FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Ius cogens
La actualidad de un tópico jurídico clásico

Joaquín R. Argés
Doctor en Derecho

REUS
EDITORIAL

Ir a editorialreus.es

COLECCIÓN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

Los defensores del pueblo en España, *Fernando Luis de Andrés Alonso* (2017).
Argumentación jurídica y ética de la virtud, *Tasia Aránguez Sánchez* (2018).
Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo, *Beatriz González Moreno* (2018).
***Ius cogens*. La actualidad de un tópico jurídico clásico,** *Joaquín R. Argés* (2019).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA
Catedrática de Filosofía del Derecho
Valedora do Pobo de Galicia

IUS COGENS
LA ACTUALIDAD DE UN TÓPICO JURÍDICO CLÁSICO

Joaquín R. Argés
Doctor en Derecho

Ir a editorialreus.es

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

Ir a editorialreus.es

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)

ISBN: 978-84-290-2127-1
Depósito Legal: M 6663-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mi abuelo Atilio Montaruli *(1922-2013 Q.E.P.D.),*
por su incansable búsqueda de la justicia y sus infinitas enseñanzas

y a mis sobrinos:
Maite, Sol, Luana, Valentín, Gonzalo, Victoria y Olivia.

Ir a editorialreus.es

Ir a editorialreus.es

Ir a editorialreus.es

Ius cogens. La actualidad de un tópico jurídico clásico

Resumen (Español): La mayor discusión doctrinal actual sobre el *ius cogens* radica en la determinación de su contenido y su justificación a la hora de aplicarlo a casos concretos. Desde que se transformó en derecho positivo a través de la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados* en 1969, se revitalizó la figura de manera significativa, junto con la discusión sobre la forma de identificar las normas de *ius cogens*. El *ius cogens* forma parte de uno de los diez temas seleccionados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para ser estudiado en su actual programa de trabajo y durante el próximo lustro. La aceptación de la existencia de normas imperativas constituye uno de los primeros pasos para reconocer en derecho internacional la existencia de una jerarquía normativa en el sistema jurídico internacional, dejando atrás la idea del mero voluntarismo estatal que antiguamente predominaba en el ámbito jurídico internacional. Este trabajo se aborda desde una óptica iusfilosófica clásica, y utiliza el método tópico de origen aristotélico-tomista. El libro comienza con una descripción del hilo histórico del *ius cogens* y el estudio de su significado. A continuación, se efectúa una valoración jurídica de lo descrito con la ayuda de la retórica y la dialéctica, para finalmente proponer soluciones superadoras que sirvan a la aplicación y desarrollo teórico-práctico de este tópico jurídico clásico.

Palabras clave: *Ius Cogens,* Derecho Internacional, normas imperativas, tópica jurídica.

Jus cogens. Current Status of a Classical Juridical Topic

Abstract (English): The doctrinal discussion about *jus cogens* lies on determining its content and justification when applied to specific cases. Since it became positive law by the *Vienna Convention on the Law of Treaties* in 1969, the discussion about how to identify these peremptory norms reappeared, revitalizing the topic in a significant way. Furthermore, the topic has been included by the International Law Commission of the Uni-

Ir a editorialreus.es

ted Nations among one of the ten issues to be addressed during the next years. The acceptance of the existence of *jus cogens* constitutes an important step to recognize norms hierarchy in the international legal system, leaving behind the idea of State voluntarism. This work has been carried out from a classical approach, using the *topical method* of Aristotelian and Thomist origin. Firstly, we studied the meaning of the expression *jus cogens* and we made a brief description of its historical development. Once the description was established, we addressed the appraisal with the help of rhetoric and dialectics. Finally, we make some proposals for the future use and development of this classical juridical topic.

Key words: *Jus Cogens,* International Law, peremptory norms, topical method.

Ir a editorialreus.es

ABREVIATURAS, SIGLAS Y LATINISMOS

§	parágrafo / párrafo / número
A / AG	Asamblea General de Naciones Unidas
a. C.	antes de Cristo
ACDI	Anuario de la Comisión de Derecho Internacional
AJIL	*The American Journal of International Law*
art. / arts.	artículo/s - *article/s*
BOE	Boletín Oficial del Estado de España
BYBIL	*British Yearbook of International Law*
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAFDHP	Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
Cap.	Capítulo
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales / Convención Europea de Derechos Humanos
cfr. / *cf.*	*confer* (imperativo de *conferre*) / vea, consulte, compare
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Co.	*Company* / Compañía
Codex	Código
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONF.	Conferencia internacional

Ir a editorialreus.es

Corte IDH /CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
d. C.	después de Cristo
Dig.	Digesto / *Pandectas*
Dir.	director / *director* / *direttore*
Doc.	documento / *document*
Dr. / Dott.	doctor / *doctor* / *dottore*
ECtHR / ECHR	*European Court of Human Rights*
ed. / éd.	edición / *edition* / édition / *edizione*
Eds.	editores / editors
EE. UU.	Estados Unidos de América
ej.	ejemplo
EJIL	*European Journal of International Law*
etc.	etcétera
DDHH	derechos humanos
ibidem	en el mismo lugar
I/A Court H.R.	*Inter-American Court of Human Rights*
IADH	Instituto Americano de Derechos Humanos
ICJ / I.C.J.	*International Court of Justice*
IHLADI	Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
ILC	*International Law Commission*
lat.	latín, latinismo
Lib.	Libro
nº / nro. / No.	número / *number*
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	*opus citatum* / obra citada, *opere citato* / en la obra citada
O. P.	*Ordo Praedicatorum* / Orden de Predicadores / fraile dominico *Ordinis Praedicatorum* / de la Orden de Predicadores
p. / pp.	página/s
p. ej.	por ejemplo, verbigracia
Pandectas	Digesto
PCIJ / P.C.I.J.	*Permanent Court of International Justice*
Prof.	profesor / *professor* / *professore* / *professeur*

Ir a editorialreus.es

Ref.	referencia / *reference*
Res. / RES	Resolución
RDC	*Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*
RDILC	*Revue de Droit International et de Législation Comparée*
reimp.	reimpresión / *réimpression*
RGDIP	*Revue Générale de Droit International Public*
s.	siglo
(sic)	transcripción o copia textual del original / del *lat.* «así»
S. J.	*Societas Jesu* / Compañía de Jesús / padre jesuita
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia (Corte Internacional de Justicia)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
UE	Unión Europea
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
Vol./ vols.	volumen / volúmenes
YILC	*Yearbook of the International Law Commission*
&	y / e / *et* / *and*

Ir a editorialreus.es

Ir a editorialreus.es

INTRODUCCIÓN

Esta obra está dedicada a estudiar el tópico del *ius cogens,* y tiene como objetivo principal contribuir desde una visión clásica a la discusión actual sobre su contenido conceptual y su justificación a la hora de aplicarlo a casos concretos. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas sirvieron de base para que el *ius cogens* se transformara en derecho positivo con la aprobación en 1969 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT). A partir de entonces, el debate sobre la existencia de normas imperativas en el derecho internacional se ha revitalizado y ha sido intenso[1]. El recono-

[1] El *ius cogens* quedó positivizado en el art. 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, redactada en Viena el 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980 (después del trigésimo día de haberse depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión). Este artículo fue adoptado en el segundo período de sesiones de la conferencia desarrollada también en Viena y fue aprobado por 87 votos a favor, 8 votos en contra (Australia, Bélgica, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y Turquía) y 12 abstenciones (Gabón, Irlanda, Japón, Malasia, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Senegal, Sudáfrica y Túnez). Textualmente dice: «*Art. 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general* (Jus Cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». *Convención sobre el Derecho de los Tratados, redactada en Viena el*

Ir a editorialreus.es

cimiento de la existencia de este tópico es de una gran importancia, ya que constituye uno de los primeros pasos para confirmar la presencia de una jerarquía normativa en el sistema jurídico internacional, o de un orden público internacional, e incluso, la existencia de las denominadas obligaciones *erga omnes* de los Estados. Ello, además, implica dejar atrás para siempre la idea antigua idea del mero voluntarismo estatal en el ámbito jurídico internacional.

Desde el *iuspositivismo*, cuando se trata de identificar el contenido del *ius cogens,* y sobre todo cuando su aplicación no se refiere al criterio de validez de los tratados, se ha acudido principalmente al método casuístico, haciendo depender su reconocimiento principalmente de las decisiones judiciales, en especial las de la Corte Internacional de Justicia. En otras oportunidades, desde esta perspectiva se ha reconocido como parte del *ius cogens* únicamente a ciertas normas imperativas contenidas en tratados generales multilaterales y aplicables de manera exclusiva a los Estados parte y a partir de la fecha de su ratificación, es decir, solamente cuando expresamente se haya previamente aceptado y reconocido su existencia. En nuestra opinión, este paradigma *iuspositivista* por sí solo se revela impotente para aplicar en la práctica el tópico y garantizar la *justicia,* en especial en los casos en los que el carácter imperativo de estas normas no se encuentre todavía positivizado de manera inequívoca y global. Son éstos los motivos que justifican que la efectiva determinación del contenido y fundamentación del *ius cogens* se realice también con la ayuda de otros puntos de vista.

Es nuestro deseo demostrar que tal vez una solución más simple de alcanzar pueda obtenerse partiendo desde una perspectiva *iusnaturalista*, en especial con la ayuda de sus dos aportes principales: el *ius naturale* y el *ius gentium*. Es conocida la argumentación que se apoya en el carácter mudable del *ius cogens* para negar la naturaleza de *ius naturale* de su contenido, en especial teniendo en cuenta que conforme a su regulación actual el *ius cogens* puede ser modificado por una ulterior norma imperativa del mismo tipo. A primera vista, esto entraría en contradicción con la supuesta característica de inmutabilidad del derecho natural. Si bien ello es cierto en alguna medida, ya Santo Tomás de Aquino —y más adelante Francisco Suárez— sostenían que a pesar de que la raíz del derecho natural es invariable, los preceptos que de él se derivan pueden

23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, versión oficial en español, Vol. 1155, 1-18232, 1980, p. 456.

Ir a editorialreus.es

cambiar a tenor de la diversidad de las circunstancias y del ritmo del desarrollo histórico[2]. Esto significa que si bien existe una zona de principios inmutables, junto a ella hay también una serie de preceptos dotados de mutabilidad relativa, causados por el carácter histórico que poseen la realidad y nuestro conocimiento[3]. Por este motivo, creemos que es posible utilizar de una manera coherente y científica el derecho natural y su metodología para ayudar a clarificar este tópico jurídico clásico.

Nuestro objetivo es determinar desde la *filosofía jurídica* el concepto y el contenido del *ius cogens*, con el fin de hacer propuestas para su aplicación actual a casos concretos. Para ello, comenzamos con un breve apunte del significado etimológico de la expresión latina y una descripción de su devenir histórico en el ámbito internacional, desde sus orígenes hasta la actualidad. Como ya lo anticipamos, a partir de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, ha sido amplia la doctrina y jurisprudencia internacional que toma partido con respecto al *ius cogens*, unas veces afirmándolo, otras negando su posibilidad de aplicación, y en otros casos utilizándolo de manera oculta, o sea, sin mencionarlo. Interesa tener en cuenta también estos últimos casos, precisamente porque a pesar de estar disimulados al ojo del profano en derecho, influyen igualmente en la práctica jurisprudencial. A continuación, repasamos brevemente la efectiva aplicación del concepto en las decisiones judiciales de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este análisis se ha circunscrito a aquellas sentencias, opiniones consultivas, votos razonados y opiniones disidentes que se han referido al tópico del *ius cogens,* intentando establecer la virtualidad del concepto tanto en los casos que la afirmen, como aquellos en que la oculten o nieguen. Esta etapa descriptiva del tópico finaliza con un estudio del significado teórico del *ius cogens,* utilizando para ello las principales definiciones aportadas por la doctrina, los órganos judiciales y las normativas,

---

[2] Aprovechamos aquí las enseñanzas de Recaséns Siches, que destacaba así la influencia de Tomás de Aquino en el pensamiento de Suárez: «La ley natural es en sí absolutamente inmutable, pero los principios secundarios pueden admitir variación. La razón de este cambio radica en la defectibilidad de la naturaleza humana. Una ley natural para seres indefectibles sería inmutable como sus mismos sujetos […]». Recaséns Siches, Luis, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica*, Editorial Jus, México, 2ª ed., 1947, p. 71.

[3] *Cfr.* Puy Muñoz, Francisco, *Teoría científica del derecho natural,* Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México, 4ª ed. castellana, 2006, pp. 443-446.

Ir a editorialreus.es

incluyendo no solo aquéllas de carácter lógico-sintético, sino también las de carácter analítico-enumerativo.

La segunda fase de este trabajo, siguiendo la *metodología tópica* en la que nos basamos, se centra en la valoración del objeto de estudio. Comenzamos esta etapa repasando brevemente lo que significa la *valoración* o *estimativa jurídica* y el diverso alcance que tiene el valor en las escuelas *iuspositivistas* y *en las iusnaturalistas.* A continuación, estudiamos el contenido del *ius cogens,* en primer lugar, desde la perspectiva del *ius naturale* y del *ius gentium*, determinando similitudes y diferencias, y más adelante, ponemos la mira en los dos principales aportes del positivismo jurídico: la *constitución* (o *ley fundamental)* y *el tratado*.

Aclaramos desde el inicio que adscribimos a la visión *iusnaturalista*. Sin perjuicio de ello, estudiamos las ventajas y desventajas de ambas visiones, en el intento de proponer una visión inclusiva del tema que incluya los aportes de ambas escuelas. En última instancia, nuestra intención es demostrar la importancia de la pervivencia del derecho natural en la utilización jurídico-práctica del *ius cogens,* así como la utilidad del iusnaturalismo para arrojar luz en la determinación de su contenido. Antes de concluir la valoración del tópico, esbozamos nuestra propia propuesta de conceptualización teórica del *ius cogens* en dos definiciones: una sintética y otra analítica.

La tercera parte de esta obra contiene algunas propuestas concretas para la aplicación del *ius cogens* en la actualidad. Llegados a esta altura de nuestro estudio esperamos haber logrado persuadir al lector de la importancia no solo de la utilización práctica del tópico *ius cogens*, sino también del rol destacado del derecho natural a la hora de determinar su contenido. Todo ello redundará en una mejor identificación, y a su vez, ello posibilitará una codificación más coherente de normas de *ius cogens,* para la que será indispensable la utilización de los aportes del positivismo jurídico.

Asimismo, otra de nuestras metas es reinsertar el tópico en los campos de la doctrina y la jurisprudencia, en especial poniendo sobre la mesa la discusión sobre su base teórica. Una mayor cantidad de elementos teóricos favorecerá la solución de conflictos jurídicos, y en último término, el triunfo de la idea de *justicia* en casos reales. Esto puede resultar fundamental para solucionar algunos casos *duros*, como por ejemplo, aquellos conflictos en los que alguno de los Estados en conflicto no haya ratificado la mencionada *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, o aquellos casos en que por alguna *falla* de la estructura jurídica

Ir a editorialreus.es

positiva no se pueda aplicar esa Convención o cualquier otro Tratado o Convención que contenga normas de *ius cogens*[4].

Desde el punto de vista ético, que estimamos inescindible del jurídico, es nuestra intención que este tópico se aplique en defensa de los sujetos de derecho internacional más débiles, especialmente para situaciones de intervención injustificada, o afectadas por un uso ilegítimo de la fuerza, o de defensa de valores humanitarios emergentes. De esta forma, se podrá devolver a la balanza de la justicia su equilibrio natural, al menos en el plano teórico. Nos anima la idea de que tal vez pueda ser útil nuestro aporte para dar respuesta a los problemas en los que el perjudicado potencial sea la comunidad internacional considerada como un todo; como por ejemplo, en casos de experimentación con armas de destrucción masiva, de violación de derechos medioambientales, o del derecho de asilo. En definitiva, estimamos que todas estas herramientas doctrinales permitirán dotar de mayores argumentos a las decisiones de la CIJ —y a los demás tribunales internacionales— para que cesen dichas actividades perniciosas, en el caso de conductas prohibidas, o al revés, para que se pueda exigir su cumplimiento en el caso de la existencia derechos protegidos por normas imperativas de derecho internacional. Podrá asegurarse así la aplicación de normas identificadas de *ius cogens* incluso frente a aquellos Estados que han evitado ratificar las pertinentes convenciones, en un intento de *escape* a la aplicación del derecho internacional.

Desde nuestra óptica, estimamos que el *ius naturale* es tal vez el punto de vista que más puede ayudarnos a identificar cuáles son estas normas imperativas aplicables, en especial en aquellas zonas grises y hasta tanto no exista una lista más o menos sólida de normas identificadas como imperativas. Igualmente, y aunque no estamos en contra de estos catálogos de derechos y obligaciones —todo lo contrario— creemos que éstos serán siempre incompletos, como ya quedó demostrado con las Declaraciones y Convenciones sobre derechos humanos. Debido a la dinámica del mundo actual, la velocidad de los acontecimientos y su global repercusión, estamos obligados a trabajar con herramientas que sean lo suficientemente flexibles para adaptarse a los cambios y que permitan la efectiva solución de conflictos.

Somos conscientes de que indagar sobre la validez internacional de normas frente a las cuales todos los Estados debieran dar especial pro-

[4] Estados Unidos, por ejemplo, hasta la fecha no la ha ratificado la CVDT (a pesar de haberla firmado).

Ir a editorialreus.es

tección y primacía jurídica, es un anhelo de difícil realización, en especial frente a los Estados más poderosos. Sin perjuicio de ello, y con el convencimiento de que eso será posible en el futuro, se habrá cumplido con los primeros pasos de ese objetivo final si —como mínimo— se revaloriza en el campo teórico el tópico que aquí estudiamos. Dado que el camino a recorrer es largo, proponemos comenzarlo con un giro en la visión actual del tópico *ius cogens*, volviendo a los *clásicos,* como nos recomendara en más de una ocasión el profesor Marcelo Touriño[5], en sus inolvidables clases de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Creemos que de esta forma se podrán solucionar con mayor eficacia importantes conflictos de derecho internacional que se plantean hoy. Es nuestro deseo con este estudio aportar nuestro granito de arena a la causa final de los estudiosos del derecho, que en nuestra opinión no es otra que la realización de la *justicia.*

Aún una palabra más sobre el método utilizado en la presente investigación. Ya hemos anticipado que se trata del denominado *método tópico,* de origen aristotélico-tomista, enriquecido por los aportes realizados durante años por los destacados catedráticos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela: el Dr. Francisco Puy Muñoz[6]

---

[5] José Marcelo Touriño nació en Córdoba (Argentina). Es doctor en derecho y ciencias sociales (1994). Desde 1991 es profesor por concurso en la asignatura *Derecho Internacional Público* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Además, es especialista en Derechos Humanos por el Consejo de Europa (Barcelona-Estrasburgo, 1989). Fue profesor visitante en la *Jawaharlal Nehru University* (Nueva Delhi, India, 1996). Ha publicado diversos libros y artículos sobre su especialidad, entre ellos: *La Corte Penal Internacional y los desafíos que la acechan: un estudio crítico de su actuación a diez años de su puesta en funcionamiento* (University for Peace, 2012) y *Derecho Internacional y Poder Mundial* (Graziani Impresos, Córdoba, 2013). Fue disertante en las Universidades de Bolonia, Venecia, Estocolmo, Lucknow, Varanasi, Goa, Udaipur, Berlín, Santiago de Compostela, Vigo, Seúl y O'Higgins. Tuve el honor de ser uno de sus alumnos en el curso académico 2006 y luego de obtener mi título de abogado, fui adscripto a su cátedra de Derecho Internacional durante 2008 y 2009, en la referida Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

[6] Francisco de Paula Puy Muñoz nació en Cambil (Jaén) en 1936. Es licenciado en derecho (1953/58) y doctor en derecho (1961) por la Universidad de Granada, en ambos casos con premio extraordinario. Fue catedrático numerario de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela (1966-2006) y en la actualidad es catedrático emérito en la misma. Además, es académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia (1999) y miembro fundador del Instituto Jurídico Interdisciplinario de la Faculdade de Direito de la Universidade de Porto (2002). Ha

Ir a editorialreus.es

y la Dra. Milagros Otero Parga[7]. Hemos intentado ser fieles al mismo durante todo su desarrollo, con especial atención a la utilización de la dialéctica y la retórica, esperamos haberlo logrado.

Brevemente podemos decir que el *método tópico* tiene como punto de partida el estudio de un problema real, cuyos límites deben fijarse con la mayor precisión posible. En nuestro caso, ese problema real es la

---

llevado a cabo una actualización original de la doctrina clásica del derecho natural a la que él denomina Teoría Tópica del Derecho Natural. El Dr. Puy es Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2004); Doctor *honoris causa* en Derecho por la Universidad Santo Tomás de Chile (2004); Profesor *honoris causa* en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Belgrano (Argentina); Profesor Ilustre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina (sede de Rosario, 2005); Profesor Invitado Distinguido de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de México D. F. (2005); Gran Medalla Académica de la Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Alonso Larrañaga (2005); Magister *honoris causa* por la Escuela Judicial del Estado de México (2005); Huésped de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina, 2006); Evaluador del Plan Nacional de I+D de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva de España (ANEP-2007); Doctor *honoris causa* por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (Puebla de los Ángeles, México 2013).

[7] Milagros Otero Parga nació en Santiago de Compostela en 1960. Se licenció en derecho en la Universidade de Santiago de Compostela en 1983, en donde también obtuvo su título de doctorado en 1986. Su tesis fue dirigida por el profesor Francisco Puy Muñoz. Fue secretaria del Centro de Postgrado, Tercer Ciclo y Formación Continua de la Universidade de Santiago de Compostela (2001-2008) y directora del Colegio Mayor Rodríguez-Cadarso (1996-1997). En 2005 fue galardonada con la Medalla de Plata de Galicia. Ha realizado numerosas estancias de investigación, entre las que se estacan las realizadas en: la Escuela Judicial del Estado de México (2008), el Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (2006), la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (2003) y la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Chile (2002). Es miembro del comité asesor de la revista *Derecho y Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México. Actualmente es profesora titular y catedrática de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidade de Santiago de Compostela, en donde también se desempeñó como decana (2001-2005). Ha publicado numerosos artículos en revistas internacionales y entre sus libros podemos señalar: *La Filosofía del derecho Penal* en la Universidad de Santiago 1800-1970 (Madrid, 1987), *Valores Constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: Axiología jurídica* (Universidad de Santiago de Compostela, 2001), *Las fuentes del derecho* (México, 2001) y *Estudios de derechos humanos: la objeción de conciencia y la ética judicial* (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2003). Fue la primera mujer en ser admitida por la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación (2012). En agosto de 2015 fue elegida *Valedora do Pobo* por el Parlamento de Galicia, cargo que desempeña en la actualidad.

Ir a editorialreus.es

existencia de una gran dificultad práctica en la aplicación de la institución jurídica llamada *ius cogens*, que generalmente se justifica alegando la inconcreción del concepto teórico de *ius cogens*. Una vez determinado el significado del tópico por vía empírica, o sea, en su devenir histórico, el método tópico pasa a realizar la correspondiente valoración de los hechos ya fijados. Partimos de la hipótesis estimativa, de que la inaplicación del *ius cogens* daña la causa de la paz internacional entorpeciendo los procedimientos jurídicos del derecho internacional, mientras que su aplicación —por el contrario— la beneficiaría. Y finalmente, el método tópico pide a todo dictamen o estudio jurídico, que después de fijar los hechos y de valorarlos, proponga una o varias normas programáticas que tiendan a resolver o mitigar o reducir el problema considerado *ab initio*[8]. En nuestro caso, al finalizar este trabajo se proponen algunas vías de solución a las dificultades que traban la aplicación del tópico jurídico denominado *ius cogens* en la praxis internacional.

En cuanto a las fuentes utilizadas, sobre todo para fijar y describir objetivamente los datos que acreditan el empleo conflictivo del tópico *ius cogens*, hemos utilizado una trilogía básica que incluye aquellas de carácter doctrinal, judicial y legislativo. Entre las fuentes judiciales, hemos analizado sentencias, opiniones consultivas, votos razonados y opiniones disidentes realizadas por miembros de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Hemos decidido dejar fuera de análisis los pronunciamientos de otros órganos judiciales internacionales y nacionales que también se han hecho eco del tópico, entendiendo que la selección de fuente judiciales apuntada es suficientemente ilustrativa para comprender el estado actual de la cuestión y darle solidez a nuestras conclusiones[9].

---

[8] *Cfr.* Puy Muñoz, Francisco, *Tópica jurídica. Tópica de expresiones,* Editorial Porrúa, México, 2006; *Cfr.* Otero Parga, Milagros y Puy Muñoz, Francisco, *Una concepción prudencial del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

[9] Entre los órganos judiciales que quedarán fuera de nuestro estudio se encuentra la Corte Penal Internacional o Tribunal Penal Internacional, creada por el *Estatuto de Roma de 1998* (en vigor desde 2002) y que forma el sistema permanente internacional de persecución penal internacional que enjuicia los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Tampoco haremos referencia en este trabajo a las decisiones de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (que comenzó a funcionar en 2006 y que se encarga de aplicar e interpretar la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos), o de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc,* como el Tribunal

Ir a editorialreus.es

Con respecto a las fuentes normativas, hemos dado especial relevancia a los numerosos tratados internacionales vigentes elaborados en su gran mayoría bajo el auspicio de Naciones Unidas, así como a las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General, en su carácter de órgano político más representativo del *totus orbis,* que sirve también como manifestación de la *opinio iuris* de la comunidad internacional en su conjunto.

Finalmente, en relación con el amplio marco de las fuentes teórico-doctrinales, hemos utilizado las aportaciones de los denominados *fundadores* del Derecho Internacional Francisco de Vitoria (1483-1546), Francisco Suárez (1548-1617) y Hugo Grocio (1583-1645); así como las contribuciones de destacados exponentes del *iusnaturalismo* como Tomás de Aquino (1224-1274) o Alfred Verdross (1890-1980); y del *positivismo*, como Hans Kelsen (1881-1973), Herbert Hart (1907-1992) o Norberto Bobbio (1909-2004). Durante todo el trabajo también se hace referencia a numerosa bibliografía específica, obra de reconocidos juristas entre otros —por orden alfabético— los estudios de: José Acosta Estévez, Levan Alexidze, Eduardo Correia Baptista, Juan Antonio Carrillo Salcedo, Rafael Casado Raigón, Pedro Antonio Ferrer Sanchís, Antonio Gómez Robledo, Paul Guggenheim, Lauri Hannikainen, Robert Kolb, Adolfo Miaja de la Muela, Georg Schwarzenberger, Erik Suy y Jerzy Sztucki[10].

Penal para la ex Yugoslavia (TPIY) o el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Para una reseña sobre el *ius cogens* en estos tribunales penales especializados puede consultarse un interesante trabajo de Frederik Harhoff titulado «La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux». *Cfr.* Harhoff, Frederik, «La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux», en Tavernier, Paul (Dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale a l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 65-80.

[10] *Cfr.* Acosta Estévez, José B., «Normas de *ius cogens,* efecto *erga omnes,* crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional – 1995 Vol. XI*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, pp. 3-22; *Cfr.* Alexidze, Levan, «Legal Nature of *jus cogens* in Contemporary International Law», *Recueil des Cours – 1981 III,* Académie de Droit International, Martinus Nijhoff, t. 172, The Hague/Boston/London, 1982, pp. 219-268; *Cfr.* Baptista, Eduardo Correia, *Ius cogens em direito internacional,* Lex, Lisboa, 1997; *fr.* Carrillo-Salcedo, Juan Antonio, «Droit international et souveraineté des états : Cours général de droit international public», *Recueil des Cours – 1996,* Académie de Droit International, Martinus Nijhoff, t. 257, The Hague/Boston/London, 1997, pp. 35-221; *Cfr.* Casado Raigón, Rafael, *Notas sobre el ius cogens internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, reimp.

Ir a editorialreus.es

1ª ed., Córdoba (España), 1999; *Cfr.* Ferrer Sanchís, Pedro Antonio, "Los conceptos de «*ius cogens*» y «*ius dispositivum*» y la labor de la Comisión de Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional,* Instituto Francisco de Vitoria, Vol. XXI, nº 4, Madrid, 1968, pp. 763-780; *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio, «Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions», *Recueil des Cours – 1981 III,* Académie de Droit International, Martinus Nijhoff, t. 172, The Hague/Boston/London, 1982, pp. 9-217; *Cfr.* Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico*, Universidad Autónoma de México, 1ª reimp., México, 2003; *Cfr.* Guggenheim, Paul, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des Cours – 1949 I*, Académie de Droit International, Libraire du Recueil Sirey, t. 74, Paris, 1949, pp. 195-268; *Cfr.* Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Librairie de l'Université, Georg & Cie. S. A., t. I, Genève, 1953 (2ª éd., Genève, 1967); *Cfr.* Hannikainen, Lauri, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki, 1988; *Cfr.* Kolb, Robert, *Théorie du* ius cogens *international : Essai de relecture du concept,* Presses Universitaires de France, Paris, 2001; *Cfr.* Miaja de la Muela, Adolfo, "«Ius cogens» y «ius dispositivum» en Derecho Internacional Público", *Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra,* Vol. II, Santiago de Compostela, 1960, pp. 1121-1153; *Cfr.* Miaja de la Muela, Adolfo, *Introducción al derecho internacional público,* Ediciones Atlas, 3ª ed., Madrid, 1960 (6ª ed., Madrid, 1974); *Cfr.* Schwarzenberger, Georg, «The Fundamental Principles of International Law», *Recueil des Cours – 1955 I, Académie de Droit International, A. W. Sijthoff, t. 87, Leyde (Pays-Bas), 1956,* pp. 195-385; *Cfr.* Schwarzenberger, Georg, «International *jus cogens*?», in *Papers and Proceedings II, The Concept of jus cogens in International Law*, Conference on International Law (Lagonissi, Greece, April 3-8, 1966), Carnegie Endowment for International Peace, Genève, 1967, pp. 115-140; *Cfr.* Suy, Erik, «The Concept of *jus cogens* in Public International Law», *Papers and Proceedings II, The Concept of jus cogens in International Law,* Conference on International Law (Lagonissi, Greece, April 3-8, 1966), Carnegie Endowment for International Peace, Geneva, 1967, pp. 17-77; *Cfr.* Sztucki, Jerzy, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Springer-Verlag, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht – Supplementum 3, Wien & New York, 1974.

Ir a editorialreus.es

ÍNDICE

ABREVIATURAS, SIGLAS Y LATINISMOS 9

INTRODUCCIÓN 13

PRIMERA PARTE
DESCRIPCIÓN DEL TÓPICO

CAPÍTULO 1. EL DEVENIR HISTÓRICO DEL *IUS COGENS* 25
1.1. Apunte etimológico de la expresión *ius cogens* 25
1.1.1. El vocablo *ius* 26
1.1.2. La voz *cogens* 38
1.2. La expresión *ius cogens* y su devenir histórico 44
1.2.1. La expresión *ius cogens* en el derecho romano 45
1.2.2. Expresiones equivalentes 50
1.2.3. Esquema diacrónico de las apariciones de la expresión *ius cogens* 51
1.2.4. El *ius cogens* en los trabajos actuales de la CDI, los informes de Tladi 78
1.3. El *ius cogens* en la práctica judicial internacional 90
1.3.1. Casos en que se acepta o rechaza el tópico *ius cogens* 90
1.3.2. Balance de decisiones de los tribunales internacionales 103

CAPÍTULO 2. EL SIGNIFICADO TEÓRICO DE LA EXPRESIÓN *IUS COGENS* 107
2.1. Principales definiciones doctrinales del tópico *ius cogens* 108
2.1.1. Definiciones del *ius cogens* que miran a su contenido 112
2.1.2. Definiciones iusnaturalistas de *ius cogens* 112
2.1.3. Definiciones iuspositivistas de *ius cogens* 118

Ir a editorialreus.es

2.1.4. Definiciones historicistas de *ius cogens* 129
2.1.5. Definiciones del *ius cogens* que miran a sus efectos 132
2.2. Principales definiciones judiciales del tópico *ius cogens* 140
2.2.1. Definiciones contenidas en fallos y opiniones consultivas de la CIJ 141
2.2.2. Definiciones contenidas en fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH 143
2.2.3. Definiciones contenidas en las resoluciones del TEDH..... 144
2.2.4. Definiciones contenidas en opiniones separadas o disidentes de los jueces de los tribunales internacionales..... 145
2.3. Principales definiciones normativas del tópico *ius cogens* 147
2.4. Análisis de concomitancias y diferencias teóricas entre esas definiciones 150
2.4.1. Las definiciones sintéticas de *ius cogens* y la teoría de las causas 152
2.4.2. La definición sintética *básica* de *ius cogens* 157
2.4.3. Primer esbozo de definición sintética del tópico *ius cogens* ... 157
2.5. Las definiciones analíticas del *ius cogens* 158

SEGUNDA PARTE
VALORACIÓN DEL TÓPICO

CAPÍTULO 3. LA VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL..... 171
3.1. Valoración general y valoración jurídica 171
3.2. El valor justicia como criterio supremo de valoración jurídica 182
3.2.1. La *justicia* en Aristóteles 182
3.2.2. La *justicia* en Santo Tomás 185
3.2.3. La *justicia* en Francisco Suárez..... 187
3.2.4. El tópico de la *justicia* en el siglo XXI..... 189
3.3. Otros criterios de valoración jurídica..... 192
3.3.1. La *libertad*..... 193
3.3.2. La *igualdad* 195
3.3.3. El *pluralismo* 198
3.3.4. La *dignidad*, la *legalidad* y la *paz* 200
3.3.5. El valor jurídico *costumbre* y el valor jurídico *seguridad* 202
3.4. Nuestra imagen de las escuelas iusnaturalistas y las iuspositivistas 205
3.4.1. El positivismo jurídico 206
3.4.2. Análisis crítico del iuspositivismo..... 209
3.4.3. Las escuelas iusnaturalistas..... 211

Ir a editorialreus.es

CAPÍTULO 4. *IUS COGENS, IUS NATURALE* E *IUS GENTIUM*, CONSTITUCIÓN Y TRATADO 217
4.1. Conceptos básicos de *ius naturale* y de *ius gentium* 219
4.1.1. El concepto de *ius naturale* 222
4.1.2. El concepto de *ius gentium* 224
4.2. Contenido del *ius cogens* desde la perspectiva del derecho natural y del derecho de gentes 228
4.3. La comprensión del *ius cogens* desde el *ius naturale* y desde el *ius gentium*: similitudes y diferencias 233
4.4. Conceptos básicos de *constitución* y de *tratado* 236
4.4.1. El concepto de *constitución* o *ley fundamental* 239
4.4.2. El concepto de *tratado* 243
4.5. Contenido del *ius cogens* desde la perspectiva de la constitución o ley fundamental y desde el tratado internacional 245
4.6. La comprensión del *ius cogens* desde la *constitución* o *ley fundamental* y desde el *tratado*: similitudes y diferencias 250

CAPÍTULO 5. NUESTRA VALORACIÓN DEL *IUS COGENS* 257
5.1. Valor del *ius cogens* desde el punto de vista de las constituciones, el valor *legalidad* 258
5.2. Valor del *ius cogens* desde el punto de vista de los tratados, el valor *seguridad* 263
5.3. Valor del *ius cogens* desde el punto de vista del *ius gentium*, el valor *costumbre* 268
5.4. Valor del *ius cogens* desde el punto de vista del *ius naturale*, los valores *paz* y *justicia* 273
5.5. Nuestra definición sintética del *ius cogens* 276
5.6. Nuestra definición analítica del *ius cogens* 277
5.7. Reflexión conclusiva 281

TERCERA PARTE
PROPUESTAS DE APLICACIÓN ACTUAL DEL TÓPICO

CAPÍTULO 6. PROPUESTAS PARA LA APLICACIÓN DEL *IUS COGENS* EN LA ACTUALIDAD 285
6.1. *Descripción* y *valoración* como fuentes justificadoras del consejo, la propuesta o la programación de actuaciones jurídicas 285
6.2. Identificación de normas de *ius cogens* como herramienta de fundamentación y justificación de decisiones judiciales 288
6.3. Aplicación del tópico para la resolución de conflictos 294
6.4. Reinserción del tópico *ius cogens* en la doctrina y los trabajos actuales de la CDI 297

Ir a editorialreus.es

6.5. Elaboración de una *lista de mínimos* de normas y principios de *ius cogens* 301
6.6. Balance de estas propuestas..... 302

CONCLUSIONES 307

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN..... 315
1. Doctrina..... 315
2. Normativa legal, Proyectos y Documentos..... 332
3. Resoluciones y Opiniones Consultivas de tribunales internacionales 342
3.1. Resoluciones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) / Permanent Court of International Justice (PCIJ)..... 342
3.2. Resoluciones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) / International Court of Justice (ICJ) 342
3.3. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) / Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) 343
3.4. Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) / European Court of Human Rights (ECtHR) 345
4. Diccionarios y enciclopedias..... 346

Ir a editorialreus.es