

Ius Cogens y Derechos Humanos:

Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos

Carlos Zelada*

129

Sin duda alguna, el derecho que aquí se postula es una invención muy difícil. Si fuese fácil, existiría hace mucho tiempo. Es difícil, exactamente tan difícil como la paz, con la cual coincide.

JOSÉ ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*, «Epílogo para Ingleses».

1. Preliminar

Antes de comenzar con este ensayo —digamos *propriadamente*— quisiera llamar la atención del lector para que juntos pensemos por unos cuantos segundos en aquello a lo que solemos denominar *lo inmutable*. Detengámonos y pensemos en lo siguiente: ¿existe en verdad esta categoría para el campo del conocimiento humano? ¿No estamos quizás ante la abstracción obtenida de la negación de su evidente contrario? Sin entrar más en este problema —por razones de especialidad o simple falta de tiempo— creo

* Este ensayo ha sido posible gracias a la ayuda y soporte de tres grandes amigos, de allí esta singular dedicatoria: a Juan José Ruda, gran maestro y mejor amigo; a Sam Ericsson, por inspirarme a emprender nuevos desafíos en el camino y a comprender que todo lo bueno siempre toma tiempo; y a Johanna Blom, por su invaluable ayuda en mi corto éxodo por las tierras del norte.

que nos resulta bastante obvio que serán muy pocos los campos de estudio que en nuestra realidad tangible sigan el rumbo de lo perdurable. Tampoco serán pocos los que vean en el Derecho cierta tendencia hacia lo estático y constante, como una suerte de límite o “camisa de fuerza” del incontenible devenir histórico, todo ello por varias razones.¹ Creo, sin embargo, que aquellos que nos hemos decidido por esta vía, sabemos bien que el Derecho es por naturaleza contrario a la idea de lo invariable o permanente.

Y es que lo jurídico tampoco escapa a la formulación de esta regla general de cambio; el Derecho pertenece así, por esencia, al campo de lo dinámico. Dicho rasgo, especialmente manifiesto en algunos de sus ámbitos, es más que evidente cuando estamos en el campo del Derecho Internacional. El Derecho, como el mundo, evoluciona. Pero esta evolución es distinta a la acelerada movilidad de la realidad histórica: estamos así ante un cambio lento y progresivo que se encuentra condicionado a las modificaciones sufridas por la sociedad que se pretenda regular. La sociedad internacional de hoy —mixture de fuerzas en constante tensión— no es la excepción a este natural proceso de mutación. Algunas de sus características, sin embargo, son cualidades adquiridas con relativa cercanía temporal.

130 Hoy podemos afirmar, por ejemplo, que el Derecho Internacional de nuestros días es *universal* y, por tanto, distinto a la sociedad y al Derecho Internacional del *tiempo pasado*. Sin embargo, ello no ha significado un cambio abrupto o un corte “en seco” con relación a los momentos precedentes. Los cambios sucedidos son, en realidad, el fruto de esfuerzos progresivos orientados a la búsqueda de una comunidad internacional *de solidaridad* basada en la consecución de intereses comunes: un lento proceso que se inicia formalmente a mediados del siglo XX, cuando se renuncia a la utilización de estándares civilizatorios para justificar la negación a los pueblos autóctonos de los derechos de soberanía e igualdad. Bien se apunta a que:

Hoy podemos afirmar un Derecho Internacional *Universal* porque también lo es la sociedad internacional. Pero se trata de una cualidad relativamente reciente. Y eso, no sólo porque el mundo *habitado* no ha sido siempre el mundo *conocido*, sino también por la resistencia histórica a reconocer como miembros de una misma sociedad, y por ello, iguales en derechos y obligaciones, a aquellos grupos humanos que aun asentados de manera estable en un territorio y gobernados por sí mismos, no procedían del mismo tronco civilizatorio o no habían sido asimilados por él.²

No cabe duda de que el proceso histórico que ha significado la universalización de la sociedad internacional puede verse hoy de manera ciertamente más pacífica y sosegada

¹ Por ejemplo, tomando en cuenta que su dato más inmediato se llama “Estado”, y que la denominada “seguridad jurídica” es uno de sus valores más difundidos.

² REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. México D.F.: McGraw-Hill, 1997, pp. 11-21. Aunque, como bien señala el profesor Carrillo Salcedo, el Estado soberano y el

que hace algunos años. Finalizada ya la Guerra Fría y declaradas de modo más urgente las necesidades “comunes” a la humanidad, el rasgo es hoy bastante notorio; esto último inclusive sin perjuicio de las importantes reivindicaciones de los grupos particularistas,³ que en más de una ocasión han venido a fortalecer “inconscientemente” con sus argumentos las pretensiones de algunos de los más controvertidos conceptos de los sectores universalistas.⁴ La universalización de la sociedad internacional se ha convertido así en signo de nuestros tiempos.

sistema de Estados “son todavía, y seguirán siendo por mucho tiempo, piezas esenciales de la organización social y política de la comunidad internacional”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 151.

³ También llamados grupos “comunitaristas”, puede decirse de ellos en síntesis que son parte de un movimiento más amplio de crítica al liberalismo. Para estos grupos, todo intento por entender el mundo se sitúa con referencia a un contexto, y, por ende, toda decisión se encuentra ya predeterminada o condicionada por la cultura o paradigma del que uno es parte. En ese sentido, se cuestiona al movimiento universal en tanto pretende realizar una abstracción que olvida la raigambre comunitarista de los individuos, configurándose así un asolapado intento de “intervencionismo” del mundo occidental al interior de otras culturas.

⁴ En opinión de muchos, es precisamente al confrontar “al límite” ambas posiciones que el peso de la balanza suele inclinarse hacia los argumentos de los grupos universalistas “moderados”. Recomendamos revisar HERRERA LIMA, María. “Multiculturalismo. Una revisión crítica”. *Isegoría* n.º 14. Madrid, 1996, pp. 127-202. También: RAWLS, John. “El derecho de gentes”, y McCARTHY, Thomas. “Unidad en la diferencia: reflexiones sobre el derecho cosmopolita”; ambos trabajos publicados en: *Isegoría* n.º 16. Madrid, 1997, pp. 5-36 y 37-60, respectivamente. Aquí es evidente que el campo de mayor polémica es el de la pretendida universalidad de los derechos humanos. Para este tópico recomendamos revisar en su totalidad el estupendo trabajo de DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales: En teoría y en la práctica*. México D.F.: Gemika, 1994. También: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6.ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 132-184; GIUSTI, Miguel. *Alas y raíces. Ensayos sobre ética y modernidad*. Lima: PUCP, 1999, pp. 227-243; DE TRAZEGNIES, Fernando. “Democracia y derechos humanos”. Discurso de clausura a la reunión homónima llevada a cabo en la Universidad del Pacífico el 9 de diciembre de 1998. *Diario Expreso*, 15-18 de diciembre de 1998; SALMÓN, Elizabeth. “América Latina y la universalidad de los derechos humanos”. *Agenda Internacional* n.º 12. Año VI (enero-junio 1999). Lima: IDEI-PUCP, pp. 123-136; CÁCERES VALDIVIA, Eduardo. *Fundamentación, legitimidad y vigencia de los derechos humanos en la sociedad peruana* (trabajo inédito). Conferencia permanente sobre derechos humanos. Primera sesión sobre “Legitimación y fundamentación filosófica de los derechos humanos” organizada por APRODEH en agosto de 1999; GAMIO GEHRI, Gonzalo. *Sobre la justificación post-liberal de los derechos humanos* (trabajo inédito). Conferencia permanente sobre derechos humanos. Primera sesión sobre “Legitimación y fundamentación filosófica de los derechos humanos” organizada por APRODEH en agosto de 1999; HERNANDO NIETO, Eduardo. “¿Existen los derechos naturales?” *Derecho* n.º 49. Diciembre 1995. Lima: PUCP, pp. 331-341; VAN DER VYVER, Johan. “Universality and relativity of human rights: American relativism”. *Buffalo Human Rights Law Review* n.º 42, vol. 4, 1998, pp. 43-78; RUDA, Juan José. “Algunas consideraciones a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. En: NOVAK, Fabián y Juan José RUDA (editores). *Declaración universal de los derechos humanos: 50 años*. Lima: PUCP, 1999, pp. 87-105; y TUBINO

Universalización no significa, sin embargo, la concepción de un orden internacional ideal: con Estados respetuosos de las normas y en donde se halle ausente el conflicto. Creo que el Derecho Internacional de nuestro tiempo no apunta a ello. Al contrario, el proceso de universalización no hace sino afirmar la tensión constante que enfrenta la sociedad internacional contemporánea, sociedad que como nunca antes ha presenciado los horrores a los que ha sido capaz de llegar de mano de las decisiones de sus propios miembros. Síntomas de ello se perciben cuando la continua violación de los derechos humanos más fundamentales no se detiene, la presencia de regímenes dictatoriales todavía no es excepcional y la contaminación del medio ambiente persiste, por decir lo menos. Con todo ello, el Derecho Internacional no ha detenido su lenta pero segura marcha ascendente, a pesar de sus ya conocidas limitaciones.⁵

Por consiguiente, no debe errarse el enfoque: universalización es tan solo el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional por la búsqueda de espacios comunes vistos desde una postura “sincera” del orden internacional: sociedad donde todavía la yuxtaposición de intereses, la soberanía estatal y el denominador político son y seguirán siendo elementos de considerable y decisiva importancia. La realidad es así y no hay por qué cerrar los ojos ante ella. Lo importante es que esta dimensión del orden internacional, otrora absoluta, ahora se enfrenta paralela y dialécticamente a la fuerza de las concepciones antivoluntaristas del Derecho Internacional, hoy tan innegables como sus propias antítesis.⁶ Apunta el profesor Carrillo en este sentido cuando señala que:

[...] el Derecho Internacional tiene que ser entendido como un ordenamiento jurídico que en parte es el producto de la voluntad de los Estados y, a la vez, como una realidad normativa cuya parte esencial se impone desde el exterior de la voluntad

132

ARIAS-SCHREIBER, Fidel. “Derechos humanos y Multiculturalismo”. En: NOVAK, Fabián y Juan José RUDA (editores). *Declaración universal de los derechos humanos: 50 años*. Lima: PUCP, 1999, pp. 61-75.

⁵ Es errado denominar por ello “primitivo” al Derecho Internacional. Este campo es tan solo “diferente”, precisamente por la sociedad que pretende regular, distinta a la de los ordenamientos estatales internos. Véase, al respecto: VIRALLY, Michel. “Sobre el presunto carácter primitivo del Derecho internacional”. En: *El devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 104-116. Asimismo, la clásica obra de WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943. También: ZELADA ACUÑA, Carlos. “Cuando la fe no puede mover montañas: Cuestionando los fundamentos del Derecho Internacional público”. *Thémis. Revista de Derecho* n.º 42. Segunda Época. Lima, mayo 2001, pp. 203-211.

⁶ A este respecto recomendamos revisar PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*. 6.ª edición. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 50-70. También: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “El fundamento del Derecho Internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico”. *Revista Española de Derecho Internacional*. vol. 50, n.º 1, enero-junio 1998, pp. 13-31.

de los Estados e implica siempre una irreductible dimensión de heteronomía y, por consiguiente, de objetivismo, es decir, como principios y normas que obligan a los Estados al margen de su voluntad. Ambas dimensiones son necesarias para la comprensión del Derecho Internacional pues ninguna de ellas, por sí sola, puede justificar al Derecho Internacional: si éste fuese un mero producto de la voluntad, no podría obligar a los Estados, y si realmente obliga a los Estados, no puede ser un mero producto de su voluntad.⁷

El giro conceptual que ha representado este proceso de la sociedad internacional ha generado importantes consecuencias prácticas. Entre los signos de este cambio, es sin duda el proceso de *humanización*⁸ del Derecho de gentes, uno de los rasgos más destacables. Y es precisamente en este contexto que se han forjado dos importantes conceptos. De un lado, la noción del *ius cogens* o normas imperativas en el orden internacional y, del otro, el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos.

Ambos conceptos, evidencia de los rasgos antivoluntaristas que hoy conviven con la concepción clásica del orden jurídico internacional, suelen confundirse de modo no poco frecuente en cuanto a sus alcances, relación y propósito. En este ensayo intentaremos ingresar brevemente en las características particulares del primero de estos conceptos, para así diferenciar sus rasgos esenciales y compartidos con relación a los derechos humanos. Todo ello, precisamente para intentar una claridad conceptual que permita alejarnos de las críticas de quienes han visto en estos conceptos el germen de un relativismo que acentúe más las pretendidas “carencias” del Derecho de gentes.

133

2. ¿Qué es el *ius cogens*? Aproximaciones al concepto

“Tout acte illicite international [...] pourrait être élevé au rang de droit si l’on en faisant le contenu d’un traité”. La memorable afirmación de Jellinek⁹ es, sin duda, un estupendo comienzo para intentar explicar el giro conceptual que la noción de *ius cogens* encierra. ¿Existe un orden público en el Derecho Internacional? Si así fuere, ¿desde cuándo ha adquirido este tal singular característica?

⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Op. cit.*, pp. 30-31.

⁸ El concepto de “humanización” ha sido anotado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 38-40. El mismo autor señala, además, que: “Desde fines de la Primera Guerra Mundial, y sobre todo a partir de 1945, el Derecho internacional viene experimentando, simultáneamente, un triple proceso de *institucionalización*, de *socialización* y de *humanización* que le distancian profundamente de los rasgos que habían caracterizado al Derecho internacional tradicional [...]. En efecto, [...] el Derecho Internacional [...] es hoy muy diferente del Derecho Internacional clásico”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 15.

⁹ Citado por DE VISSCHER, Paul. *Cours Général de Droit International Public*. RCADI (1972-II), t. 136, p. 102.

Hablar del *ius cogens* nos enfrenta a un tópico que por naturaleza parece resultar ciertamente extraño y hasta misterioso para el Derecho Internacional. La noción genera esta percepción en tanto descarta de plano afirmaciones tan frecuentes en el plano de la sociología política y de las relaciones internacionales como las que sostienen que “el Derecho internacional incita permanentemente a la hipocresía, o la que inclusive pretende que el Derecho internacional es en el mejor de los casos una comedia, y en el peor, un peligro virtual”.¹⁰ Como apuntara hace algunos años el profesor Remiro, la afirmación de la existencia de normas imperativas en el Derecho internacional pareciera que “sólo puede sustentarse en una fe —que mueve montañas— o en la conspiración de los truhanes que se aprovechan de ella para santificar con los principios más elevados sus comportamientos políticos”.¹¹ El concepto encarna así la antípoda de estas cínicas valoraciones del Derecho internacional siendo la expresión jurídica de una *aspiración ética* que, como veremos, tiene larga data.

2.1. El nacimiento del *ius cogens*

134

La mayoría de nosotros ha oído hablar del *ius cogens* precisamente al revisar la nulidad de los tratados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Pero del *ius cogens* se ha dicho mucho más que esto y de muchas maneras. Así, ya desde antes de tal esfuerzo codificador, el *ius cogens* fue objeto de un largo debate que pasó por diversas fases, un debate iniciado —precisamente— en las concepciones voluntaristas más radicales del Derecho Internacional.

No es nuestra intención repetir lo dicho en la ya innumerable cantidad de trabajos que abundan sobre el origen del concepto.¹² Quisiéramos, más bien, situar la atención del

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en perspectiva...*, p. 173.

¹¹ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Op. cit.*, p. 22.

¹² Aquí la bibliografía obligatoria es, por suerte, extensa y muy rica, aunque no siempre de fácil acceso. Consideramos que no deben dejar de revisarse: ALEXIDZE, Levan. *Legal nature of jus cogens in contemporary international law*. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 219-271; BARBERIS, Julio. “La liberté de traiter des États et le *ius cogens*”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht*. Vol. 30, 1970. Max Planck Institut, pp. 19-45; CHRISTENSON, Gordon. “Jus cogens: Guarding interests fundamental to International Society”. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 28, 1998, pp. 585-648; DANILENKO, Gennady. “*Jus Cogens*: Issues of Law-Making”. *European Journal of International Law*, 1991, vol. 2, n.º 1, pp. 42-65; D’AMATO, Anthony. “It’s a bird, it’s a plane, it’s *ius cogens*!”. *Connecticut Journal of International Law*. Vol. 6, n.º 1, Fall 1990, pp. 1-6; DE HOOGH, Andre. *Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the International Responsibility of States*. La Haya: Kluwer Law International, 1996; DE HOOGH, Andre. “The relationship between *ius cogens*, obligations *erga omnes* and International crimes: peremptory norms in perspective”. *Austrian Journal of Public and International Law* n.º 42 (1991), pp. 183-214; DE VISSCHER, Charles. “Positivisme et ‘*ius cogens*’”. *Revue Générale de Droit International Public* n.º 75, 1971,

lector en lo que ha sido su desarrollo a partir del fenómeno de universalización de la sociedad internacional. A primera vista podemos señalar que el problema hoy con el *ius cogens* no es más el debate por su existencia sino el de la determinación de su contenido. Sin embargo, hacia comienzos del siglo XX, el panorama era distinto. En esos días, la mayor parte de los publicistas postulaba una interpretación de tipo *voluntarista* del Derecho internacional, que declaraba una absoluta libertad para los Estados con relación a las materias a regularse mediante la fuente convencional. El Derecho de gentes, a diferencia de los Derechos internos, carecía pues de normas superiores que limitasen por su sola formulación la libertad de acción de sus sujetos. Y así, aunque muchos de los negadores del *ius cogens* veían con agrado la incorporación de la noción al orden positivo internacional, estos señalaban que la inclusión de una noción de tal magnitud solo resultaba posible en sistemas jurídicos altamente organizados

pp. 5-11; FORD, Christopher. "Adjudicating *ius cogens*". *Wisconsin International Law Journal*. Vol. 13, n.º 1, pp. 145-181; FROWEIN, Jochen Abr. "*Jus Cogens*". En: R. Bernhardt (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 3, 1992, pp. 65-69; GAJA, Giorgio. *Jus cogens beyond the Vienna Convention*. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 271-316; GALINDO POHL, Reynaldo. "*Jus Cogens*". *Actas del Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977, pp. 203-233; GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 9-127 (el mismo trabajo también ha sido publicado en español bajo el título: *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982); HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory norms (jus cogens) in International Law. Historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988; JUSTE RUÍZ, José. "Las obligaciones '*erga omnes*' en Derecho internacional Público". En: *Estudios de Derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Adolfo Miaja de la Muela*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 219-233; MAAN, F. A. "The doctrine of *ius cogens* in International Law". En: *Further Studies in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990, pp. 84-102; MAREK, Krystyna. "Contribution à l'étude du *ius cogens* en Droit International". En: *Recueil D'Études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra: 1968, pp. 426-459; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. "*Ius cogens* y *Ius dispositivum* en Derecho Internacional Público". En: *Estudios Jurídico Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*. Tomo II. Zaragoza: Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 1121-1153; NISOT, Joseph. "Le '*ius cogens*' et la Convention de Vienne sur les traités". *RGDIP*, n.º 76, 1972, pp. 692-697; SCHWARZENBERGER, G. "International *ius cogens*?" En: *Texas Law Review*, 1965, pp. 455-477; SCHWELB, Egon. "Some aspects of International *Jus Cogens* as formulated by the ILC". *American Journal of International Law*. Vol. 61, 1967, pp. 946-975; SIMMA, Bruno y Philip ALSTON. "The sources of Human Rights Law: Custom, *Jus cogens* and General principles". *Australian Yearbook of International Law*. Vol. 12, 1992, pp. 82-108; SINCLAIR, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester University Press, 1973, pp. 110-145; SUY, Erik. "The concept of *Jus Cogens* in Public International Law". Conference on International Law, Lagonissi, 3-8 April 1966, Ginebra, 1967, pp. 17-77; y VIRALLY, Michel. "Reflexiones sobre el '*Jus Cogens*'". En: VIRALLY, Michel. *El devenir del Derecho internacional...*, op. cit., pp. 164-189 (el texto original se publicó bajo el título "Réflexions sur le '*ius cogens*'" en el *Annuaire français de droit international*. Vol. XII, Paris, CNRS, 1966, pp. 5-29).

y efectivos en la sanción de las violaciones a sus normas. Dejemos por un instante que el profesor Schwarzenberger, férreo opositor al *ius cogens*, exponga sus precisiones de 1967 en cuanto a esta postura:

Unlike municipal law, international customary law lacks rules of *ius cogens* or international public policy, that is, rules which, by consent, individual subjects of international law may not modify. In fact, *jus cogens*, as distinct from *jus dispositivum*, presupposes the existence of an effective *de jure* order, which has at its disposal legislative and judicial machinery, able to formulate rules of public policy, and, in the last resort, can rely on overwhelming physical force.¹³

El primer hito en contra de esta postura fue puesto por el profesor Alfred von Verdross cuando, en su célebre ensayo “Forbidden treaties in International Law”¹⁴ postulaba la existencia de reglas en el sistema internacional sobre las que no era posible pactar en contrario; la doctrina comenzaba a dar cuenta de que, en el Derecho internacional, algunas reglas o “principios” se encontraban en un plano superior en razón de su contenido particular. Algunos años más tarde, Verdross diría, pues, que el *ius cogens* “[...] does not exist to satisfy the needs of the individual State but in the higher interest of the whole international community”.¹⁵

136 La huella dejada por el profesor austríaco comenzó a despertar el interés por lo que hasta ese entonces se consideraba *une question d'un intérêt pratique minime*. En los años siguientes encontramos, así, un considerable grupo de autores que abogaban por la nulidad de ciertos tipos de acuerdos internacionales por considerarlos de contenido inmoral. Para ellos, inclusive el “primitivo” Derecho internacional debía poseer límites pues, como señalaba Lord McNair, “[...] it was difficult to imagine any society, whether of individuals or of States, whose laws set no limits whatever to freedom of contracts”.¹⁶ Con dos posturas sobre el tema, se iniciaba una importante polémica doctrinal que vio enfrentarse a los clásicos autores del Derecho de gentes, pasando por Brierly, Lauterpacht, Guggenheim, Kelsen, Anzilotti, Rousseau, entre otros.¹⁷ A todo ello se sumaban ya algunas importantes opiniones disidentes y separadas de magistrados de la Corte Internacional de Justicia (y su antecesora) en sus fallos y opiniones consultivas,

¹³ SCHWARZENBERGER, G. *A Manual of International Law*. Citado por: TUNKIN, Grigory. *International Law in the International system*. RCADI (1975-IV), t. 147, pp. 86-87.

¹⁴ VERDROSS, Alfred von. “Forbidden treaties in International Law”. *American Journal of International Law*. Vol. 31, 1937, pp. 571-577.

¹⁵ En este sentido, véase también: VERDROSS, Alfred. “*Ius dispositivum* and *ius cogens* in International Law”. *American Journal of International Law*. Vol. 60, 1966, pp. 55-63.

¹⁶ McNAIR, A. *The Law of treaties*. Oxford, 1961, pp. 213-214.

¹⁷ Para un completo análisis de las posturas formuladas por estos autores, revítese: ZELADA ACUÑA, Carlos. “Reflexiones recientes en torno a la noción de *ius cogens* en el Derecho internacional público: una aproximación a su relación con el concepto de derechos humanos” (Tesis). Lima, PUCP, 2001.

claro que en esta vía la afirmación de la presencia efectiva del concepto era bastante más tenue.¹⁸

Finalmente, la polémica se decidiría en favor de los defensores del concepto. Los sucesivos proyectos presentados ante la Comisión de Derecho Internacional por los relatores de turno para la codificación del Derecho de los tratados recogerían la noción como parte integrante del orden internacional vigente,¹⁹ quedando así el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

El *ius cogens* pasaba así a formar parte del Derecho positivo, aterrizando por fin del campo de los sueños de los autores que postulaban un fundamento metafísico del Derecho de gentes al espacio del orden internacional plenamente reconocido. Y esto, precisamente porque ya para 1969 podía hablarse de una comunidad internacional universal, característica y requisito por demás discutible en otras etapas.

137

Sobre la redacción del artículo 53 se han realizado varias críticas —a mi juicio demasiado duras— en tanto se ha preferido definir al *ius cogens* por sus efectos antes que por su esencia.²⁰ Pero no debe pasarse por alto que esta convención tiene como materia el

¹⁸ Fueron las opiniones disidentes del juez Schücking en el caso *Wimbledon* (1923) y el asunto *Oscar Chinn* (1934) las primeras en las que se abordó esta temática.

¹⁹ Así, Lauterpacht señalaría que: “It would be thus appear that the test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (*ordre international public*)”. *ILC Yearbook*, 1953, vol. 2, p. 90. A su turno, Fitzmaurice señalaba que la nulidad de un tratado “involves a departure from on conflicts with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of *jus cogens*”. *ILC Yearbook*, 1958, vol. 2, p. 27. Finalmente, Waldock apuntaría que “a treaty is void if its object or its execution involves the infringement of a general rule of international law having the character of *jus cogens*”. *ILC Yearbook*, 1963, p. 52.

²⁰ LACHS, Manfred. *The development and general trends of International Law in our time. General Course in Public International Law*. RCADI (1980-IV), t. 169, p. 206: “The definition contained in what has become Article 53 of the Convention on the Law of Treaties is not a perfect one (it gives priority to the effects of *jus cogens*, instead of its substance). However, the criticism that it makes the articles in question subordinate to ‘un *jus cogens* dont la teneur était indéterminable de l’aveu de la Commission du droit international elle-même’ —is, as the above analysis reveals, unjust”. También: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *International Law in the past third of a century*. RCADI (1978-I), t. 159, p. 64, señala que “this definition has been described as a circular

Derecho de los tratados; por tanto, resulta lógico y hasta predecible que lo recogido exprese los efectos de la noción únicamente sobre los tratados. De otro modo, y tomando en cuenta que el concepto resultaba todavía extraño para algunas de las más importantes delegaciones de Estados asistentes a la Conferencia de Viena, poco o nada se habría podido hacer para consagrar positivamente la noción. Y es que lo que para algunos podía tildarse de solo un “modesto” avance, en realidad era un paso gigantesco para el sistema internacional de entonces. Quizás, si se hubiese optado por una visión más completa de sus alcances habríamos tenido que esperar muchísimo más para ver su nacimiento en el Derecho positivo.

2.2. Los elementos del *ius cogens*

Han sido varios los intentos por definir el *ius cogens* en razón de sus elementos y su esencia.²¹ Así, las clasificaciones realizadas por los diferentes autores han señalado diversos caracteres esenciales, lo cual ha generado ciertamente un poco de imprecisión y, por qué no decirlo, hasta confusión de elementos. En todo caso, podemos decir que una síntesis de lo dicho por ellos permite decir que el *ius cogens* tiene en su configuración esencial la suma paralela de tres elementos. Los dos primeros, imperatividad y pertenencia al Derecho internacional general, responden a un elemento de tipo formal; mientras que el tercero, la expresión de los intereses superiores de la comunidad internacional, más bien responde a un elemento de fondo.

138

2.2.1. Norma de Derecho Internacional general

Advierte Gómez Robledo que cuando la Convención de Viena de 1969 habla de “normas imperativas de Derecho internacional general” ha considerado primero la diferencia antes que el género próximo del fenómeno.²² En efecto, el lector cuidadoso habrá podido notar que el *ius cogens* pertenece por género al Derecho internacional general, y que dentro de él se constituye como especie diferenciada al ser norma imperativa.

El hecho de que el *ius cogens* esté constituido de manera exclusiva por normas de Derecho internacional general nos muestra que sus preceptos gozan de un carácter

one because its main element is that of ‘no derogation’ (which really means ‘no contracting-out’) while the article itself establishes as the effect of the rule that if such derogation is attempted, then the treaty will become void. This description of *jus cogens* fails to apprehend its real essence, since the definition is based on the legal effects of a rule and not on its intrinsic nature; it is not that certain rules are rules of *jus cogens* because no derogation from them is permitted; rather, no derogation is allowed because they possess the nature of rules of *jus cogens*”.

²¹ Otras clasificaciones pueden ser encontradas en: VIRALLY, Michel. *Reflexiones sobre...*, p. 167; y GALINDO POHL, Reynaldo. *Op. cit.*, pp. 208-210.

²² GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Op. cit.*, p. 96.

universal; y de ello se desprende que el *ius cogens* requiere de una sociedad universal para poder hablar de normas con dicho alcance. Como ya hemos referido, en el momento en que la Conferencia de Viena se venía llevando a cabo (y hoy de modo más latente) ya podía considerarse que tal supuesto se verificaba en los hechos. Con esto además se reconocen dos importantes consecuencias: la primera, que tan solo en virtud de otra norma de *ius cogens* se podría modificar una norma que ya goce de dicho carácter (que aparece expresamente en el texto del artículo 53.^o), y la segunda, que podemos encontrar normas de Derecho internacional general fuera de las que pertenecen al *ius cogens*.

La universalidad que venimos predicando implica, en el orden práctico, que el conjunto de valores superiores²³ —dimensión axiológica— que encarna el *ius cogens* no conoce límite geográfico para su aplicación; es decir, su protección alcanza inclusive a los grupos de Estados e individuos ajenos al horizonte occidental. Se descarta así la idea de un *ius cogens* regional, pues la vocación del concepto es ser universal.²⁴

Pregunta legítima en este punto es aquella sobre la naturaleza del tan mentado “Derecho Internacional General”. Virally lo define como “el conjunto de normas aplicables a todos los estados miembros de la sociedad internacional, por oposición a las normas internacionales aplicables sólo a algunos de ellos y que constituyen el Derecho internacional particular; ya sea regional, local o bilateral”.²⁵ En virtud de esta condición, el *ius cogens* se configura como una doble barrera para los Estados: de entrada, porque cuando un nuevo Estado se integra a la sociedad internacional no puede sustraerse a sus preceptos en modo alguno (lo que sí podría ocurrir con las normas consuetudinarias y convencionales carentes de dicho *status* —es decir, propias del Derecho dispositivo— al aparecer indistintamente, por efecto de la sucesión normativa, nuevas costumbres y tratados que sobre el mismo supuesto establezcan obligaciones y derechos distintos);²⁶

²³ O, como el profesor PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Op. cit.*, p. 731, ha denominado “necesidades mínimas y absolutas de la sociedad internacional”. Véase *infra* 2.2.3.

²⁴ En todo caso, si existiese un *ius cogens* regional, siempre estaría subordinado al *ius cogens* mundial; con lo que su carácter cogente estaría de inicio viciado.

²⁵ VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, p. 174.

²⁶ Como señala Cassese: “[...] since treaties and custom are on the same footing, it follows that the relations between rules generated by the two sources are governed by those general principles which in all legal orders govern the relations between norms deriving from the *same* source: *lex posterior derogat priori* (a later law repeals an earlier law), *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (a later law, general in character, does not derogate from an earlier law which is special in character), and *lex specialis derogat generali* (a special law prevails over a general law). Furthermore, both categories of norms can regulate any subject matter and in any manner be decided upon by the parties concerned: the only limitation derives from peremptory rules of *ius cogens*; they place a clear restraint on the otherwise unbridled freedom of States”. CASSESE, Antonio. *International Law in a divided world*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 180. En el mismo sentido, Julio Barberis señala que: “[...] un tratado prevalece sobre una costumbre anterior y, a su

y de salida, porque no tiene la posibilidad de retirarse de sus alcances aun cuando quiera hacerlo con otros Estados o sujetos.

El lector perspicaz habrá notado que la precisión del artículo 53 con relación a la mutabilidad del *ius cogens* únicamente en virtud de una norma de la misma naturaleza no es ociosa. Y es que el *ius cogens* no es el Derecho natural;²⁷ al contrario, el *ius cogens* evoluciona y se adapta progresivamente a las necesidades superiores de la sociedad internacional.²⁸ Aunque el *ius cogens* provenga de una base originalmente metajurídica, moral o ética, finalmente se expresa mediante normas positivas. No se constituye, entonces, como una categoría aparte o distinta de las demás normas del orden internacional: se integra al orden jurídico como todas las demás normas del Derecho de gentes, es decir a través del sistema de fuentes.²⁹ Sin embargo, resulta

vez, que una costumbre posterior tiene primacía respecto del tratado. Este principio no se aplica cuando la norma consuetudinaria anterior tiene carácter de *jus cogens* pues, como ya se ha expuesto, éste no puede ser derogado por un tratado”. BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 112.

140

²⁷ Como señala Weil: “Du fait même de cette intériorisation au système, le *jus cogens* a beau ressembler à certains égards au droit naturel, il n’est pas du droit naturel. L’inquiétude et positivistes d’être en présence d’un avatar du droit naturel n’est, en principe, pas justifiée, même si, pratiquement, comme on le verra, les risques n’en sont pas moins grands. Tel est donc le contenu essentiel de cette théorie: les Etats ne sont pas libres de déroger d’un commun accord à certaines règles de droit international; les règles ayant le caractère de ‘normes impératives du droit international général’ s’imposent à eux comme des règles supérieures auxquelles leur volonté ne peut pas porter atteinte”. WEIL, Prosper. “Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public”. *RCADI* (1992-VI), t. 237, p. 267.

²⁸ La idea de un *ius cogens superveniens*, consagrada en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, revela que el concepto no fue pensado para ser inmutable.

²⁹ A este respecto señala Danilenko que: “[...] after the Conference the particular formulation of Article 53 of the Vienna Conference in the Law of Treaties was used to support the contention that a new source of ‘general international law’ was emerging. Commentators regarded Article 53, according to which a peremptory norm of general international law is a norm ‘accepted and recognized’ as such by ‘the international community of states as a whole’, as evidence of ‘a new source, one that manifestly involves an intent of the community, as expressed in a community-wide forum, to create norms directly.’ The proponents of this view argue that the traditional sources of international law listed in Article 38(1) of the Statute of the ICJ do not represent the international community as a whole. They claim that this community may assemble only in the UN General Assembly or at a universal international conference. They also draw attention to the fact that Article 53 contains no reference to any element of practice. Consequently, the conclusion is made that formation of general peremptory rules can hardly be conceived as a strengthened form of custom. It is more like that an autonomous, original mode of formation of ‘general rules’ not based on practice is involved. However, a careful examination of the negotiation record relating to the notion of *jus cogens* does not support the view that the acceptance of Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties implied the recognition of a new source of general international law. [...] Yet the evidence shows that in elaborating the notions of *jus cogens* the ILC nowhere mentioned the possibility of introducing a higher source of law for determining ‘higher law’. In

obvio que no todos los mecanismos de creación de normas en el Derecho internacional pueden originar normas con tal carácter; solo lo podrán hacer aquellas que originan normas de Derecho internacional general: por lo pronto, la costumbre es la fuente de primera mano a este respecto.^{30 31}

En el fondo, la universalidad arriba referida nos lleva de retorno a lo que se ha denominado en la doctrina y jurisprudencia como obligaciones *erga omnes*. Como ya dijera la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*, estas son

fact, the ILC did not pay much attention to the question of sources of peremptory norms. [...] At the Vienna Convention on the Law of Treaties there was a clear tendency to regard *jus cogens* as the product of the existing sources. [...] Subsequent developments confirm the absence of any special source for *jus cogens* rules. The ILC stated in 1976 that ‘in reality there is, in the international legal order, no special source for creating “constitutional” or “fundamental” principles’”. DANILENKO, Gennady. *Op. cit.*, pp. 48-49.

³⁰ Se ha sostenido, sin embargo, que podría hablarse aquí también de los tratados multilaterales de alcance universal. Sin embargo, es precisamente porque estos tratados se tornan costumbre internacional y no por su naturaleza convencional que se origina el hecho de que sus disposiciones le sean oponibles inclusive a los sujetos que no se encuentren contractualmente vinculados por estos, salvo el caso del objetor persistente.

³¹ JUSTE RUÍZ, José. *Op. cit.*, p. 221. El autor refiere, además, que tal figura no ha sido recogida de la doctrina del Derecho privado, puesto que esta se ha referido más bien a la noción inversa, es decir a los derechos absolutos o *erga omnes*. En un excelente trabajo, y contrariamente al sentir de la mayor parte de la doctrina, Weil señala el carácter nocivo que la introducción de un concepto como este traería a futuro al Derecho Internacional: “[...] by placing the emphasis on ‘legal conscience’ it helps to ensure the primacy of ethics over the aridity of positive law. [...] In view of the multiplication of states and their increasing diversity, this will to transcend the traditional international society made up of juxtaposed egoisms, and to forge an international community animated by the quest for the ‘common good’ and ‘common values’, is all the more precious. One could even see in it an unexpected return to the historic sources of international law: to ‘irreducible natural law’, no doubt. [...] Accordingly, the potential negative consequences of the relativization of international normativity must at worst be regarded as secondary effects of changes that in themselves are beneficial”. WEIL, Prosper. “Towards relative normativity in International Law?” *American Journal of International Law*. Vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 422-423. En general, sobre las obligaciones *erga omnes* recomendamos revisar: ACOSTA, José. “Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”. *Anuario de Derecho Internacional* n.º XI, 1995, pp. 3-22; BYERS, Michael. “Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules”. *Nordic Journal of International Law* n.º 66, 1997, pp. 211-239; CZAPLÍNSKI, Władysław. “Concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* in International Law in the light of recent developments”. *Polish Yearbook of International Law* n.º 23, 1997-1998, pp. 87-97; KLABBERS, Jan. “The scope of International Law: *Erga Omnes* obligations and the turn to morality”. En: *Liber Amicorum Bengt Broms*. Helsinki: International Law Association, 1999, pp. 149-179; RAGAZZI, Maurizio. *The concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997; ROSENNE, Shabtai. “Some reflections *erga omnes*”. En: *Essays in honour of judge Christopher Weeramantry*. La Haya: Kluwer Law International, 1998, pp. 509-525; y ZEMANECK, Karl. “New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* n.º 4, 2000, pp. 1-52.

“obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto que, por su naturaleza misma, conciernen a todos los Estados”; o, como el profesor Juste Ruíz las califica, son situaciones jurídicas objetivas con eficacia universal creativa o extintiva de obligaciones internacionales. El carácter *erga omnes* de estas obligaciones ocasiona que todos los sujetos de la comunidad internacional queden vinculados por ellas, al margen de su consentimiento particular, una suerte de acuerdo universal que obliga a todos y que permite a su vez dotar a la comunidad internacional en conjunto de una *actio popularis* al respecto.³²

Definitivamente, las diferencias entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* son bastante sutiles, tanto más cuando la doctrina y aun los fallos de la Corte Internacional de Justicia no han sido demasiado “felices” al momento de referir sus respectivos alcances. Pero es obvio que ambos son conceptos distintos,³³ tanto más cuando existen claros ejemplos de obligaciones *erga omnes* que carecen de naturaleza cogente. En ese mismo sentido, las obligaciones *erga omnes* —al igual que las normas de Derecho internacional general— representan un espectro más amplio que las normas de *ius cogens*. De esta manera, todas las obligaciones derivadas de normas de *ius cogens* poseen naturaleza *erga omnes* (mejor dicho: deben poseerla), pero no se da lo contrario. Y es que la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones emanadas de las normas cogentes es solamente una consecuencia y no la causa de su caracterización como tales. Dicho en otras palabras, mientras que el *ius cogens* indica el *status* legal de una norma, las obligaciones *erga omnes* nos muestran las implicancias o consecuencias a partir de dicha condición cogente. Los efectos *erga omnes*, entonces, no son exclusivos de las normas cogentes.³⁴

142

³² Para Juste: “[...] de un modo u otro, pues, las llamadas ‘obligaciones *erga omnes*’ parecen haber existido desde siempre en el seno del Derecho Internacional que, obstaculizado por los planteamientos puramente voluntaristas, ha tardado sin embargo largo tiempo en descubrir su presencia”. JUSTE RUÍZ, José. *Op. cit.*, p. 220.

³³ Señala Meron que “Protection from slavery and racial discrimination, the examples of basic human rights mentioned by the Court, may well reflect its conception of norms of *jus cogens*, which it did not explicitly spell out; but rights characterized by an *erga omnes* reach are not necessarily identical with *jus cogens*. Despite a certain overlap, the latter is narrower than the former”. MERON, Theodor. “On a hierarchy on international human rights”. *American Journal of International Law*. Vol. 80, 1986, n.º 1, p. 11. También: BASSIOUNI, M. “Cherif. International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”. *Law & Contemporary Problems*. Vol. 56, n.º 4, 1996, pp. 63 y ss. También, Randall señala que “traditionally international law functionally has distinguished the *erga omnes* and *jus cogens* doctrines. [...] *Jus cogens* means compelling law. The *jus cogens* concept refers to peremptory principles of norms from which no derogation is permitted, and which may therefore operate to invalidate a treaty or agreement between States to the extent of the inconsistency with any such principles of norms”. RANDALL, Kenneth. “Universal Jurisdiction under International Law”. *Texas Law Review*. Vol. 66, 1988, p. 830.

³⁴ Sin que el juego de palabras resulte ocioso, podemos afirmar entonces —en este incierto y todavía poco explorado tópico— que los efectos *erga omnes* no tornan a la norma en cogente. Es,

2.2.2. Norma imperativa

El primer elemento referido en el artículo 53.º de la Convención de Viena es la imperatividad, y como ya hemos referido “no toda norma universal es *ius cogens*, sino solamente la norma universal que no admite acuerdo en contrario”. Antes, sin embargo, debe recordarse que “norma imperativa” no es sinónimo de “norma obligatoria”. Como señala Virally,³⁵ todas las normas de Derecho internacional son, en principio, obligatorias para los Estados que se hayan vinculados a ellas. El *ius cogens* no es la excepción a esta regla; ¿cuál es la diferencia entonces? El comentario siguiente es bastante esclarecedor:

En el orden internacional [...] debido a que los sujetos de Derecho son al mismo tiempo los creadores de las reglas que se les aplican, ya sea por medio de un tratado o por su participación en la elaboración de una regla consuetudinaria [...] resulta, naturalmente, que los Estados al haber participado en la creación de una norma puedan también derogarla, pero desde luego un Estado no puede sustraerse de la aplicación de una regla de Derecho internacional más que en sus relaciones con otro Estado que lo acepta asimismo. En otras palabras, las normas de Derecho internacional suelen constituir lo que se llama el derecho “resolutivo”, cuando el *jus cogens* se caracteriza precisamente por el hecho de que prohíbe dicha derogación en las relaciones mutuas entre dos Estados. Esto significa que un Estado no puede liberarse de las obligaciones que le impone una norma de *jus 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.³⁶

143

La connotación de la imperatividad nos remite, entonces, a una suerte de irrenunciabilidad de derechos, de un campo normativo vedado para la negociación por razones diversas. Nos preguntamos las razones que habrían justificado la exigencia de la imperatividad respecto de las normas con el carácter de *ius cogens*. Coincidimos con quienes han señalado que parecerían ser dos las razones que habrían impulsado el otorgamiento de dicho *status*: de una parte, se busca proteger los intereses de la comunidad internacional en su conjunto (nuevamente, la vinculación con el concepto de obligaciones *erga omnes* es fundamental); es decir, se asume que las normas con tal carácter poseen un valor ético o superior que haría moralmente inaceptable que se le descarte bajo cualquier circunstancia;³⁷ y, de otra parte, se garantiza a los propios Estados en contra de sus

más bien, al contrario: como consecuencia de su inclusión en el *ius cogens*, una norma gozará de efectos *erga omnes*. Con esto se demuestra, además, que los efectos *erga omnes* no son esenciales y exclusivos al *ius cogens* sino que solamente son una consecuencia o efecto de su especial condición.

³⁵ VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, p. 168.

³⁶ *Ib.*, pp. 168-169.

³⁷ Como señala Carrillo Salcedo, “[se corrigen] así las inevitables consecuencias de relativismo, subjetivismo y voluntarismo que la soberanía estatal imprime al orden internacional”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho internacional en perspectiva...*, p. 173.

propias debilidades o de la excesiva fuerza de sus eventuales socios: el *ius cogens* aparece, entonces, para proteger a un contratante contra el otro, “ora sea por razones éticas, ora porque las consecuencias que podrían resultar del hecho de que algunos sujetos abusarían de la posición más ventajosa en la que se encuentran provocaría desórdenes perjudiciales para el equilibrio y la paz de la totalidad de la sociedad”.³⁸ En efecto, la naturaleza imperativa de las normas de *ius cogens* pareciera responder a estas consideraciones.³⁹

Ahora bien, afirmar que una norma es imperativa es distinto que señalar la inderogabilidad de sus preceptos. El profesor Miaja de la Muela nos muestra claramente esta importante distinción:

Es necesario precaverse de una confusión muy frecuente entre los internacionalistas, entre la norma de *ius cogens* y la insustituible de derogación. Si las reglas de Derecho de gentes son creadas por la voluntad expresa, tácita o presunta de los Estados, una manifestación de voluntad contraria puede derogar cada una de aquellas normas, siempre que emane de los mismos sujetos internacionales que intervinieron en su formación. *Eius est tolere, cuius est condere*. El razonamiento es exacto en lo que afecta a la derogabilidad de las normas jurídico internacionales; pero derogación es algo muy diferente del ejercicio de una autorización, concedida por la norma misma, para que sus destinatarios se sustraigan en un caso determinado a su fuerza vinculante, y en esta posibilidad de sustracción consiste, precisamente, el carácter dispositivo de una norma jurídica.⁴⁰

144

³⁸ VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, p. 172. En el mismo sentido, Cassese señala que “the peremptory rules represented the hard core of those international principles which, by proclaiming the peaceful coexistence of States, permitted and safeguarded smooth relations between States having different economic and social structures. The upgrading of such principles to *jus cogens* further reinforced them, as it offered them protection against the risk of being nullified by any future treaty”. CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, p. 176.

³⁹ De modo ciertamente paradójico, mientras que la primera razón apuntaría a “erosionar” el concepto de soberanía —entendida de modo absoluto—, la segunda reforzaría la idea de una garantía superior y última —sobre todo para los Estados más débiles— precisamente en función al mismo concepto. De este modo, el *ius cogens* se configura como una perfecta expresión de la situación actual de la sociedad internacional: la tensión “dialéctica” entre los principios de consentimiento y soberanía de los Estados frente a la sujeción a ciertos preceptos superiores o mínimos absolutamente necesarios ante los cuales los Estados no pueden sustraerse.

⁴⁰ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “*Ius cogens* y *ius dispositivum* en Derecho Internacional Público”. En: *Libro homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*. Santiago de Compostela: Tecnos, 1960, tomo II, p. 1127. Curiosamente, el texto en español del artículo 53.º utiliza la expresión “norma que no admite acuerdo en contrario”, mientras que los textos en inglés y francés han utilizado las expresiones “norm from which no **derogation** is permitted” y “norme à laquelle aucune **dérogation** n’est permise”, respectivamente. La discrepancia parece referirse al sentido que la expresión “derogación” tiene en español, distinto a los que los términos correspondientes alcanzan en inglés y francés. Sobre este punto véase: GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Op. cit.*, pp. 91-93.

El rasgo esencial de la imperatividad no radica, pues, en la inderogabilidad de los preceptos de *ius cogens* sino en la imposibilidad de que los sujetos se “escapen” de algún modo del ámbito de su aplicación. A fin de cuentas, toda norma, ya sea imperativa o dispositiva, es derogable. Y el *ius cogens* tampoco escapa a esta situación. La contrapartida del *ius cogens* es el *ius dispositivum*, no las normas inderogables.

2.2.3. Norma que expresa los intereses superiores de la comunidad internacional

La reunión de los elementos de imperatividad y pertenencia al Derecho internacional general no bastan a efectos de configurar a una o varias normas como pertenecientes al *ius cogens*.⁴¹ En nuestra opinión, el elemento decisivo en una norma de *ius cogens* responde a una cuestión adicional que escapa a la simple naturaleza formal (llámese imperatividad o pertenencia al Derecho internacional general) o al tipo de fuente de Derecho internacional de la que esta provenga. Al respecto señala Galindo Pohl que:

[...] conviene recordar que el *jus cogens* es tal debido a sus caracteres intrínsecos. Su carácter no proviene de que las partes en un tratado estipulen que determinada norma excluya toda excepción o de que se pacte la nulidad de un tratado posterior que contenga cláusulas puestas al primero. El carácter de *jus cogens* reside en la naturaleza de las normas, no en los alcances que las partes quieran darles. La CDI enfatizó que no es la forma de una norma de Derecho internacional (el modo imperativo y carente de excepciones que se pacte) la que da su carácter al *jus cogens*, sino “la especial naturaleza de su objeto”.⁴²

145

En realidad, el elemento determinante para que una norma imperativa de Derecho internacional general sea o no de *ius cogens* es que exprese los intereses superiores, los valores fundamentales de la comunidad internacional. Algunos autores⁴³ han seña-

⁴¹ En relación con otras posibles manifestaciones de la imperatividad en el orden internacional, conviene recordar el comentario siguiente: “[...] Estas excepciones [...] atañen [...] a las disposiciones con respecto de las cuales cualquier derogación sería incompatible con la realización efectiva del propósito y del objetivo del tratado considerado en su totalidad. [...] Así se pone de manifiesto que en todo tratado multilateral existe un mínimo de disposiciones imperativas: las que atañen a la realización del propósito y del objetivo del tratado [... Sin embargo,] siempre subsiste la posibilidad jurídica de modificar estas disposiciones imperativas por medio de enmiendas [...] Además, la práctica ulterior de las partes puede asimismo modificar el tratado [...] Por consiguiente, el carácter imperativo de las normas examinadas aquí es relativo, en tanto que el de las normas de *jus cogens* es absoluto. Se debe a que además se exige una condición suplementaria para que una norma encaje en esta última categoría [...]”. VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, pp. 176-177.

⁴² GALINDO POHL, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 209.

⁴³ Virally apunta que el tratado que aspirase en el futuro a alcanzar dicho *status* debería disponer expresamente que toda derogación de sus disposiciones será sancionada con nulidad. Así, cuando su extensión se amplíe fuera del círculo de firmantes en razón de que habría devenido en norma consuetudinaria general, se habría configurado de antemano y adicionalmente el elemento sancionador. En relación a la costumbre señala que el *consensus* sobre el que esta se fundamente

lado que el efecto de nulidad sería el tercer elemento esencial de las normas cogentes. Sin embargo, no encontramos en tales efectos una característica de base. Una norma pertenece al *ius cogens* por el tipo de tema que enfoca y es a consecuencia de ello que se deriva una nulidad. No es por provocar la nulidad que una norma sea de *ius cogens*; la cuestión es más bien la inversa: es por ser una norma de *ius cogens* que los acuerdos derogatorios de sus disposiciones son castigados con la sanción más grave, la nulidad. Ello es un corolario lógico de la propia naturaleza universal, imperativa y superior de sus preceptos. La nulidad, entonces, es un efecto, una consecuencia sancionatoria, y no un elemento esencial del *ius cogens*. De este modo, tampoco los efectos en la validez de los tratados conforman el grupo de los caracteres esenciales de las normas cogentes. Si bien es cierto que esos fueron los únicos efectos analizados por la CDI, ello fue así porque la convención estaba referida al Derecho de los tratados. Como veremos luego, los efectos de nulidad del *ius cogens* pueden extenderse también a otras fuentes del Derecho internacional.

146

Así, entonces, si una norma convencional o consuetudinaria no encarna un interés supremo de la comunidad internacional, por más imperativa, absoluta o universal que esta fuere, siempre carecerá de naturaleza cogente, lo cual también nos lleva a concluir, entonces, la excepcionalidad de estas normas, en tanto por su carácter especial —recordemos que recogen las aspiraciones éticas o superiores de la comunidad internacional— sancionan con el peor de los castigos la disposición que se les oponga. Pero ¿cómo saber cuáles son estos intereses? Creo que hoy la comunidad internacional reconoce ciertos principios que encarnan los valores de más alta importancia para la humanidad. Y estos son, precisamente, los que corresponden a principios fundamentales de tipo moral e inclusive estructural del orden internacional, aquellos principios cuya protección concierne a todos los Estados del mundo y que no se limitan a un particular grupo de naciones. De esta manera, la clave de estas normas se encuentra en su pertenencia a la comunidad internacional en su conjunto.

La función del *ius cogens*, por tanto, es la de proteger a los distintos sujetos de Derecho internacional de los acuerdos, declaraciones o disposiciones de cualquier tipo que desafíen los valores fundamentales de la comunidad internacional. La idea es crear una garantía para todas aquellas normas cuya no observancia traería abajo la esencia fundamental del sistema internacional. De allí que sean normas de tipo excepcional cuidadosamente seleccionadas para ese fin. Por ello no debe incurrirse en el grave error de considerar demasiadas normas con tal alcance, puesto que toda tendencia “inflacionaria” culmina desprestigiando el sentido y alcance de la institución. La regla en las normas del Derecho internacional es, pues, el *ius dispositivum*.

debe basarse en la convicción de que la norma tiene tal importancia que no puede descartarse mediante un acuerdo particular y que, por consiguiente, conlleve a la nulidad de todo convenio concertado entre algunos Estados. VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, pp. 177-179.

En resumen, las normas cogentes comparten entre sí un ineludible elemento de contenido axiológico, de moral y ética internacionales, que las hace únicas en su género. Pero es solo cuando ingresan al campo del Derecho positivo que podemos hablar de *ius cogens*; es precisamente por estas consideraciones que la comunidad internacional las ha colocado en el campo de la metajuridicidad, únicamente modificable a partir de disposiciones del mismo tipo y alcance.

2.3. El contenido del *ius cogens*

Con el texto de los artículos 53.º y 64.º de la Convención de Viena de 1969 precluía la etapa del cuestionamiento al ser o no ser del *ius cogens* en el Derecho internacional. Disipadas ya las dudas con relación a la existencia del concepto, es ahora la determinación de su contenido el espacio que se convierte en el ámbito de mayor controversia y desafío para el orden internacional. Cuando se venía discutiendo el tema en los sucesivos proyectos presentados ante la Comisión de Derecho Internacional, ya se había descartado la posibilidad de incluir en el texto final de la convención una lista positiva “cerrada” de las normas que formaban parte del concepto. Pese a la oposición de ciertos grupos se tomó parte de esta opción en tanto se quiso dejar a la jurisprudencia y doctrina internacionales la misión de verificar, para cada circunstancia particular, la delimitación del contenido del *ius cogens*.⁴⁴ Y es que el *ius cogens* —como la sociedad internacional— es una noción concebida dinámicamente, esto es, para evolucionar e irse adaptando a las necesidades que progresivamente le vaya exigiendo la comunidad internacional de turno.

147

Los intentos de los publicistas para ir elaborando listas de normas cogentes han sido ya varios. Sucede que, al ser este un concepto mutable, las listas no pueden pretender cerrar el debate; tan solo se convierten —dependiendo de la precisión del autor— en una fotografía pasajera del estado temporal de la cuestión. De las listas diseñadas en los últimos años, particularmente es la preparada por el profesor Carrillo Salcedo la que parece reunir el consenso de los autores en cuanto a la radiografía más fiel al contenido de la noción de *ius cogens*. Señala, así, el profesor español que la expresión de las exigencias morales mínimas de la comunidad internacional puede expresarse en las normas siguientes:

- a) los derechos fundamentales de la persona;
- b) el derecho de los pueblos a su libre determinación;
- c) la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales; y

⁴⁴ En ese sentido, Danilenko advierte que: “As a practical matter, there is a growing danger that in the absence of clearly defined procedures for the creation of peremptory norms their emergence and subsequent identification may become a matter of conflicting assertions reflecting political preferences of different groups of states. Lack of consensus as regards the basic parameters of the law-making process leading to the emergence of peremptory rules inevitably opens the door to the political misuse of the concept”. DANILENKO, Gennady. *Op. cit.*, p. 2.

d) la igualdad de *status* jurídico de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos que sean de jurisdicción interna de los Estados.⁴⁵

En una clasificación ciertamente más tradicional —aunque no por ello de menor importancia—, el profesor Remiro afirma que una cabal expresión de las normas cogentes de nuestro tiempo puede leerse en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta. Si bien la declaración no afirma literalmente el carácter imperativo de los principios allí enunciados, se los ha calificado como “básicos”, considerando su observancia “de la mayor importancia” para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Curiosamente, la misma declaración califica a algunos de ellos como “esenciales”, a otros de “indispensables”, y a algunos de “importante contribución”.⁴⁶ Según esta declaración, los principios básicos, fundamentales del Derecho internacional son los siguientes: 1) prohibición de la amenaza o uso de la fuerza; 2) solución pacífica de controversias; 3) no intervención; 4) obligación de cooperación recíproca; 5) igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; 6) igualdad soberana de los Estados; y 7) principio de buena fe.⁴⁷ Parcialmente coincidente con lo postulado por Carrillo,

⁴⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en un mundo...*, p. 223, en especial la nota 62. El mismo catálogo fue propuesto en: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 1971. Un primer catálogo había sido propuesto en la primera edición del mismo ensayo (Madrid: Tecnos, 1969). En este último, la lista seguía el orden siguiente: (a) la igualdad de *status* jurídico de los Estados y el principio de no intervención; (b) la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales; (c) el principio de autodeterminación de los pueblos; y, finalmente, (d) los derechos fundamentales de la persona que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger. El cambio de orden responde, en opinión del mismo autor, a que se ha pasado a “[...] estimar que la referencia a la persona era prioritaria, además de imprescindible y fundamental, ya que en ella radica el único fundamento posible del orden internacional así como el gran principio civilizador de que el poder está al servicio del Hombre, que es un ser de fines y no un mero instrumento”. *Ib.*, p. 108.

⁴⁶ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Op. cit.*, pp. 25-26. En cierta forma, una declaración de la AGNU constituye una solución “inteligente” al fracaso de las formulaciones que en la CDI intentaron definir el contenido del *ius cogens*. Curiosamente, en 1964, antes de que estos principios fueran incorporados a esta declaración, la propia Organización de las Naciones Unidas había reconocido que al menos cuatro de los referidos principios “constituyen la piedra de toque de las relaciones entre los Estados, [...] una parte esencial del Derecho internacional y no uno de sus aspectos secundarios [...] la verdadera base de las relaciones pacíficas entre los Estados, [y que] la paz internacional no puede establecerse firmemente ni eliminarse el espectro de la guerra sino por una aplicación rigurosa de estos principios”. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁷ En el asunto de *Las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), la Corte Internacional de Justicia afirmó algunos de estos principios como *fundamentales, esenciales, cardinales* y, expresamente, *ius cogens*.

ciertamente esta postura suma a favor de la determinación precisa de un concepto excepcional que debe ajustarse a una especial noción de consenso, bastante evidente en ambas formulaciones.

Coadyuvante en la determinación de este espacio ha sido, sin duda, la aparición de nuevos conceptos como los de obligaciones *erga omnes* y crimen internacional.⁴⁸ Sin embargo, intentar delinear de manera exacta la frontera entre estos conceptos —que

⁴⁸ El concepto de crimen internacional, planteado por el profesor Roberto Ago, entonces relator especial de la CDI en el tema de la responsabilidad internacional de los Estados, se contraponen al de los “delitos internacionales”. En ese sentido apuntaba Ago que: “En otros tiempos, la casi totalidad de los internacionalistas defendían la tesis con arreglo a la cual las reglas del Derecho internacional general relativas a la responsabilidad de los Estados preveían un régimen único de responsabilidad aplicable a todas las hipótesis de hechos internacionalmente ilícitos del Estado, cualquiera fuera el contenido de la obligación contra la que atentara ese hecho. Actualmente, esta tesis se discute vivamente [...] pues después de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló una verdadera corriente de opinión a favor de una tesis diferente. Según esta corriente, el Derecho Internacional general conocería dos regímenes de responsabilidad absolutamente diferentes: uno se aplicaría en caso de violación por el Estado de una obligación cuyo respeto revistiera una importancia fundamental para la comunidad en su conjunto [...] El otro régimen se aplicaría, por el contrario, cuando el Estado sólo hubiera dejado de respetar una obligación de menor importancia y menos general”. ACIDI, 1976, vol. II, 1.ª parte, p. 28. Como resulta lógico, en el primero de estos casos, ni el consentimiento de la víctima ni el estado de necesidad del infractor excluyen la ilicitud del comportamiento contrario a estas obligaciones (artículos 29-2 y 33-2 del Proyecto de la CDI). Sin embargo, no debe confundir al lector la utilización del término “crimen” en un sentido que hiciera pensar en una responsabilidad penal de los Estados. La responsabilidad de los Estados es “internacional” no penal ni civil. En ese sentido, Carrillo Salcedo ha señalado que a fin de evitar esta confusión es mejor utilizar la pareja de términos siguiente: *hechos o actos ilícitos internacionales* (delitos, en los términos del proyecto de la CDI) e *ilícitos contra la comunidad internacional* (crímenes, en los términos del proyecto de la CDI). CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Anteproyecto de Ponencia al XII Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*. Madrid: Publicaciones de la Secretaría General, 1979. Además, el mismo autor apunta que el *ilícito contra la comunidad internacional* no solo estaría basado en la noción de *ius cogens* sino además —y sobre todo— en la gravedad de la violación. Asimismo recomendamos revisar íntegramente el texto: BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990. Sin embargo, el reciente texto del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* adoptado por la CDI en su 53.º período de sesiones (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001) no hace ya referencia alguna al concepto de crímenes internacionales por considerarlo poco útil a efectos de determinar sus consecuencias particulares al momento de aplicarse a los casos concretos (legitimación de la *actio popularis*, por ejemplo) y a su forma de reparación. Lo que se ha mantenido es la sección denominada *Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto*, ubicada en el capítulo III de la segunda parte del nuevo proyecto.

son diferentes— puede resultar ciertamente complejo. No es este el lugar para realizar la mencionada diferencia. En todo caso cabe afirmar con certeza que las obligaciones *erga omnes* comportan el efecto necesario de toda norma de *ius cogens* pero que no todas las obligaciones *erga omnes* dan lugar a normas de *ius cogens*; estas son, pues, un subconjunto al interior de las obligaciones *erga omnes*. De la misma manera, no toda violación de una norma de *ius cogens* constituye necesariamente un crimen internacional sino solamente aquellas violaciones especialmente “importantes” por ser repudiables para la comunidad internacional; en este caso, aunque ambos conceptos se encuentran intrínsecamente relacionados, finalmente no llegan a confundirse por la introducción de un elemento “cualitativo” de gravedad. Ahora bien, el tópico en cuanto a quién evalúa la gravedad de una violación o quién califica la comisión de un crimen internacional es, sin duda, un ámbito que se encuentra sujeto (y se encontrará por un buen tiempo) todavía a abierta discusión.⁴⁹

3. ¿Todos los derechos humanos pertenecen al *ius cogens*? Contrastes para una adecuada diferenciación

150 El culto de nuestro tiempo es el de los derechos humanos. Como ya dijéramos al inicio de esta revisión, el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos es también un signo de los profundos cambios sufridos al interior de la estructura misma del orden internacional. Así, lo que antes se consideraba exclusiva competencia de los Estados ha pasado a configurar un tópico ineludible de la agenda política de la comunidad internacional: la instancia legitimadora de toda acción en estos días de postmodernidad. Ello ha llevado a redefinir los conceptos tradicionales del Derecho Internacional Público:

De una manera general el Derecho Internacional clásico no se preocupaba por el trato que dispensaba el Estado a sus propios súbditos. Era ésta una cuestión que dejaba básicamente a la jurisdicción interna de los Estados. El Derecho Internacional clásico únicamente señalaba un estándar mínimo que el Estado debía observar respecto a particulares extranjeros [...], y en caso de vulneración de tal estándar, articulaba la sanción por el mecanismo de la responsabilidad del Estado infractor y la protección diplomática del Estado de la nacionalidad de la víctima. En el Derecho Internacional contemporáneo ha cambiado este planteamiento, y a lo que se aspira mediante la protección internacional de los derechos del hombre es a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los

⁴⁹ Al respecto, Remiro Brotóns señala que “[...] de ello lo único que cabe colegir es que no hay una correspondencia total entre las obligaciones internacionales cuya violación da lugar a un *crimen* y el *ius cogens*. Aunque todo *crimen* implique la violación de una obligación internacional emanada del *ius cogens*, lo contrario no es cierto; no constituye un *crimen* internacional cualquier violación de una norma de Derecho imperativo. Sólo la violación de ciertas normas de *ius cogens* o, incluso, de ciertas obligaciones *erga omnes*, lo comporta”. REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Op. cit.*, pp. 429-430.

individuos pueden reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos.⁵⁰

Ha surgido así un Derecho Internacional de los derechos humanos.⁵¹ Todo este notable avance ha llevado, sin embargo, en muchas ocasiones a que se tome partido por visiones poco sinceras del orden internacional de nuestros días. Si existe un peligro en subestimar los efectos del —vital— fenómeno de internacionalización antes mencionado, no debemos tampoco incurrir en la sutileza de sobrestimar su alcance. Lo mencionado nos permite ingresar a un terreno ciertamente pantanoso y todavía mal cartografiado. Y es que es bastante frecuente considerar que todos los derechos humanos pertenecen al *ius cogens*, sincera y hasta deseable pretensión que en el fondo encierra una quimera. Si alguno pretendiera afirmar tal condición de todos los derechos humanos conocidos, debería proceder, además, a la difícil tarea de demostrar exhaustivamente que estos comparten las características de forma y fondo que ya señaláramos para las normas cogentes; a simple vista, una empresa bastante compleja y, por qué no decirlo, ciertamente inútil. El estado actual del Derecho Internacional de los derechos humanos no intenta extender la dimensión imperativa para todos sus preceptos. Una actitud sensata debe partir por reconocer los límites que en tanto expresiones de derecho positivo se les impone; los derechos humanos son también deudores del principio de consentimiento que gobierna el devenir del orden internacional, solamente que lo son en una dimensión atenuada.

151

Existe sí una amplia coincidencia para considerar a algunos de los derechos humanos como parte del grupo normativo del *ius cogens*. En este grupo se encuentra lo que podríamos considerar violaciones “especialmente” odiosas para la comunidad internacional: prohibición de la esclavitud, discriminación racial, genocidio, etc., todas ellas expresión de una *opinio iuris cogentis* en la que el consenso es masivo y generalizado.

El problema radica en intentar establecer un criterio de validez para identificar qué otros derechos humanos —si los hubiera— pertenecen a esta categoría. Y ya que estamos en un concepto “de excepción” para el Derecho Internacional, la precisión no resulta ociosa. Intentaré que los puntos siguientes nos ayuden en este propósito.

⁵⁰ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Op. cit.*, p. 223.

⁵¹ En este sentido, González Campos ha definido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el conjunto de normas que tienden a proteger los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito internacional. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, Luis SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Cívitas, 1998, p. 639. Debe destacarse, además, que este proceso de internacionalización no ha sido una evolución de tipo “natural” o una prolongación lógica de las etapas anteriores; al contrario, el proceso descrito supone una auténtica ruptura.

3.1. El “núcleo duro” y la universalidad de los derechos humanos

Con ocasión de la lección inaugural del *Institut International des Droits de l'Homme* en julio de 1980, el profesor Erik Suy⁵² señaló que pueden seguirse tres criterios de apreciación en este punto:

- a) El primero de ellos consiste en verificar el carácter inderogable del derecho en cuestión al momento en que los Estados concluyen el tratado. Se señala, así, que un acuerdo que permita la violación de un derecho humano que sea parte de este grupo de normas no podría tener validez alguna. Esta era la postura particular de autores como Verdross en los días en que se venía discutiendo la existencia de normas de *ius cogens* en el Derecho Internacional: la imposibilidad de que un tratado contra bonos mores —como los referidos a la piratería y la esclavitud— pueda ser validado por el orden internacional.
- b) El segundo criterio consiste en analizar los textos de los tratados sobre derechos humanos y determinar cuáles de ellos pueden ser derogados y cuáles no.

Ciertos instrumentos internacionales, como la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, no contemplan la posibilidad de que los Estados partes en ellos suspendan los derechos allí consagrados. Algunos otros, en cambio, expresamente descartan esta posibilidad: es el caso del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Pero centremos nuestra atención en un tercer grupo de instrumentos internacionales, justamente los que admiten explícitamente la posibilidad de que los Estados partes en ellos deroguen o suspendan algunos de los derechos allí enunciados. Aunque este último grupo es cuantitativamente mayor a los anteriores, sus hipótesis de restricción siempre están limitadas por exigencias formales y de fondo que intentan garantizar un estándar mínimo de respeto por la dignidad humana. En esa medida, toda adopción de un régimen de tales características (derogación o suspensión) es siempre excepcional. Los ejemplos aquí son bastante conocidos: el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 aplicables a los conflictos que no revistan carácter internacional, el artículo 4-2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el artículo 15-2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el artículo 27-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Todos ellos, expresión de un bloque normativo cuyo respeto debe configurarse en todo lugar y circunstancia.

⁵² SUY, Erik. *Le droit des traités et les droits de l'homme*. Citado por: BLANC ALTEMIR, Antonio. *Op. cit.*, pp. 116-125.

c) Finalmente, un tercer criterio de identificación apunta al sentir de la comunidad internacional en su conjunto para calificar la violación de ciertos derechos humanos como un crimen internacional, concepto al que ya hemos aludido y que no coincide exactamente con la noción de ius cogens.

Creo que los tres criterios aportan bastante al panorama que tenemos delante; quisiera quedarme, sin embargo, con el segundo de ellos, que considero el más útil por su inmediatez. En efecto, un análisis del articulado no derogable de los instrumentos internacionales referidos nos revela que tampoco allí existe una total coincidencia en lo que se considera realmente “mínimo” en tanto algunos de ellos revelan un segmento de protección más extensivo que los otros, con lo cual queda de paso demostrado que tampoco todos los derechos allí mencionados deben ser considerados como parte del ius cogens; resulta así indispensable elaborar un criterio que pueda servir como denominador común al interior de ese grupo.

En los intentos por elaborar una lista de coincidencias comenzó a utilizarse una expresión que hoy ya es —felizmente— bastante frecuente; comienza a hablarse, pues, de un núcleo duro de los derechos humanos. Con esta denominación se ha etiquetado al grupo de derechos que al interior de tales bloques mínimos son la representación de atributos inalienables de la persona humana fundados en valores que se encuentran presentes en prácticamente todas las culturas y sistemas sociales: verdaderos límites a cualquier práctica bien establecida cuyo cuestionamiento, por tanto, resulta indefendible.⁵³ Traducir dicha expresión en Derecho positivo nos lleva a afirmar que, por el momento, solamente el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, la prohibición del apartheid,⁵⁴ y el derecho al debido proceso forman parte esta aspiración mínima común.

153

De la mano con esta argumentación —con base en Derecho positivo— se descarta, además, la pretensión relativista que intenta desvirtuar la posibilidad de derechos humanos universales. Así, la universalidad predicable de los derechos al interior de este bloque se transforma en un nuevo argumento para afirmar su dimensión superior.

⁵³ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Op. cit.*, pp. 127-128.

⁵⁴ En su turno, la CDI ha señalado que constituirá crimen internacional “la violación grave y a gran escala de una obligación internacional de importancia para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*” (artículo 19, 3c del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados). Nuevamente se reafirma así la convicción del valor universal que se esconde detrás de estas normas de protección del individuo. En ese sentido, la violación de los mismos comienza a configurar hoy la aceptación por parte de los Estados en cuanto a que tienen la obligación impuesta por el Derecho internacional general de rendir cuentas de sus comportamientos y omisiones, al menos en los supuestos que revelen situaciones persistentes de violaciones manifiestas, graves y masivas de los derechos humanos.

Entendiendo “universal” como “obligación de respeto bajo toda circunstancia”, el profesor Carrillo Salcedo ha denominado a este grupo al interior de los derechos humanos como “derechos fundamentales”. Para el autor, esta es la expresión cabal de la existencia de un elemento común a todas las culturas: el “rechazo universal de la barbarie”.⁵⁵

Al margen de cómo denominemos finalmente a este elemento común, podemos afirmar, pues, que la comunidad internacional reconoce una nueva dimensión normativa a partir de este grupo de derechos en el que se van mezclando las nociones de *ius cogens*, obligaciones erga omnes y crimen internacional: la dignidad del hombre y la importancia de la justicia como elementos recurrentes en toda cultura y tradición filosófica o religiosa. Y es que, aunque el “lenguaje” de los derechos humanos se inspira en conceptos occidentales, ello no significa que sus pretensiones puedan hacerse —para ciertas exigencias mínimas— verdaderamente universales: “la terminología puede ser específica de una cultura, los principios no”.⁵⁶ En definitiva:

[...] una cultura no se pone en riesgo de desaparición si la tortura y los castigos crueles son eliminados, si los prisioneros políticos son liberados, o si se promueve la desaparición de discriminaciones en función de la raza. No son estas *características fundamentales* de su identidad, es decir, las características comunes que sus miembros no pueden cambiar o que no se les puede pedir que cambien porque son fundamentales a su propia identidad. [...], proteger o no evitar estas prácticas son las que sí pueden poner en peligro la continuidad y desarrollo de la misma.⁵⁷

154

Aunque para algunos el resultado haya sido desalentador —son solo unos pocos derechos humanos los que forman el *ius cogens*—, no debe menospreciarse el notable avance que ha significado reconocer el concepto de *dignidad humana* como marco de referencia para toda norma internacional. En menos de cien años, la aspiración de Verdross ha pasado de la utopía a la realidad, y aun cuando haya mucho que hacer por el fortalecimiento y la efectividad de este bloque normativo, su principal aporte radica en haberse convertido en un horizonte que alimenta la posibilidad de salvaguarda de un mínimo teniendo como referente al propio ser humano.

El proceso de *universalización* del Derecho internacional ha traído, de esta manera, el germen mismo de las limitaciones a las dimensiones otrora absolutas de la soberanía y la yuxtaposición de intereses. Ambos esquemas son hoy parte del orden internacional universal de nuestros días.

⁵⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, p. 133. En el mismo sentido, SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Op. cit.*, p. 129. La autora precisa, además, que esta idea fue inicialmente planteada por el profesor Santos Boaventura de Sousa, de la Universidad de Coimbra en Portugal como resultado de unos conversatorios celebrados en 1995 entre su universidad y la de Sevilla.

⁵⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de derechos humanos cincuenta años después*. Madrid: Trotta, 1999, p. 122.

⁵⁷ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Op. cit.*, pp. 127-128.

3.2. Perspectivas hacia futuro: ¿cuántas normas más de derechos humanos deben ser parte del *ius cogens*?

Es bastante tentador pensar en el *ius cogens* como una noción para un continuo crecimiento en contenido. Sin embargo, no debe olvidarse que un crecimiento “forzoso” o “inflacionario” puede tornarse peligroso. El *ius cogens* no es por naturaleza la regla de un sistema normativo; al contrario, sus preceptos gozan de una excepcionalidad que los hace por ello especialmente interesantes. El desarrollo del sistema internacional debe tomar en cuenta que su base es esencialmente estatal, y, por tanto, debe crear los incentivos para que sean los propios Estados los que colaboren en la consecución de los objetivos comunitarios teniendo como marco de referencia la dignidad humana. No obstante, debe cuidarse el no forzar este crecimiento de modo que simplemente se torne en un vano y artificial esfuerzo. La clave no es pues añadir más preceptos a las listas de derechos, ello generaría “inseguridad” y desprestigio para la noción.

Si hay algo de lo que pueda jactarse el *ius cogens*, a diferencia de los derechos humanos, es que ha cuidado siempre su dimensión consensual. Nunca ha pretendido imponerse; al contrario, lentamente cada uno de los que hoy son sus preceptos ha ido ganando terreno inclusive en el difícil campo de las pretensiones de los Estados más poderosos. El establecimiento de límites debe pasar, entonces, por un esfuerzo colectivo dinámicamente poco acelerado.

155

Así, a menos de cincuenta años de la Convención de Viena de 1969 y del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, no existe Estado alguno en el planeta que señale que el orden internacional carezca de límites superiores para la actuación de sus sujetos. Al contrario, siempre que pueden son los propios Estados los que afirman que sus actuaciones se ajustan a un pleno respeto por tales límites. O, en el peor de los casos, intentan justificar sus comportamientos contrarios con las excepciones que las mismas normas cogentes han previsto, lo que en el fondo implica nuevamente fortalecer la noción.

Me parece deseable que la plataforma normativa del *ius cogens* pueda ampliarse en cuestiones como las de discriminación de modo más puntual y no solo con relación al *apartheid*, o en el tema de la protección del medio ambiente: quizás en algunos años podamos ver un mayor consenso al respecto. Pero siempre hay que ir con cuidado en este terreno pues el logro de la afirmación de una noción con estos alcances ha radicado siempre en un progresivo avance.

En todo caso, aun cuando esto no se produjese de modo inmediato, nada quita que los Estados deban cumplir con las obligaciones de tipo *erga omnes* que también están presentes en el orden internacional, así como con las obligaciones que en materia de derechos humanos han asumido “voluntariamente” —con sus nacionales y con toda la

comunidad de Estados— al prestar su consentimiento en las ya numerosas convenciones multilaterales en vigor en la materia.

4. A manera de conclusión

Espero no haber desilusionado a los que al iniciar la lectura de este ensayo pensasen que la conclusión iba a ser más optimista. Yo creo que es optimista en tanto el avance es grande para tan poco tiempo, lo cual debe hacernos pensar, además, en las frecuentes críticas al orden internacional. Una crítica justa debe tomar en cuenta que su terreno está plagado de limitaciones —por naturaleza— y que, en esa medida, ha logrado bastante: en la utopía y en la realidad. Quizás sea siempre oportuno que el Derecho internacional revise sus nociones básicas —como hemos intentado hacer aquí— para verificar la validez de lo que afirma, con las luces y sombras que se obtengan en dicho trance. Si la vara está más alta para el Derecho de gentes, entonces este debe tener especial cuidado en escoger la garrocha más adecuada para el salto. Una opción sincera debe siempre tomar en cuenta todas estas circunstancias.

En cierta forma, este ensayo ha resultado una suerte de “retorno a las bases”, ejercicio académico que considero nunca inútil. Para aquellos que hayan considerado este ejercicio como algo ocioso les recuerdo una vieja parábola:

156

Un hombre le pidió al Mulláh Nasrudín enseñanza espiritual. El Mulláh le dijo “Empezaré por los fundamentos”. Pero el hombre le dijo: “Déjate de preliminares. No me importan. Vamos al grano rápido”. El Mulláh, entonces, trajo una tinaja desfondada y empezó a echar cubos de agua en ella. Y preguntó el hombre: “Pero, ¿qué estás haciendo?” Y contestó el Mulláh: “Llenando la tinaja”. Y dijo el hombre: “Pero esta tinaja no tiene fondo”. Y respondió el Mulláh: “A mí no me interesa el fondo. Dime cuándo llega el agua arriba nada más”. Fin de la parábola.

Moraleja: en materias tan complejas como la ciencia jurídica, y especialmente en ramas tan cuestionadas y cuestionables como el Derecho Internacional, vale siempre la pena dudar para ocuparse de retornar a los fundamentos con cierta frecuencia.