresión 'tratado-ley' y más adelante '*law-making treaties*' para significar aquellos que contienen materias de puro derecho. Aunque sobran las críticas a estas expresiones, es evidente que en el derecho internacional hay convenciones que, por razón del objeto y contenido, se distinguen en sus efectos, importancia y jerarquía.

En general ese tipo de convenciones refleja normas que ya son obligatorias por vía consuetudinaria. Algunas llegan a ligar a Estados terceros también por la misma vía.

Los tratados, sin embargo, no pueden por sí mismos, en general crear *ius cogens*, a no ser que, cumplidos otros requisitos, obtengan una participación masiva tal que no quepa duda de que se trata de la comunidad universal en su conjunto.



La expresión 'en su conjunto' pierde dimensión e importancia como materia de discusión si la fuente principal es la costumbre y, como en esta, significa la generalidad o la mayoría amplia, sin que se pueda, ni se deba, cuantificar.

- c) Que no admita acuerdo en contrario y que solo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter: aquí radica la esencia de una norma de derecho imperativo y es aquí, precisamente, donde no puede entrarse a definir sino a ejemplificar el *ius cogens*.¹⁶¹

Durante el proceso de codificación de las normas de *ius cogens*, la Comisión de Derecho Internacional reconoció que “ese enunciado no está exento de dificultades, ya que no hay ningún criterio para identificar una norma general de derecho que tenga el carácter de *ius cogens* y que la mayoría de las normas generales del derecho internacional no tienen ese carácter y los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados. (Anuario CDI, 1966, I, Parte 1). Para no correr el riesgo de las ejemplificaciones la Comisión de Derecho Internacional estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales,”¹⁶² como consecuencia de ello, se destaca el artículo 66 inciso a) de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que prescribe la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, en las controversias sobre interpretación de normas de *ius cogens*, por lo que de esta manera, el derecho positivo vino

¹⁶¹**Nieto Navia, Rafael.** “Estudios Sobre Derecho Internacional Público”, Pontificia Universidad Javariana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colección Profesores, Colombia, 1992, página 78

¹⁶²**Travieso, Juan Antonio.** “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1990, página 116



a consagrar expresamente el *ius cogens*, siendo la jurisdicción internacional obligatoria de la Corte, el requisito esencial en la consolidación del derecho internacional.

Maresca dijo en Viena que “las normas que tienen ese carácter absoluto son las que protegen a la persona, que aseguran el mantenimiento de la paz y la existencia y la igualdad de los Estados. Se encuentra aquí de nuevo –afirmó- el *ius naturalis*, es decir, el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana.”¹⁶³

En aplicación del principio de *ius cogens*, lo importante a señalar es que, los Estados no tienen absoluta libertad de celebrar tratados, cualquiera que sea su objeto, toda vez que se les han puesto límites y como lo dijo un delegado en Viena “el reconocimiento del concepto del *ius cogens* es una consagración de los principios fundamentales del derecho internacional (...) el respeto estricto de estos principios tiende a favorecer la justicia, la paz y la cooperación entre los Estados y a fortalecer la supremacía del derecho en las relaciones internacionales.”¹⁶⁴

3.4 LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO TRATADO INTERNACIONAL

La Convención Americana se suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, tiene por objeto regular y/o establecer los derechos humanos que las partes contratantes se obligan a respetar y que están enunciados en los artículos 3 al 25, de los cuales, algunos o su totalidad, son obligatorios para los Estados, en virtud de una costumbre internacional; es de señalar, que en el artículo 33 de la Convención se establecen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como la

¹⁶³Nieto Navia, Rafael. *Ob. Cit.* página 78

¹⁶⁴*Ídem*, página 83



Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órganos del sistema interamericano de derechos humanos, cuyas estructuras fundamentales quedaron estipuladas entre los artículos 34 a 73, siendo los artículos 74 a 78 los que establecen las disposiciones generales inherentes a todo tratado multilateral, a decir, la firma, ratificación, entrada en vigor, reservas, enmienda y denuncia.

Es de destacar, que dicho instrumento posee las características que, según la doctrina y la jurisprudencia, son propias de todo tratado internacional, a decir de ello, las siguientes:

“Un tratado se caracteriza, en primer lugar, por consistir en una declaración de voluntad común de dos o más sujetos internacionales con capacidad suficiente. En el caso de la Convención Americana, sus partes contratantes coinciden en obligarse a respetar los derechos humanos enunciados en ella y en crear un sistema institucional que consta fundamentalmente de la Comisión y la Corte (...) La segunda característica propia del tratado es que la declaración de voluntad común ha de tender a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional. La Convención Americana cumple también este requisito y no ha presentado problemas al respecto. Por último, la declaración de voluntad común ha de estar regida directamente por el derecho internacional. También la Convención Americana reúne esta característica y la cuestión no ha presentado dificultades en el plano teórico y en la práctica.”¹⁶⁵

“La Convención fue concertada con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos humanos en toda América. La primera frase de su Preámbulo invoca precisamente el ‘propósito de consolidar en este

¹⁶⁵ **Barberis, Julio A.** “Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional”, Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Volumen I, Primera Edición, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, página 244



Continente (...) un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.' Por esa razón, la Convención Americana es un tratado abierto. De acuerdo con el espíritu de los autores de la Convención, en el momento en que todos los Estados americanos la hayan ratificado, quedarán asegurados los derechos humanos en el continente."¹⁶⁶

No está demás señalar, que los tratados pueden estar abiertos a toda la comunidad internacional o a alguna parte determinada de ella, tal es el caso, de la Convención Americana que está abierta al ingreso de "todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos."¹⁶⁷

Por lo que al tenor de lo que establece el artículo 74 inciso 1 de la Convención Americana, podemos confirmar que este es un tratado abierto, por cuanto que, permite el ingreso de otras partes además de las que lo suscribieron originalmente y que puede realizarse mediante la firma, la ratificación o adhesión.

Es el sistema constitucional de cada Estado el que determina el procedimiento a seguir para la incorporación de las normas contenidas en convenios y tratados internacionales, al derecho interno, para el caso que nos ocupa, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En Guatemala, es el Presidente de la República, el que posee la facultad para ratificar un convenio, ello conforme a lo que establece la Constitución Política de la República, la que además de encomendarle dicha función, instituyó el procedimiento a cumplir, para lo cual establece lo siguiente:

¹⁶⁶ *Ídem*, página 251

¹⁶⁷ **Artículo 74 inciso 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos**



“ARTÍCULO 183. Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República: [...] k) Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional [...] o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.”¹⁶⁸

Ahora bien, para que un tratado o convenio internacional adquiera en Guatemala, carácter de obligatoriedad, debe estar previamente ratificado por el Presidente de la República y aprobado por el Congreso, tal y como se establece en la Constitución Política de la República de Guatemala, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso: [...] i) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1) Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2) Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano. 3) Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado. 4) Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional;”

¹⁶⁸ **Constitución Política de la República de Guatemala**



Así pues y con fundamento en los preceptos legales referidos Guatemala aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante el Decreto Número 6-78 del Congreso de la República, ratificada el 27 de abril de 1978, habiéndose realizado su depósito en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, con fecha 25 de mayo de 1978 y finalmente su publicación se hizo en el Diario de Centro América el 13 de julio de 1978.

Cabe mencionar, que “cuando un Estado ratifica la convención se compromete a respetar las cláusulas que contiene, tomar las medidas adecuadas para mantener o establecer un Estado acorde con las convenciones y proporcionar un sistema de apelación al alcance de los ciudadanos. La convención establece una relación entre el Estado y la comunidad internacional, que se refiere al individuo; por lo que, el Estado está obligado, por su propia decisión, a respetar los derechos humanos contenidos en la convención, sometiéndose de ser necesario a la autoridad de órganos internacionales. Sin embargo, este es el punto más débil en el sistema internacional para proteger los derechos humanos.

La principal innovación introducida por las convenciones regionales se refiere al cumplimiento de los derechos humanos. Esta innovación consiste en que el individuo es reconocido como sujeto del derecho internacional; es decir, en la posibilidad de que el individuo remita una queja a una comisión regional de los derechos humanos, en el caso de que tales derechos humanos hayan sido violados. Actualmente, tal posibilidad está dificultada por toda una serie de garantías, bajo las cuales el Estado en cuestión queda muy bien protegido. El individuo primero debe haber agotado todos los recursos de apelación existentes en su nación; solo entonces se le permite la posibilidad de interponer un recurso a un organismo internacional con el propósito de notificar que un determinado derecho, que le concierne a él personalmente, ha sido violado.



Los tribunales nacionales constituyen el primer recurso del individuo contra la violación de sus derechos fundamentales contenidos en la Convención, lo cual se refleja en el requisito del agotamiento previo de los recursos internos que aplican todos los mecanismos internacionales en el examen de denuncias individuales, tal como se establece en el inciso a) del artículo 46 de la Convención: ‘1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos; ...’¹⁶⁹

Por lo tanto, cuando se violan los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la víctima antes de acudir ante una autoridad de órganos internacionales, para la protección de los mismos, debe recurrir a los tribunales nacionales.

3.5 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un sistema que se rige por dos normas imperativas, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, sin embargo ninguna de estas menciona al único órgano judicial vinculante de protección de los derechos humanos, pues es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 43, crea los dos órganos de protección de derechos humanos más importantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶⁹**Nájera Motta, María Ileana.** “Las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, su evolución dentro de los derechos humanos y su eficacia en el Código Procesal Penal guatemalteco”, URL, 1998, página 18



Es de mencionar, que la Carta de la Organización de Estados Americanos se suscribió en 1948 y desde su inicio dejó prevista la existencia de una Comisión al interior de la Organización, que a cuyo cargo estuviere la defensa y protección de los derechos fundamentales del hombre, sin embargo, fue hasta en 1959 cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se creó y no fue sino diez años después que surgió el Sistema Interamericano de Derechos Humanos concretizado a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante aclarar, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ser un órgano creado con antelación a la vigencia de la Convención, los Estados pertenecientes a la misma, la reconocen como el órgano de control superior de los derechos humanos dentro del sistema interamericano.

“Pese a la importancia que tiene en el sistema, debemos recordar que las máximas sanciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede imponer a los Estados responsables de lesiones a los mismos son meras «recomendaciones» o «sugerencias» que pese a la rotundidad de las mismas lejos de ser vinculantes no son de obligado cumplimiento y no poseen ningún tipo de control y que por lo tanto son de voluntario cumplimiento las decisiones que emite frente a los Estados que no pertenecen a la Convención. Sin embargo, para los Estados parte de la Convención Americana y que hayan otorgado competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión se convierte en un trámite necesario que han de pasar los peticionarios antes de llegar a una instancia superior como es la Corte, cuyas decisiones, Sentencias definitivas no recurribles, son de obligatorio cumplimiento para los Estados según los preceptos de la Convención. En este punto podemos diferenciar dos tipos de Estados claramente distintos dentro del sistema. Los primeros,



para los cuales el proceso de protección de los derechos humanos y por lo tanto su posible responsabilidad para con una violación de los mismos termina con una mera recomendación de la Comisión, instrumento, como apuntamos, de voluntario acatamiento. Y los segundos Estados en cambio que se enfrentan a un largo proceso posterior al informe definitivo de la Comisión, puesto que si esta última los considera responsables de alguna violación a los derechos incluidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, deberán pasar por otro proceso en la Corte, cuya Sentencia deberán acatar para como última medida para seguir perteneciendo a la Convención.”¹⁷⁰

3.5.1 LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos, que de conformidad con lo establece la Carta de dicha Organización, tiene como función principal, la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia;”¹⁷¹

Es de destacar, que es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos la que a partir del artículo 34 determina su estructura, funciones y competencias, así como los procedimientos que dicha Comisión debe cumplir al momento de recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que la Convención consagra.

“Entre las competencias y mandatos que posee la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para desarrollar correctamente los propósitos centrales que le impone el artículo 106 de la Carta de la

¹⁷⁰Díaz-Bastien Vargas-Zúñiga, Ángela. “El acceso al sistema interamericano de derechos humanos”, Editorial Reus, España, 2014, página 18

¹⁷¹Artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos



Organización de Estados Americanos, debemos diferenciar entre las potestades que la Comisión tiene respecto de los Estados solamente miembros de la Organización y respecto a los Estados que también pertenecen a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a las atribuciones que posee respecto a los primeros se basan en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en el artículo 18 de su Estatuto especifica que ha de:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;



- f) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
- g) practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y
- h) presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que este lo someta a la Asamblea General.

Y por último en el artículo 20 del mismo instrumento normativo:

- a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;
- c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos



internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

En cuanto a los Estados que además de pertenecer a la Organización de Estados Americanos han firmado y ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posee las mismas atribuciones que las indicadas para el resto de los Estados de la Organización de Estados Americanos, además de las que le confiere la propia Convención en su artículo 41 de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, preparar los estudios e informes que crea convenientes para el correcto desarrollo de los derechos humanos en el sistema, solicitar informes por parte de los gobiernos de los Estados miembros para comprobar el estado de los derechos humanos en el terreno, atender a las preguntas de los gobiernos de los Estados miembros de la Convención, por medio de la Secretaría General, actuar respecto de las comunicaciones y peticiones que se le presenten conforme a los artículos 44 y 45 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y elaborar un informe general para presentarlo ante la Asamblea General de forma anual. Junto a las capacidades que le confiere el artículo 19 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del siguiente modo ... además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

- a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- b. comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;



- c. solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d. consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- f. someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹⁷²

Es importante resaltar, que el eje central de las actuaciones de la Comisión, es ejercer el control y la promoción de los derechos humanos, cuyo rol fundamental, es el de ser un órgano receptor de peticiones individuales o grupales de protección frente a violaciones de derechos humanos.

¹⁷²Díaz-Bastien Vargas-Zúñiga, Ángela. *Ob. Cit.*, página 23



3.5.2 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como se indicara con anterioridad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano que ejerce el control y la promoción de los derechos humanos, en ese sentido, la Corte es un órgano subsidiario de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano; cabe destacar, que al tenor de lo que establece el Estatuto de la Corte Interamericana, esta “es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹⁷³

La Convención Americana de Derechos Humanos otorga su competencia a la Corte y el artículo 62 dispone lo siguiente:

“Artículo 62 [...] 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”¹⁷⁴

No obstante lo anterior, es importante indicar, que en el primer numeral del precepto anterior, quedó prevista la posibilidad de que todo Estado parte, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la Convención, o en cualquier momento posterior, puede declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención, sin embargo, es de tomar

¹⁷³ **Artículo 1 del Estatuto de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos**

¹⁷⁴ **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**



en cuenta que sin el consentimiento expreso, la Corte no tiene competencia sobre el Estado en cuestión, incluso cuando forme parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “por tanto esta declaración fundamental para el ingreso total de los Estados en el sistema de control de los derechos humanos interamericano, es necesario que se haga en el momento de la ratificación o en cualquier momento posterior, de forma específica y clara.”¹⁷⁵

En el segundo numeral del mismo artículo se establece:

“Artículo 62 [...] 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.”¹⁷⁶

Así pues, de este precepto se puede sustraer “que se podrán hacer todas las reservas que los Estados consideren oportunas, mientras no alteren el fin o el objeto de la Convención. Este sometimiento como vemos puede ser limitado de varias maneras, dándolo solamente durante un tiempo determinado o para determinados casos.

Parece claro, sin embargo, que no se puede renunciar a la competencia de la Corte cuando esta ya esté en trámites de producir una decisión de responsabilidad contra el mismo Estado que desea renunciar a su competencia, como tampoco está permitido renunciar a la competencia de la Corte por no querer acatar una decisión de la misma, es decir, primero se estará a la decisión de la Corte y una vez cumplida la sentencia, el Estado podrá renunciar a la competencia de la misma.

¹⁷⁵Díaz-Bastien Vargas-Zúñiga, Ángela. *Ob. Cit.*, página 27

¹⁷⁶Convención Americana Sobre Derechos Humano



Si el consentimiento se ha prestado sin condiciones de tiempo o por casos específicos este consentimiento especial no admite reservas posteriores ni será revocable. Solo existe un mecanismo por el que se suprimiría el consentimiento y es con la salida del Estado de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, mediante la denuncia de la misma. Esta denuncia, además, deberá ser notificada con doce meses de antelación y no afectará a los casos que estuviesen siendo sometidos en ese momento a la decisión de la Corte.

Este instrumento de consentimiento especial se entregará al Secretario General de la Corte. En cuanto al acceso a la competencia contenciosa de la Corte debemos notar, en primer lugar, que solo la Comisión y los demás Estados partes tendrán derecho a dar a conocer un hecho a la Corte. En este sentido la Convención aclara que ninguna petición podrá llegar a un proceso ante la Corte sin haber terminado antes los procesos pertinentes ante la Comisión, y sin que sea esta quien comunique la misma ante la Corte por medio de una denuncia. Una vez la petición llega a la Corte comienza el proceso en la misma. El debate se centra en si este es el momento real en el que el peticionario llega al último órgano de tutela de sus derechos.

Su forma de acceso es indirecta y como tal refleja no solamente su petición, sino que también las consideraciones de la Comisión. El proceso judicial ante la Corte se produce con todas las garantías legales y posee todos los momentos procesales necesarios para estar en concordancia con los principios de derechos internacionales generalmente reconocidos.”¹⁷⁷

¹⁷⁷Díaz-Bastien Vargas-Zúñiga, Ángela. *Ob. Cit.*, página 28



CAPÍTULO IV

LA SUPERIORIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO

4.1 LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

El concepto de derechos humanos, ha sido reservado para “denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea este consuetudinario, convencional o *ius cogens*. Muchas veces el concepto se extiende a presupuestos éticos y componentes jurídicos positivados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, denominados también como derechos constitucionales o derechos fundamentales”.¹⁷⁸

Los sistemas de protección de los derechos humanos en un principio fueron encomendados al derecho interno de cada Estado, sin embargo, la insuficiencia de este, para propiciar las garantías para la defensa de los derechos fundamentales, dio lugar a que se produjera el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, que empezó a operar después de la Segunda Guerra Mundial.

Cabe destacar, que la falta de garantías para la defensa de los derechos humanos fue lo que permitió que los Estados adoptaran como necesidad la implementación de un sistema supranacional que no solamente fuera efectivo, sino que también vinculante en la protección de los derechos fundamentales.

¹⁷⁸**Nogueira Alcalá, Humberto.** “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, CL: Editorial Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006, página 406



Inicialmente, la concepción fue adoptada por un pequeño grupo de Estados, en Europa, sin embargo, esta fue reprimida y combatida por otros Estados, que adujeron como fundamento, su autodeterminación, en la solución de sus conflictos internos, toda vez que el derecho internacional debía limitarse a la solución de conflictos de naturaleza exterior; dicho criterio fue superado, cuando:

“El derecho internacional público estableció como uno de sus fines esenciales la protección de los derechos humanos y paso a paso, desde la proscripción de la trata de esclavos por los tratados de Viena de 1815, hasta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, fue consagrando una legislación internacional progresista que ha ido otorgando cada vez más y mejores sistemas de protección de estos derechos.

Esta protección se ha ido dando a través de esquemas tanto universales como regionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye un instrumento de tipo universal en el sistema de las Naciones Unidas que, si bien no es un tratado sino una resolución de la Asamblea General, es una fuente de derecho y constituye el fundamento esencial de todo el sistema de la ONU en esta materia.

Predominantemente y además de esta Declaración Universal, el sistema universal se integra por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ambos de diciembre de 1996) y el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, legislación internacional que, además, ha creado órganos de protección de los derechos humanos y procedimientos especiales para ello. Pero, a su vez, se han creado sistemas regionales como el de Europa, cuyo origen se cifra en la Convención de 1950, desarrollada a través de varios protocolos



adicionales, y el sistema regional americano, que comprende a todos los países que son parte en la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica”.¹⁷⁹

“El derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno cuando contiene elementos que enriquecen al derecho interno, cuando agregan un plus al contenido normativo de los derechos fundamentales, delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de derecho enriquece al derecho internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos.”¹⁸⁰

En la actualidad, los derechos fundamentales se conceptualizan como “el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.”¹⁸¹

Es de señalar, que “el carácter progresivo de los derechos humanos en el ámbito internacional no ha sido asumido de manera pacífica por los Estados, inclusive cuando han ratificado y asumido como obligación de estos, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos

¹⁷⁹**Quiroga León, Aníbal.** “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”, CL: Red Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2009, página 248

¹⁸⁰**Ídem**, página 459

¹⁸¹**Nogueira Alcalá, Humberto.** “Los derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia. ROL N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. Santiago de Chile”, CL: Red Estudios Constitucionales, Chile, 2009, página 458



humanos frente a cualquier disposición de derecho interno. Es importante señalar que esta obligación, si bien no implícita en algunos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, forma parte del *ius cogens* del derecho de gentes, lo cual ha sido expuesto en diversas sentencias,¹⁸² que han sido expedidas por Cortes internacionales y nacionales, para la protección de derechos humanos.

4.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Los niveles de relación que existen entre el derecho internacional y el derecho interno, son diversos, la doctrina internacional ha adoptado diferentes criterios con respecto a la interrelación que existe entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno, por lo que, en razón de ello, es de referirse la siguiente clasificación:

1. “Relación a nivel supraconstitucional: En la cual los tratados de derechos humanos son jerárquicamente superiores a la Constitución, por una disposición establecida en ella. Verbigracia, la Constitución de Holanda.
2. Relación a nivel constitucional: En este caso, los tratados sobre derechos humanos tienen una jerarquía idéntica a la Constitución, conforme a una disposición constitucional expresa. Verbigracia, la Constitución argentina.
3. Supralegal: Los tratados sobre derechos humanos tienen una jerarquía mayor a las normas legales, pero inferior a la Constitución.

¹⁸²Quiroga León, Aníbal, *Ob. Cit.*, página 248



4. Legal: Los tratados internacionales, cualquiera fuere su materia, tienen un rango inferior a la Constitución e igual rango que una norma legal interna.”¹⁸³

Para el derecho internacional en materia de derechos humanos, la clasificación anterior es indiferente, por cuanto que le es aplicable lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala lo siguiente:

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”¹⁸⁴

Al tenor de lo que establece la norma anterior, un Estado no puede invocar sus normas de derecho interno para sustentar el incumplimiento de las estipulaciones de un tratado cualquiera que sea su materia, a menos que acaeciera cualesquiera de las circunstancias enunciadas en el artículo 46 de dicha Convención, sin embargo, el contenido de protección de derechos humanos no está inmerso en los presupuestos de dicho precepto, en ese sentido, el Estado que incumpliere observar el artículo 27 anteriormente transcrito, no solamente puede incurrir en una violación grave, tal y como lo establece el artículo 60.3 inciso a) de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, sino que también queda sujeto a que se le deduzca responsabilidad internacional, conforme a los términos establecidos en el tratado incumplido.

¹⁸³ Quiroga León, Aníbal. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Cosa Juzgada en los Tribunales Nacionales”, CL: Red Estudios Constitucionales, Chile, 2009, página 399

¹⁸⁴ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados



Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en sus artículos 1 y 2, señala lo siguiente:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”¹⁸⁵

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”¹⁸⁶

Como podemos apreciar, de ambas normas se desprende la superioridad del tratado internacional sobre el derecho interno, en materia de derechos humanos, no obstante, ello, no se descarta que haya Estados que so pretexto de autonomía de su derecho interno frente al derecho internacional, hayan pretendido soslayar lo dispuesto por la Convención, ya sea por falta de conocimiento de la misma o por intereses ajenos a la protección de los derechos humanos. A tal efecto es importante tener presente lo siguiente:

¹⁸⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos

¹⁸⁶ *Ídem*



“No ha de olvidarse el principio de la ‘irreversibilidad de los compromisos comunitarios’; ‘Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad’. La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país –o gobierno– como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, ‘es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.’”¹⁸⁷

Para el caso de Guatemala, es de hacer notar, los siguientes preceptos legales:

“Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”¹⁸⁸

“Artículo 149. De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ Quiroga León, Aníbal. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Cosa Juzgada en los Tribunales Nacionales”. página 400

¹⁸⁸ Constitución Política de la República de Guatemala

¹⁸⁹ *Ídem*



“Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”¹⁹⁰

“Artículo 3. Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalece sobre el derecho interno.”¹⁹¹

“Artículo 114. Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.”¹⁹²

Con fundamento en los preceptos anteriormente citados, se ha de precisar, “que el rango que se atribuye por vía jurisprudencial a los tratados internacionales en materia de derechos humanos es el de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional y aunque no se ha reconocido la supra constitucionalidad de los tratados internacionales, se prevee los mecanismos de incorporación con un nivel jerárquico superior al derecho interno, incluyendo dentro de este la totalidad de sus normas.”¹⁹³

¹⁹⁰ *Ídem*

¹⁹¹ **Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad**

¹⁹² *Ídem*

¹⁹³ **Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo:** “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 264 disponible en internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr18.pdf> (23 de junio de 2016).



4.3 IUS COGENS Y SU APLICACIÓN CONCRETA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL

Las normas en materia de derechos humanos, son de observancia obligatoria y de importancia excepcional, cuyo reconocimiento puede estar contenido en normas imperativas de derecho internacional o normas de *ius cogens*, las cuales por su primacía, deben de incorporarse en los ordenamientos jurídicos nacionales, estando los Estados obligados a cumplirlas, lo cual ha sido explicado por jurisprudencia internacional y nacional en sentencias, que para efectos de ilustración, se citan algunas a continuación:

4.3.1 Caso: La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Sentencia del 5 de febrero del 2001

“1 El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”) que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1(Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma. 2. Según la demanda,



dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, [...], como resultado de “la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película ‘La Última Tentación de Cristo’ confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile [...] con fecha 17 de junio de 1997.” [...] 4 Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que:1. Autor[ice] la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”. 2 Adec[úe] sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad. 3 Asegur[e] que los órganos del poder público [,] sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan [efectivamente] los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y [...] se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas.....24. El 2 de septiembre de 1999 el Estado presentó su contestación de la demanda.....27. El 26 de octubre de 1999 el Presidente emitió una Resolución mediante la cual convocó a la Comisión y al Estado a una audiencia pública que se celebraría en la sede del Tribunal a partir de las 10:00 horas del 18 de noviembre de 1999, y convocó a la misma a los testigos.....45. La Corte recibió, en audiencia pública celebrada el 18 de noviembre de 1999, las declaraciones de dos testigos y los dictámenes de tres peritos propuestos por la Comisión Interamericana, así como los dictámenes de dos peritos convocados por el Tribunal en uso de las facultades señaladas en el artículo 44.1 del Reglamento.....El principio del derecho internacional de acuerdo con el cual el Estado es responsable por los actos de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial es un principio....que está recogido y debe ser acatado en virtud del *jus cogens*. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de



los Tratados reconoce que un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales.....60. Del examen de los documentos, de la declaración de los testigos y peritos, y de las manifestaciones del Estado y de la Comisión, en el curso del presente proceso, esta Corte considera probados los siguientes hechos: a. El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.” b. El Decreto Ley número 679 de 1 de octubre de 1974 faculta al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas.....c. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”,e. Ante un recurso de protección interpuesto por y a nombre de Jesucristo, el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada en sesión número 244 el 11 de noviembre de 1996. f. Ante una apelación interpuesta por..... a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, el 17 de junio del mismo año la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada.....Consideraciones de la Corte. 73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de.....86. La Corte advierte que..... el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana.....que ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la



Convención.87. En el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas..... Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas solo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.....90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....XII

Puntos Resolutivos 103. Por tanto, la Corte, por unanimidad, ...4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la



exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”¹⁹⁴ (El subrayado no es del texto original).

4.3.2 Caso: Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016

“1. El caso sometido a la Corte. – El 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia (en adelante, “el Estado” o “Colombia”). De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, consideró que la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador

¹⁹⁴**Corte Interamericana de Derechos Humanos**, “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile” Sentencia de 5 de febrero de 2001”, disponible en internet en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf, (20 de junio de 2016).



de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.....

Trámite ante la Comisión. – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

.....i. Conclusiones. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los siguientes derechos humanos establecidos en la Convención Americana:

* El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.....

VII. HECHOS 67. En el presente capítulo se exponen los principales hechos del caso de acuerdo al siguiente orden: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c) acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia. **A. Situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja** 68.

Es un hecho no controvertido por el Estado que el señor Ángel Alberto Duque y el señor J.O.J.G convivieron como pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que el señor J.O.J.G falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. 69. El 4 de agosto de 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con azt-3ct-idv-rtv (800/100mg), el cual no debía suspenderse, ya que esa circunstancia podría implicar un riesgo de muerte.

70. El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.). Ante el fallecimiento del señor J.O.J. G, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió al requerimiento formulado



por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia. En particular, COLFONDOS señaló lo siguiente: [L]a legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo. **B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia** 71. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 estableció el sistema de seguridad social integral, el cual se entiende como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida [...], para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. El artículo 10 de esta ley estipula que el objeto del sistema general de pensiones es “[...] garantizar a la población, el amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte [...]” y por otro lado, el artículo 15 del mismo cuerpo legal determina que la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo. 72. Asimismo, el artículo 47 de dicha norma, que se encontraba vigente al momento de los hechos, establecía que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes “[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite”. Por su lado, el artículo 74 que estaba vigente al momento de los hechos señalaba que: En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que esta cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta



su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno más hijos con el pensionado fallecido [...] 73. Por otra parte, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990 que regula las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, definía en su artículo 1 la unión marital de hecho en Colombia de la siguiente forma: “[p]ara todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. 74. En la misma línea, el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11: Artículo 10. Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años. Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993. Artículo 11. Prueba de la calidad de Compañero Permanente. Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley. En todo caso las entidades administradoras indicarán en sus reglamentos los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento respectivo. 75. Con respecto a las afiliaciones a los sistemas de salud, el artículo 157 de la aludida Ley 100 de 1993, existen dos clases de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Una de ellas es la de los afiliados mediante el régimen contributivo, estando incluidas dentro de esta clase las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con



capacidad de pago. La otra clase incluye a la población más pobre y vulnerable del país, aquellas personas sin capacidad de pago, afiliados mediante el régimen subsidiado. En esta clase de afiliados, tendrán prioridad “las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”. 76. El artículo 162 de la norma citada establece los servicios de salud que corresponden a cada régimen de afiliación en los siguientes términos: Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley. Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables. **C. Acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia** 77. El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa



proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva. Para fundamentar la acción de tutela, se argumentó, entre otras cosas, que efectivamente formaba una pareja con el señor J.O.J.G, que no tenía rentas propias, que vivía con VIH y estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no podía suspenderse, que al morir su pareja perdería la afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud y que en todo caso, al tener acceso a la pensión de sobreviviente, contaría con los servicios de salud que su condición requería. Asimismo, el señor Duque argumentó que al no otorgársele la sustitución de pensión constituía una violación a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural y la dignidad humana. 78. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, al sostener lo siguiente:[...] el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas de homosexuales, que es un hecho, una realidad de la vida, pero que están a la expectativa que en algún momento el legislador se pronuncie, como lo hizo frente a la materialidad que represent[ó] en alguna época las relaciones maritales de hecho.[...] El Despacho concluye, entonces, que la acción es improcedente y adicionalmente, puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 03 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para



que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Dec. 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial. Con dicha respuesta negativa de la entidad accionada, de ninguna manera se vislumbra vulneración de alguno de los derechos invocados por el accionante, toda vez que dicha decisión se encuentra más que ajustada a derecho, pues constituye elemental aplicación de normas de orden legal y constitucional y por ende, no reconocer derechos que no ha establecido aún ni el legislador y la primera carta. Por lo mismo, inaplicar las normas mencionadas o acceder al amparo solicitado, implica ir en contra de la Constitución y la ley. En este orden de ideas, se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN.

79. La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá en los siguientes términos: No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos. En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así,



la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en S misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que puede existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia. 80. El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión.....

VIII-1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN A. Argumentos de las partes y de la

Comisión 84. La Comisión alegó que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque se habría basado expresa y exclusivamente en que su pareja con J.O.J.G. estaba conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones. Además consideró que, aunque los motivos esgrimidos por las autoridades administrativas y judiciales para excluir al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de “proteger la familia” siendo que en el caso colombiano para ese momento, por familia debía entenderse como la constituida por un hombre y mujer, ese razonamiento podría operar tan solo sobre la base de un “concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana”. Agregó que el Estado no demostró un vínculo causal entre el fin de proteger una forma particular de familia y la exclusión al acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivencia. 85.Como consecuencia de lo anterior, consideró que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. 86. Los representantes señalaron que en abril de 2002 las parejas del mismo sexo no tenían reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, situación por la cual habría sido negado este beneficio al señor Duque, por lo que *ab initio* existiría una discordancia entre la Convención y el ordenamiento



interno colombiano.....87. Los representantes.....consideraron que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, porque faltó al deber de adoptar disposiciones en su ordenamiento jurídico interno que evitaran un trato desigual y discriminatorio por la orientación sexual....**B. Consideraciones de la Corte**

89. A continuación, la Corte pasa a desarrollar sus consideraciones siguiendo el siguiente orden: a) derecho a la igualdad y a la no discriminación;.....B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.....91. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. 92. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. 93. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter



general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. 94. Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que aprueba el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. 95. En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que el Estado había violado el principio de igualdad y no discriminación por dos motivos: a) por la existencia de normas, a saber, el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 (*supra* párrs. 73 y 74), que impedían al señor Duque acceder a la pensión de sobrevivencia sin discriminación al establecer que únicamente pueden ser considerados como compañeros permanentes, o



que pueden conformar las uniones maritales de hecho, las personas de sexo diferente, y b) por la actuación de las autoridades administrativas y judiciales que excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia (*suprapárrs. 70, 78 y 79*).....**B.4.**

Conclusión 138. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana.....**X. PUNTOS RESOLUTIVOS** Por

tanto, **LA CORTE DECLARA,**3. El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 138 de esta Sentencia.”¹⁹⁵
(El subrayado no es del texto original)

4.3.3 Caso: Amparo en Única Instancia. Expediente Número 30-2000. Sentencia del 31 de octubre de 2000

“**ANTECEDENTES I. EL AMPARO**..... **B) Acto reclamado:** sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por la autoridad impugnada que declaró improcedente recurso de casación por motivo de forma y fondo, promovido por contra la sentencia dictada por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho. **C) Violaciones que denuncia:** derechos a la vida, de defensa, al debido proceso, petición y libre acceso a los tribunales. **D) Hechos que motivan el amparo:** lo expuesto por el postulante se resume: **a)** en proceso

¹⁹⁵**Corte Interamericana de Derechos Humanos.** “Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016”, disponible en internet en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf., (20 de junio de 2016).



penal promovido en su contra por el delito de plagio o secuestro, el Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, dictó sentencia condenatoria el treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho, la que fue confirmada por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones en resolución de diecinueve de octubre de ese mismo año; **b)** su abogado defensor..... interpuso recurso de casación por motivos de forma y fondo con base en los artículos 440 y 441 del Código Procesal Penal, que fue declarado sin lugar la autoridad impugnada avaló con su fallo la extensión a la pena de muerte en el delito de plagio o secuestro infringiendo los artículos 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la pena de muerte solo se aplicaba cuando fallecía la víctima; asimismo, los tratados internacionales sobre dicha materia están protegidos por el principio de *pacta sunt servanda*. Solicitó que se le otorgue amparo
CONSIDERANDO -I- La clave de la protección constitucional de amparo es la interdicción de la arbitrariedad. Incurre en arbitrariedad la autoridad judicial que frente a un problema de elección del precepto, opta por la aplicación de la de menor fuerza normativa. Conciérne, entonces, a la justicia constitucional la reparación del agravio que pueda resultar a derechos fundamentales de la persona derivados de la aplicación indebida de una norma sujeta a la preeminencia o supremacía de la garantista. **-II- 1)** Advierte esta Corte que el tema sobre el que versa el amparo es de difícil tratamiento, no solo por la elaboración jurídica que envuelve su interpretación, sino —y especialmente— por la controversia que ha suscitado en el orden político social del país, porque se han contrapuesto cuestiones derivadas de la evidente preocupación pública por el incremento insidioso de uno de los delitos más repugnantes frente a otras puestas en juego: las obligaciones internacionales del Estado, la validez interna de las convenciones o tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y el principio de legalidad penal como uno de los elementos de



sustentación del Estado de Derecho.....el hecho mismo de legislar sobre tal pena máxima introduce un aspecto de debate sobre su propia justificación ético jurídica, que divide seriamente las opiniones,.....De consiguiente debe precisarse que el aspecto objetivo planteado en el amparo que se examina, se contrae a los alegatos de la parte interponente en el sentido de que la autoridad reclamada infringió sus derechos al convalidar la pena de muerte establecida en el artículo 201 del Código Penal para el delito de plagio o secuestro sin muerte de la víctima, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en esta sentencia: "la Convención", la "CADH" o el Pacto de San José. 4) Jurídicamente corresponde al Tribunal examinar las cuestiones vinculadas con el reclamo del amparista, para cuyo objeto deberá, por razones de método, depurar algunos aspectos generales atinentes al caso. En el de autos, en primer término, el marco jurídico constitucional en relación con el derecho convencional de los derechos humanos; en segundo lugar, la producción legislativa en orden a la teoría del delito para determinar sus elementos integradores en relación con la previsión constitucional del artículo 17; y, como conclusión, si en la función judicial de realizar el Estado de Derecho hubo o no colisión relevante entre la norma interna y la norma convencional de derecho internacional de los derechos humanos, y, en su caso, cuál es la jerarquía que al respecto debería observarse.5) Acerca del primer punto, Guatemala, siguiendo su tradición constitucional, reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *jus cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. De esta manera, el artículo 149 dispone que normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad y al respeto y defensa de los derechos humanos. Esta prescripción, no obstante su carácter unilateral, constituye un vínculo jurídico internacional. Coadyuvan con esta posición



los preceptos constitucionales de los incisos b) y c) del artículo 142, que tienen como referentes al derecho internacional y a las prácticas internacionales. En cuanto a la fuerza normativa que los tribunales deben observar, se señala el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado (artículo 204), exceptuándose todo lo que se refiera a la materia de derechos humanos, que por virtud del artículo 46, se somete al principio general de que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

..... **6)** Normada la recepción del derecho internacional, ya sea consuetudinario como convencional, por el sistema constitucional guatemalteco, la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal. En efecto, en razón de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, se reconoce preeminencia del Pacto sobre la legislación ordinaria en tanto el asunto sobre el que versare la controversia fuera materia de "derechos humanos". Dicha Convención (aprobada por Decreto 6-78 del Congreso de la República de 30 de marzo de 1978 y ratificada por el Presidente de la República el 27 de abril de 1978) entró en vigencia, según el número de ratificaciones previstas, el 18 de julio de 1978. Se advierte que es anterior a la vigencia de la Constitución Política de la República, por lo que, para los fines de este análisis, opera la presunción legal de que los legisladores constituyentes emitieron el principio contenido en el citado artículo 46 sabiendo sus alcances con respecto a la CADH.

..... **7)** Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si, por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena..... **10)**

Repercutiendo seriamente la decisión en una sociedad crispada por la odiosidad del delito de plagio o secuestro y por su crecimiento exponencial,



de lo que es reflejo la frecuencia y la intensidad con que el legislador últimamente ha tratado de contenerlo por medio de la gravedad de la pena (durante casi sesenta años lo castigó con pena que no rebasó los quince años de prisión y en los últimos cinco la elevó a cincuenta años de prisión y la de muerte), esta Corte no puede ser insensible a ese clamor que puede ser de la mayoría de la población. Sin embargo, tales consideraciones de carácter político no pueden ser oponibles a las de ética jurídica que le ha encomendado la Constitución, de la que constituye su intérprete y garante. En este orden de ideas, retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal.....**12)** Por lo anteriormente considerado, tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea, supuestos de razón, (por ejemplo: delito simple y delito complejo) más que en palabras aisladas, y teniendo presente *mutatis mutandi* la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: "las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones" (citada por Manuel Juan Vallejo, *La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1999, página 108), resulta que el acto reclamado (Sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia), violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 *in fine* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, en cuanto a la pena de muerte, reza: "Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente". Por lo anterior, es procedente otorgar el amparo solicitado, sin necesidad de examinar otras cuestiones planteadas, a efecto de que la autoridad reclamada dicte nueva sentencia por la cual se repare el agravio causado.....**POR TANTO** La Corte



de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de Amparo, Cor base en lo considerado y leyes citadas resuelve: **I. Otorga amparo** (subrayado no es del texto original)

4.3.4 Caso: Amparo en Única Instancia. Expediente Número 872-2000. Sentencia del 28 de junio de 2001

“ANTECEDENTES I. EL AMPARO..... C)

Violación que denuncia: derecho a la vida y el principio de preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el derecho interno. **D) Hechos que motivan el amparo:** lo expuesto por el postulante se resume: **a)** el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, dictó sentencia condenatoria en su contra –primer acto reclamado— por la cual le declaró autor responsable del delito de plagio o secuestro, imponiéndole por tal ilícito penal la pena de muerte, que se le impuso por considerar el tribunal sentenciador que la misma era aplicable y no contravenía disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; **b)** contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación especial por motivo de fondo, el cual fue conocido por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, tribunal que en sentencia de trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve –segundo acto reclamado— declaró improcedente dicho recurso manteniendo la condena de pena de muerte; **c)** contra esta última sentencia interpuso recurso de casación por motivo de fondo ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad que en sentencia de veinte de julio de dos mil –tercer acto reclamado- declaró improcedente dicho recurso; **d)** estima que al haber dictado y mantenido la pena de muerte dictada en su contra, las autoridades impugnadas no

¹⁹⁶**Corte de Constitucionalidad.** “Amparo en Única Instancia”. Expediente 30-2000. Sentencia del 31 de octubre de 2000”, disponible en internet en <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> (22 de junio de 2016).



tomaron en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 constitucional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene preeminencia sobre el artículo 201 del Código Penal, convención que no autoriza la aplicación de la pena de muerte**CONSIDERANDO -II-**esta Corte considera que los dos primeros actos reclamadosse subsumen en el tercer acto reclamado, siendo este el que será objeto de examen en la presente sentencia.esta Corte considera pertinente realizar el examen de rigor que el amparista solicita respecto de la sentencia dictada por el tribunal de casación, atendiendo fundamentalmente a proteger de violación la norma constitucional que se denuncia como violada –artículo 46 constitucional— a la definitividad procesal propia de dicho acto, y a la eventual protección que la acción del amparo conllevaría en el caso de advertirse el agravio denunciado por el promoviente de dicha acción;-III-.....De esa cuenta, el examen de esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En cuanto al primer aspecto, esto es la preeminencia que ordena el artículo 46 constitucional, cuestión controvertida por el amparista, esta Corte considera que en este fallo, y para los efectos del análisis que se hace en esta sentencia, debe reiterarse el criterio jurisprudencial emanado en cuanto a la interpretación de este artículo realizada por este tribunal en los fallos de nueve de octubre de mil novecientos noventa, dictado en el expediente 280-90 y de dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dictado en el expediente 195-95, pues no concurren motivos que evidencien que para el caso concreto, esta Corte deba apartarse de dicha jurisprudencia razonando la innovación. En cuanto a las obligaciones



internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Ello es así atendiendo a que según el derecho internacional, las obligaciones que este impone deben cumplirse de buena fe no pudiendo invocarse para su incumplimiento el derecho interno, porque estas reglas, de acuerdo con la codificación realizada de ellas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, pueden ser consideradas como principios generales del derecho y consecuentemente aplicadas en el ordenamiento jurídico interno por remisión de una norma que habilite su positividad. Todo ello en atención a que según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

..... Si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, **si prohíbe que se extienda** su uso y que se imponga **respecto de delitos** para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. (Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, párrafos 52, 53, 54, y 56, Serie A: Fallos y opiniones. El realce no aparece en el texto original, pero se destaca para una mejor intelección del criterio que este tribunal vierte en esta sentencia)

.....a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es viable la aplicación de la pena de muerte para aquellos delitos calificados como graves, dentro de los cuales, es evidente que por la forma en la que se ejecuta y por los daños que produce su consumación de acuerdo a la dogmática penal moderna está contemplado el delito de secuestro. Por lo anterior, esta Corte concluye que



estando establecida la pena de muerte para el delito de plagio o secuestro en el actual Código Penal, la imposición de la misma no contraviene artículo 4, inciso 2. de la Convención, no solo por tratarse el secuestro de un delito grave, sino porque para que esta pena se ejecute, se requiere una observancia estricta del debido proceso y que se hayan agotado todos los recursos pertinentes para que la sentencia pueda considerarse ejecutoriada, situación que la actual Constitución Política de la República de Guatemala –texto normativo emitido con posterioridad a la Convención— observa en el artículo 18 constitucional al establecer que “Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales, inclusive el de casación; este siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.”, normativa que también guarda congruencia con lo dispuesto en el artículo 4º, numeral 6. de la Convención.....El método histórico de interpretación utilizado por esta Corte en el precedente jurisprudencial permite advertir que **el delito de plagio o secuestro tuvo establecida pena de muerte desde el artículo 369, párrafo tercero, del Código Penal contenido en el Decreto Legislativo 2164 de 29 de abril de 1,936.....**El espíritu de dicho artículo se mantuvo **en el actual Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República**, anterior a la entrada en vigencia de la Convención, el cual en su **artículo 201 contemplaba la pena de muerte.....**Al reformarse dicho artículo por medio del **Decreto 38-94 del Congreso de la República**, ya vigente la Convención se reguló que **se impondría pena de muerte** para el caso de comisión de **delito de secuestro**: “a) Si se tratare de menores de doce años de edad, o personas mayores de sesenta años. De lo anterior puede concluirse que lo que el legislador ha realizado en las reformas antes citadas, es extender la aplicación de la pena –en este caso la de muerte— atendiendo al criterio de autoría de las personas que cometen el delito de secuestro, extensión que no prohíbe la Convención en su artículo 4. numeral 2.



.....esta Corte considera que la aplicación que de artículo 201 del Código Penal se realizó por parte de los tribunales impugnados en el caso del amparista, no viola el artículo 46 de la Constitución ni el artículo 4. Numeral 2. de la Convención,.....”¹⁹⁷
(Subrayado no es del texto original)

4.3.5 Caso: Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente NÚMERO 1822-2011. Sentencia del 17 de julio de 2012

“..... **ANTECEDENTES I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN:** Lo expuesto por el accionante se resume: **a)** interpone acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por: “*omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, en la tipificación del delito de tortura en el artículo 201 Bis del Código Penal*”, por violar los derechos constitucionales a la integridad y seguridad (artículos 2º y 3º), a la igualdad (artículo 4º), la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (artículos 44 y 149, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala);**c)** la tortura es uno de los crímenes que mayor regulación y prohibición encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,.....El Código Penal, en su artículo 201 Bis,

¹⁹⁷**Corte de Constitucionalidad.** “Gaceta Jurisprudencial Volumen I, Número 60, Guatemala 2001, página 355



únicamente contempla como tortura actos que conlleven dolores o sufrimientos graves, razón por la cual es evidente la contradicción con la normativa internacional, es incongruente con la definición de la tortura, pues únicamente contempla la "información y confesión" e "intimidar o coaccionar" entre las finalidades de la tortura, no incluye la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica; **e)** la prohibición de la tortura ha sido reconocida como una de las pocas normas que han alcanzado el carácter de *ius cogens*; es decir, como una "*norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario*", por lo tanto, su regulación no permite derogación o reducción alguna en los elementos de su tipificación, pues viola derechos humanos garantizados por disposiciones constitucionales, tratados internacionales en materia de derechos humanos y normas internacionales imperativas de *ius cogens*;

.....**h)** el artículo 46 constitucional señala que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno; la norma establece una jerarquía normativa entre los tratados internacionales y la legislación nacional. La defensa del orden constitucional implica sujetar al control de constitucionalidad a los órganos del poder público en sus actos como en sus omisiones, lo que conlleva la adecuación de las normas nacionales a los parámetros mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, que se exhorte al legislador a adecuar el tipo penal de la tortura a los estándares internacionales, fijándole plazo para el cumplimiento del fallo. **III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES:B)**

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala expresó: Es indispensable



que los elementos del tipo penal definido en la ley o código respectivo sean consistentes con los elementos exigidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, la tipificación de dicho delito debe incluir como "mínimo" los elementos que constituyen tortura de acuerdo con los estándares internacionales, ya que cada uno de estos persigue proteger bienes jurídicos esenciales para garantizar plenamente la dignidad humana,.....**C) El Ministerio Público** señaló:es obligación del Estado de Guatemala proteger y garantizar la integridad y seguridad de las personas, así como la igualdad, al tenor de lo que establecen los artículos 2º y 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues la regulación impugnada es deficiente, por no ser congruente con la protección que el Estado debe procurar, entre otros, mediante la emisión de normas penales a las que se ha obligado conforme al Derecho Internacional; además, se advierte la inobservancia de los artículos 46 y 149 constitucionales, que señalan el principio de la preeminencia que poseen los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sobre el derecho interno, así como el de cumplimiento de compromisos internacionales por parte del Estado de Guatemala, de conformidad con los principios y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos. Solicitó que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general interpuesta.....**CONSIDERANDO -II-** En el presente caso,.....se solicitó a esta Corte que en función de la defensa del orden constitucional, exhorte al Congreso de la República de Guatemala para que cumpla con su deber constitucional de legislar correctamente el tipo penal de tortura en congruencia con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**-III-**.....para esta Corte es insoslayable la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de emitirse un precepto normativo, en atención a que los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese



Derecho son expresión de un orden objetivo de valores de la comunidad jurídica internacional, y de ahí el carácter vinculante hacia todos sus miembros, de manera que su inobservancia, genera responsabilidad internacional en aquel que no cumpla con observar tales principios. Siendo que aquellos valores objetivos se fundan en reglas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*), son a estas normas a las que pertenecen los derechos humanos más elementales, y como dentro de esas reglas ellas están contempladas, entre otras, las de prohibición a la tortura o a la esclavitud, la proscripción del genocidio o de la discriminación racial, por mencionar algunos ejemplos, que también constituyen garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario, reconocido en el derecho internacional contemporáneo, no puede entonces admitirse, en el desarrollo legislativo interno de un Estado, una regulación insuficiente que limite aquellas garantías, pues ello tornaría no solo incumplimiento de compromisos internacionales aceptados por el Estado de Guatemala, sino, de igual manera, podría generar responsabilidad internacional dimanante de aquel incumplimiento. Es tal omisión (relativa, por regulación insuficiente), la que puede válidamente repararse si se acude a la vía de inconstitucionalidad general abstracta, denunciando que en un precepto se ha omitido el cumplimiento de un deber previsto en la Constitución.

.....-IV-.....En el presente caso, La norma penal –aduce el interponente– transgrede el contenido de los artículos constitucionales siguientes: 2º y 3º (integridad y seguridad), 4º (igualdad), 46 (preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens*) y 44 y 149 (a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución).Las argumentaciones del interponente determinan que el problema que debe ser abordado por este Tribunal Constitucional, es el que se concierne a la



posibilidad de que en el sistema guatemalteco se impugne de
inconstitucional una norma ordinaria por haber sido emitida de forma
acorde ser incompatible con estándares mínimos contemplados en un
tratado internacional en materia de derechos humanos, es decir, si tales
instrumentos son o no parámetros de constitucionalidad, para lo cual se
hace necesario analizar cuál es la valencia recepción que, desde la
Constitución, se da en el derecho interno a dichos tratados. En anteriores
oportunidades, la Corte de Constitucionalidad ha negado que los
instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean
parámetro para ejercer el control de constitucionalidad,
Sin embargo, en otros fallos, este mismo Tribunal Constitucional, como
garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados
internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de
afirmar la contravención a los preceptos constitucionales, reconociendo su
fuerza normativa..... esta Corte, como máximo intérprete de
la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos,
es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se
encuentran contenidos en aquel. En orden a la materia de estudio, se
determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos
humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o
Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana
para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión
del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que
tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría
de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149
constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el
cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en
materia de Derechos Humanos, para evidenciar si existe una omisión
legislativa parcial en la creación de la figura tipo de “tortura”. -V-
.....La desprotección de tales actos en el tipo penal de
la tortura no puede suplirse acudiendo a las normas internacionales, pues



aunque son normas de *ius cogens* que son de aplicación universal, base en el principio de legalidad, tal como se refirió en párrafos precedentes, para que un tipo penal pueda ser aplicado a la comisión de hechos delictivos, debe ser plenamente descrito en una norma, pues de lo contrario, violaría la libertad de acción de la que gozan los ciudadanos del país, tomando en cuenta la prohibición de analogía y de interpretación extensiva que opera en materia penal. La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, y la finalidad de establecer la discriminación como parte del tipo penal de tortura es esencialmente la de proteger a los miembros de grupos vulnerables contra esa forma especial de tortura. Este Tribunal estima que para cumplir con la tipificación necesaria y en aplicación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debe establecerse concretamente la descripción de las conductas que constituyen “tortura”, por lo que es necesario introducir por vía de reforma a la norma penal contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y expresamente se regule que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.
.....Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que recoge la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el artículo 149 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto a que señala la obligación de que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos; por lo



que debe declararse con lugar la acción instada, exhortando al órgano correspondiente a que realice lo legalmente pertinente de conformidad con sus facultades, a efecto de regular nuevamente la materia que el artículo cuestionado desarrolla. La nueva regulación deberá observar los criterios vertidos en el presente fallo. **-VI-**.....Mediante la función pretoriana que tiene la Corte de Constitucionalidad, en algunos casos, ha emitido sentencias con apartado recomendatorio hacia el Congreso de la República, a efecto de interesar a dicho órgano del Estado a emitir leyes que figuran como remisiones constitucionales pendientes de cumplir. El caso es que, cuando el constituyente no fijó plazo, es difícil determinar alguno que, respetando la esfera de acción del legislativo y sus propias agendas, lo prevenga acerca de cumplir con mandatos de la ley suprema. En el caso examinado, ese imperativo de completitud deriva de lo preceptuado en el artículo 46 de esta, que sobrepone, la convencionalidad de los derechos humanos al derecho interno, razón por la que la legislación ordinaria debería adecuarse a esos parámetros del derecho internacional.....**POR TANTO** La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Con lugar** la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada”¹⁹⁸ (El subrayado no es del texto original).

¹⁹⁸**Corte de Constitucionalidad.** “Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente 822-2011. Sentencia del 17 de julio de 2012”, disponible en internet en: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> (22 de junio de 2016).

CONCLUSIÓN



1. Con el presente trabajo se confirma la tesis siguiente: “La doctrina y la jurisprudencia en defensa de la dignidad humana y sus derechos fundamentales, han reconocido la validez del *ius cogens* en el derecho internacional, cuyas normas de carácter universal, constituyen reglas imperativas que sustentan e informan al derecho de los tratados”.
2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de lo que prescribe la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reconoce que los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales.
3. La Corte de Constitucionalidad con fundamento en el precedente jurisprudencial, reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens* que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamento de la conciencia de la humanidad.



BIBLIOGRAFÍA

AKEHURST, Michael, “**Introducción al Derecho Internacional**”; Alianza Universidad Textos, España, 1987

BARBERIS, Julio A., “**Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional**”; Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, volumen I, primera edición, San José, Costa Rica, 1998

CABANELLAS, Guillermo, “**Diccionario de Derecho Usual**”; Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., décimoprimer edición, Buenos Aires, 1976

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “**Curso de Derecho Internacional Público**”, Editorial Tecnos, S.A., España, 1991

CONFORTI, Benedetto, “**Derecho Internacional**”; Zavalia Editor, Argentina, 1995

CORRAL SALVADOR, Carlos, “**Moral Internacional**”; Editorial Dykinson, Madrid, 2013

COSTE, René, “**Moral Internacional**”; Editorial Herder, España, 1967

DEVELASCO VALLEJO, Manuel Díez, “**Instituciones de Derecho Internacional Público**”; Editorial Tecnos, S.A., novena edición, España, 1991



DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, Ángela. “**El acceso al sistema interamericano de derechos humanos**”, Editorial Reus, España, 2014

FERNÁNDEZ, Eusebio, “**Teoría de la Justicia y Derechos Humanos**”; Editorial Debate, Madrid, 1984

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “**Introducción al Estudio del Derecho**”; Editorial Porrúa, Argentina, 1998

GUERRERO VERDEJO, Sergio, “**Derecho Internacional Público TRATADOS**”; Editorial Académica, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003

HART, Herbert Lionel Adolphus, “**Derecho y Moral**”; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962

IZQUIERDO HERNÁNDEZ, José Luis, “**Kant Principios Metafísicos del Derecho**”; Editorial Americalee, Argentina 1974

KANT, Manuel, “**Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**”; Colección Austral, Argentina, 1946

KELSEN, Hans, “**Teoría Pura del Derecho**”; Editorial Porrúa, décima edición, México, 1998

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, “**Manual de Derecho Internacional**”; Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), primera edición, Costa Rica, 1976



MORENO VILA, Mariano, “**Filosofía. Volumen IV: Historia de la Filosofía Moderna y Contemporánea**”; Editorial Mad, S.L. primera edición, España, 2003

NÁJERA MOTTA, María Ileana, “**Las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, su evolución dentro de los derechos humanos y su eficacia en el Código Procesal Penal guatemalteco**”; URL, 1998

NARDIN, Terry, “**La ley y la moral en las relaciones entre los Estados**”; Editores Asociados Mexicanos, México, 1985

NIETO NAVIA, Rafael, “**Estudios Sobre Derecho Internacional Público**”; Pontifica Universidad Javariana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colección Profesores, Colombia, 1992

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “**Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia**”; CL: Editorial Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “**Los derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia. ROL N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. Santiago de Chile**”; CL: Red Estudios Constitucionales, Chile, 2009

ORTIZ AHLF, Loretta, “**Derecho Internacional Público**”; Editorial Harla, segunda edición, México, 1993



OSSORIO Manuel, **“Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas Sociales”**; Editorial Heliasta S.R.L. Colombia, 2000

PASTOR RIDRUEJO, José. A., **“Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”**; Editorial Tecnos, S.A., España, 1994

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, **“Ley y Conciencia”**; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1993

PEÑA GONZÁLEZ, José, **“Derecho y Constitución”**; Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2004

PINTO, Mónica, **“El Derecho Internacional”**; Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2004

QUIROGA LEÓN, Aníbal, **“Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”**; CL: Red Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2009

QUIROGA LEÓN, Aníbal, **“Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Cosa Juzgada en los Tribunales Nacionales”**; CL: Red Estudios Constitucionales, Chile, 2009

RAWLS, John, **“El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública”**; Editorial Paidós, España 2001

RECASENS SICHES, Luis, **“Introducción al Estudio del Derecho”**; Editorial Porrúa, S.A. México



ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. “**Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco**”; disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr18.pdf>

SANTIAGO NINO, Carlos, “**Introducción al Análisis del Derecho**”; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995

SEPÚLVEDA, César,” **El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI**”; Fondo de Cultura Económica, México, 1995

SORENSEN, Max, “**Manual de Derecho Internacional Público**”, Fondo de Cultura Económica, México, 1992

SUÁREZ, Eloy Emiliano, “**Introducción al Derecho**”; Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República de Argentina, 2002

TRAVIESO, Juan Antonio, “**Derechos Humanos y Derecho Internacional**”; Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1990

VILLEGAS LARA, René Arturo, “**Introducción al Estudio del Derecho – Teoría General del Derecho-Primera Parte**”; Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria, Guatemala, 1991



VIRALLY, Michel, “**El devenir del derecho Internacional**”; Fondo de Cultura Económica, México, 1997

ZOMOSA SIGNORET, Andrea. “**Derecho Internacional y Política Exterior: Una aproximación a la realidad**”; Red Política y Cultura, México, 2006

LEGISLACIÓN

Carta de las Naciones Unidas, Decreto Legislativo número 174 del 11 de octubre de 1945

Carta de la Organización de Estados Americanos, Decreto Legislativo Número 804 del 9 de mayo de 1951

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Decreto Número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, Decreto Número 55-96 del Congreso de la República de Guatemala

Estatuto de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente



SENTENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, **“La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile” Sentencia de 5 de febrero de 2001**”; disponible en internet en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, **“Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016”**”; disponible en internet en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

Corte de Constitucionalidad, **“Amparo en Única Instancia”**; Expediente Número 30-2000, Sentencia del 31 de octubre de 2000, disponible en internet en <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>

Corte de Constitucionalidad, **“Amparo en Única Instancia”**; Expediente Número 872-2000, Sentencia del 28 de junio de 2001, Gaceta Jurisprudencial Volumen I, Número 60, Guatemala, 2001

Corte de Constitucionalidad, **“Inconstitucionalidad General Parcial”**, Expediente 1822-2011. Sentencia del 17 de julio de 2012
<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>