

I. Prehistoria del <i>ius cogens</i>	1
1. <i>Ius cogens</i> y <i>ius naturale</i>	8
2. El iusnaturalismo grociano y posgrociano	10
3. La jurisprudencia anterior a la Convención de Viena	16

I

PREHISTORIA DEL *IUS COGENS*

En el principio de la *Política* enseña Aristóteles que “la mejor manera de ver las cosas, en esta materia al igual que en las demás, es verlas en su desarrollo natural y desde su principio”.¹ Una institución política, por consiguiente, como también una institución jurídica, habrá que considerarla en su “evolución”, término que encontramos en otras versiones aristotélicas.² Por algo pasa Aristóteles por ser, y a justo título por cierto, el filósofo de la evolución.

Ahora bien, si hay algo evolutivo en la historia universal del derecho, es, a no dudarlo, el *ius cogens*, la cosa y la noción. Su recepción en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significó, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante, por cuanto que fue la plena incorporación, al derecho internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional. La institución en sí misma, sin embargo, es tan antigua por lo menos como el derecho romano, y por más que la terminología contemporánea no aparezca sino muy tardíamente, en la obra de los pandectistas. A la antigua Roma, por tanto, habrá que remontar en la corriente del tiempo si queremos tener del *ius cogens*, con arreglo a los cánones aristotélicos, una intelección adecuada.

A dicho del profesor Erik Suy,³ el término mismo de *ius cogens* no aparece sino una sola vez en el siguiente texto de Papiniano: *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*.⁴ Pero como se apresura a observar el mismo Suy, esta sentencia nada tiene que ver con la noción que hoy tenemos de *ius cogens*, sino que se limita a señalar el carácter esen-

1 *Pol.* 1252 a 25.

2 Aristote, *Politique* ed *Les belles lettres*, París, 1960, C'est donc en regardant les choses évoluer depuis leur origine qu'on peut, ici comme ailleurs, en avoir la vue la plus juste.

3 Suy, Erik *The concept of ius cogens in international law*, Genova, 1967, p. 18.

4 *Dig.* 39.5.

cial de una donación, que es el de proceder de un acto por completo voluntario y no de ninguna obligación legal.

Donde, por el contrario, hay que situarse para encontrar el *ius cogens* tal como hoy lo entendemos, y aunque sin este nombre, es en el centro de la primera división del derecho de que da cuenta la *Instituta*, o sea entre derecho público y derecho privado, según que el correlato del uno o del otro sea la cosa pública o, por el contrario, la utilidad de los particulares: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*. De Ulpiano, al parecer, es esta definición.

El escolar que pasa por estos textos apresuradamente, sin detenerse a penetrar su espíritu, se queda con la impresión de una dicotomía tajante entre el Estado y los particulares, que resultarían ser, por lo mismo, entidades antagónicas, cuando no francamente hostiles. En el Estado moderno, en cierto número de ellos por lo menos, es posible que así sea, pero no era así, ciertamente, en la antigua Roma, como lo hacen ver los grandes romanistas. Rudolf Sohm, uno de ellos, observa en primer lugar como tanto el derecho público como el derecho privado conspiran al bien común de la República, por lo que no debe hablarse de una subordinación del segundo con respecto al primero como si se tratara de un dominio despótico, sino más bien de una subsunción, en razón de la unidad del fin.⁵ En segundo lugar, y según sigue diciendo Sohm, el derecho privado tiene un amplio campo de aplicación, por cuanto que, según se pensó en la República romana, una comunidad de individuos libres y señores de sus actos (*sui iuris*) contribuye más que nada a la cohesión del cuerpo social.

Por otra parte, es muy importante la observación que hacen varios romanistas, entre ellos Biondo Biondi, de que el *ius publicum* no es solamente el *ius populi*, el que concierne directamente *ad statum rei romanae*, con arreglo a la definición de Ulpiano. Comprende igualmente, además, ciertas relaciones entre particulares que de suyo entrarían en el derecho privado, pero que pertenecen, sin embargo, al derecho público, en razón simplemente del predominio que en ellas asume el interés colectivo sobre el interés individual. Es el caso, por ejemplo, de la capacidad de disponer de los bienes y recibirlas por testamento, todo lo cual *publici iuris est*.⁶ Y es el caso, también, del derecho penal, por estar in-

5 Sohm's *Institutes of Roman Law*, Oxford, 1907, pp. 24 y 25.

6 *Dig.* 29, I, 3.

teresada la colectividad en la represión y sanción del delito, y a pesar del hecho patente de que tanto el agente como el paciente del delito sean individuos particulares. En todos estos casos se afirma el interés de la República (*rei publicae interest*) en que la ley se aplique inflexiblemente y que no pueda eludirse por convenio o composición entre los particulares. La conclusión de todo esto, dentro del mismo derecho romano, podemos leerla en el siguiente pasaje de Biondo Biondi:

“De este predominio del interés público deriva la máxima *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D.2.14.38), la cual conlleva la absoluta inderogabilidad de las normas que se definen como *ius publicum*, y que no tendría sentido si se refiriera al derecho público entendido como *ius populi*”.⁷

Estas líneas del gran romanista italiano fueron escritas muchos años antes de aquel en que fue suscrita la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y sin embargo, como en una intuición adivinataria, se estampa en ellas la única nota en la que todos convienen como característica del *ius cogens*, la única consignada en la Convención de Viena, y que es la de inderogabilidad de la norma imperativa por un acuerdo de las partes *inter se*. En suma, pues, el *ius publicum* es en Roma, real y verdaderamente el *ius cogens*. Paralelamente a la máxima antes citada, hay otras, igualmente del derecho romano, que de manera expresa establecen la inderogabilidad del *ius publicum* por pactos privados: *privatorum conventio iuri publico non derogat*. Y por último, desde entonces viene el sancionar con la nulidad los pactos contrarios tanto a las leyes fundamentales como a las buenas costumbres: *pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati iuris est*.⁸

Estos principios o máximas han pasado, en la época de la codificación, al derecho positivo de todos los Estados. El texto primero y por excelencia paradigmático es el artículo 60. del código Napoleón: *On ne peut deroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*

A reserva de examinar posteriormente si la noción moderna de *ordre public* es o no coexistensiva con el antiguo *ius publicum*, lo más importante, lo decisivo, es la comprobación de que el orden público y las bue-

7 Biondi, B., *Il diritto romano*, Bologna, 1957, p. 136.

8 Codex, 2, 3, 6.

nas costumbres constituyen así el valladar que en ningún caso puede trasponer o quebrantar la voluntad de los particulares. Hay, pues, un derecho imperativo o absolutamente impositivo, o como se dirá después, un *ius cogens*.

En la imposibilidad de referirnos, ya que sería interminable, a los códigos de otros países, haremos mención, por razones obvias, de la legislación mexicana. El artículo 15 del Código Civil de 1884 decía lo siguiente:

“Las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres, no podrán alterarse o modificarse, en cuanto a sus efectos, por convenio celebrado entre particulares”.

El Código de 1928, por su parte, hace caso omiso de las buenas costumbres, y retiene, aunque con otro lenguaje, la noción de orden público, a los efectos siguientes:

“Artículo 8o. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Lo mejor hubiera sido tal vez, a lo que nos parece, haber combinado entre sí la letra de ambos preceptos, en forma de destacar, como lo hacía el Código de 1884, la inderogabilidad de las leyes de orden público por convenios entre particulares, y de imponer, al propio tiempo (y es éste el progreso registrado en el Código actual) la sanción de la nulidad a los actos contrarios a las leyes de interés público, o que taxativamente prohíben en absoluto tales actos (“leyes prohibitivas”).

Para todos los códigos que, en los países de tradición latina, han sido más o menos herederos del Código Napoleón, es valedera en lo sustancial la exégesis de los grandes civilistas franceses al artículo 60., antes citado. En la que hace uno de los mayores, Marcel Planiol, el término *ordre public* puede tomarse en dos acepciones. La primera y la más evidente, son todas las leyes de derecho público, es decir las que definen las atribuciones de los poderes públicos y sus agentes, así como los derechos y obligaciones de los particulares en materia política. “Todas las leyes —dice Planiol— que constituyen el régimen político de un país, están por encima de las voluntades privadas”. Pero en seguida, y en la misma página, Planiol prosigue explicando la segunda acepción de orden público, a saber:

“Por otra parte, una ley puede pertenecer al derecho privado, y ser sin embargo de orden público. Así ocurre cuando quiera que la disposición

de la ley está motivada por la consideración de un interés general que se encontraría comprometido si los particulares fueran libres de impedir la aplicación de la ley”.⁹

Planiol, por tanto, entiende los términos “orden público” o “derecho público” en el amplio sentido en que, como hemos visto, hay que tomarlos en derecho romano, o sea para denotar no sólo el conjunto de leyes que conciernen directamente a la organización del Estado, sino en general todas aquellas en que de algún modo se hace patente un interés colectivo en su estricta observancia. Con esto basta para que pueda hablarse, con referencia a ellas, de normas imperativas.

Volviendo al derecho romano, encontramos en él, como es obvio, no sólo un *ius cogens*, aunque sin este nombre, sino también, e igualmente sin esta designación, un *ius dispositivum*. Bastaría, para hacerlo ver así, el campo de aplicación del *ius privatum*, prácticamente ilimitado mientras no colide con el *ius publicum*. Pero, además, y en un terreno de filosofía jurídica, los romanos entendieron siempre que la función del derecho era no tan sólo la de imperar o prohibir, sino también la de permitir hacer algo (pero también no hacerlo) como puede verse en el célebre verso de Modestino: *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*.

Con fundamento en estos textos y otros semejantes, hasta donde podemos conjeturarlo, Christian Friedrich Glück, entre los pandectistas,¹⁰ propone, a fines del siglo XVIII, dividir el derecho en *ius permissivum* y *ius cogens (permissiv und zwangsrecht)* según se permita o no cierta libertad de acción a los particulares en la aplicación de la norma jurídica.

Windscheid, por su parte, se aproxima todavía más a la actual distinción entre *ius cogens* y *ius dispositivum (zwingendes und nachgiebigen Recht)* y apelando a las fuentes, parece identificar el *ius cogens* con el *ius publicum*.¹¹

Sobre tal aportación fundamental de Windscheid a la teoría del *ius cogens*, bastará con transcribir el siguiente pasaje de Paul Guggenheim:

La expresión *ius cogens* aparece por primera vez, a lo que creemos, en los pandectistas. Fue sobre todo Windscheid quien trató de definir el *ius cogens* como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de

9 Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1928, t. I, p. 114.

10 Glück, Christian Friederich, *Pandekten*, 1970, I, 1, 14.

11 Windscheid, *Lehrbuch des Plandektenrechts* 1862, I, par. 30: Die Quellen bezeichnen das zwingendes Recht als *ius publicum*.

las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas.¹²

Hasta qué punto la comisión de derecho internacional, en los sucesivos proyectos de sus relatores especiales, pudo o no inspirarse en estos textos de Windscheid, es imposible saberlo. En cualquier hipótesis, sin embargo, lo cierto es que Windscheid se expresa casi en los términos mismos de la Convención de Viena, al definir como la característica típica del *ius cogens* (por sus efectos, si no por su esencia) la de su inderogabilidad, o dicho de otro modo, la exclusión de todo acuerdo particular, bilateral o multilateral, en contrario.

La distinción entre *ius cogens* y *ius dispositivum* es hoy, a lo que nos parece, universalmente admitida. De nuestra parte no conocemos (será tal vez por no ser nuestra especialidad el derecho civil) sino un autor¹³ que haya osado impugnar la susodicha distinción, en razón de que todo el derecho sería, por definición, *ius cogens*, toda vez que la norma jurídica, a diferencia de la norma moral, es de inexorable cumplimiento, por lo que, en conclusión, el término *ius cogens* no sería sino un pleonasio, o si nos gusta más, un truismo o una tautología.

Presentar así las cosas es no haber entendido el abecé del *ius cogens*, el cual no consiste en el cumplimiento forzoso de la norma jurídica (en cuya hipótesis el *ius dispositivum* sería, a su vez, de cumplimiento voluntario) sino en la exclusión de todo acuerdo particular derogatorio de la norma *iuris cogens*. Éste, y no otro, es el carácter propio de las normas imperativas, y por lo demás, no hay sino abrir cualquier código para comprobar cómo al lado de disposiciones absolutamente impositivas, como, digamos, la obligación del padre de alimentar a sus hijos, hay innumerables artículos, señaladamente en materia de contratos, en los cuales el legislador se limita a enunciar cierta línea de conducta que habrán de seguir las partes, pero como supletoria de su voluntad, ya que en tales artículos aparecen una y otra vez restricciones como las siguientes: “si las partes no convinieren en otra cosa”, “salvo acuerdo en contrario”, y otras similares.

12 Guggenheim, P., *Traité de droit international public*, 2a. ed., 1967, I, p. 128.

13 Nissot, Joseph, “Le concept de *ius cogens* envisagé par rapport au droit international”, *Revue balge de droit international*, 1968, pp. 1 y ss.

En conclusión, podemos hacer nuestras, sin el menor temor, las palabras de Krystyna Marek: “Puede decirse, por tanto, que en derecho interno el *ius cogens* es una institución sólidamente anclada en el orden jurídico y que funciona de una manera efectiva, gracias al alto grado de desarrollo de aquel derecho”.¹⁴

Hermann Mosler, por su parte, se hace igualmente eco del sentir común, al decir que el *ius cogens* en derecho interno se integra por la concurrencia de dos datos de inmediata comprobación.¹⁵ El primero es la existencia de un legislador, el cual determina soberanamente aquello que deja a la libre actuación de las partes, como igualmente los límites infranqueables a esta libertad. El segundo dato o presupuesto es, como dice Mosler, la relación vertical, de mando y obediencia, entre gobernantes y gobernados, gracias a la cual es posible, para los primeros, delimitar, como queda dicho, los ámbitos del *ius cogens* y del *ius dispositivum*.

Pasando ahora del derecho estatal al derecho interestatal, no hay mayor dificultad en admitir la existencia de un *ius cogens* regional o particular si nos restringimos a aquellos organismos internacionales o uniones de Estados que han alcanzado un grado de cohesión muy semejante al del Estado singular, con órganos supranacionales en los tres órdenes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es el caso, obviamente, de las comunidades europeas (comunidad económica, comunidad del carbón y del acero, Euratom) las cuales han podido estructurarse de este modo por ser miembros igualmente partícipes del más alto grado de civilización y haber entre ellos un cierto equilibrio de poder, lo que permite la constitución de órganos supranacionales que de otra suerte podrían estimarse opresivos. Con respecto a estas comunidades, una vez más, todos admiten que dentro de ellas pueda darse un *ius cogens*, a ejemplo del que se da dentro de cada Estado en particular.

El problema, el gran problema, es el de saber si, con toda propiedad, puede hablarse de un *ius cogens* en el ámbito mundial, de un derecho impositivo sobre todos los miembros de la comunidad internacional. Es aquí donde se dividen los caminos; donde se opera, aún hoy, la confrontación doctrinal.

¹⁴ Marek, Krystyna, “Contribution à l'étude du *ius cogens* en droit international”, *Mélanges Guggenheim*, p. 432.

¹⁵ Mosler, Herman, “*Ius cogens im Völkerrecht*”, *Annuaire suisse de droit international*, 1968, pp. 9 y ss.

De momento, sin embargo, parece prematuro entrar de lleno en el corazón del debate, lo cual tendrá su lugar adecuado en la parte sistemática de este trabajo. Por ahora no quisiéramos romper el hilo histórico que estamos devanando, por lo que pensamos que lo mejor será, dentro de un tratamiento histórico-doctrinal, examinar los elementos de *ius cogens* que pueda haber, *avant la lettre*, en los padres del derecho internacional en primer lugar, y luego en los grandes autores que se suceden del Renacimiento a los tiempos modernos. Sin este trasfondo ideológico, en efecto, sería ininteligible la asunción del *ius cogens* en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y quedaría trunca, además, la prehistoria de esta institución.

1. Ius cogens y ius naturale

En los clásicos del derecho internacional, de Vitoria a Vattel, en la mayoría por lo menos, el derecho natural asume la función que en la actualidad corresponde al *ius cogens*, y podríamos decir, además, que lo suple con ventaja. Entre el *ius cogens*, en efecto, y el *ius naturale*, se da el estrecho parentesco de ser ambos normas superiores y en lo más alto de la escala jerárquica, y ser, ambos también, inderogables por toda convención particular en contrario. Como nota diferencial, por otra parte, el derecho natural, en sus primeros principios por lo menos, es absolutamente inderogable, al paso que el *ius cogens*, en la versión positivista del artículo 53 de la Convención de Viena, puede ser derogado por una norma subsecuente del mismo carácter, y por esto hemos dicho que el derecho natural reemplaza con ventaja al *ius cogens* en la tradición clásica. La ventaja resulta de que en la concepción iusnaturalista hay mayor verticalidad y, por esto mismo, mayor jerarquía. Por algo en la comisión de derecho internacional ciertos iusnaturalistas tan connotados como Jesús María Yepes y Antonio de Luna saludaron con gran alborozo la aparición del *ius cogens*, y en general, según tendremos ocasión de comprobarlo, no hay ningún iusnaturalista adverso al *ius cogens*.

Repasemos ciertos textos de nuestros clásicos para ejemplificar lo que vamos diciendo.

Para empezar con Francisco de Vitoria, padre y fundador del derecho internacional moderno (nadie en la actualidad le disputa este título) tenemos, en primer lugar, su afirmación categórica de que el derecho de gentes o es derecho natural, o se deriva del derecho natural: *ex iure gen-*

*tium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali.*¹⁶ Decir lo cual no es, por supuesto, negar el derecho positivo, ya que la “derivación” de que habla Vitoria es la que, según dejó consignado Santo Tomás, tiene lugar tanto por vía de conclusión como por vía de determinación (*per modum conclusionis, per modum determinationis*) siendo esta última no determinación lógica, determinación necesaria, como la conclusión de sus premisas, sino, todo lo contrario, libre determinación del legislador. Lo único que Vitoria, por tanto, persigue con aquella declaración, es encarecer la supremacía del derecho natural, verdadero *ius cogens*, y en sus primeros principios, además, inderogable.

Pero al lado de este *ius cogens* natural o necesario, hay (en Vitoria por lo menos) un *ius cogens* positivo o voluntario, y al que tampoco es lícito transgredir, por haber sido promulgado, como diríamos hoy, por la comunidad internacional en su conjunto. Así está, a lo que nos parece, en el famoso texto vitoriano *de potestate civili*:

El derecho de gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes... En asuntos graves, por tanto, ningún Estado puede darse por no obligado por el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.

Es sin duda, uno de los textos sobresalientes, por lo clarividente y profético, del genial dominico español. Mil veces ha sido comentado, a propósito sobre todo de la organización u organizaciones mundiales de nuestros días; pero no debe tampoco pasar inadvertido este énfasis que el maestro pone en el carácter de ley (*vis legis*) que pueden llegar a asumir ciertos acuerdos internacionales, cuando su materia es de gran importancia (*in gravioribus*) y han sido tomados, además por la comunidad internacional en su conjunto, el *totus orbis* en la terminología vitoriana. A estas normas así producidas no puede sustraerse ningún Estado, haya o no concurrido a su formación; todo lo cual configura puntualmente los rasgos definitorios de lo que entendemos hoy por *ius cogens*.

Este segundo *ius cogens*, a diferencia del primero, es perfectamente derogable, pero a condición de que esta derogación esté de acuerdo el

16 Vitoria, Francisco de, *De Indis prior, de titulis legitimis*, 2.

totus orbis. Mientras este requisito no se cumpla, aquella norma de derecho internacional general no puede ser modificada por ningún acuerdo particular en contrario. Dicho en otros términos, el famoso texto vitoriano anticipa en forma genial el artículo 53 de la Convención de Viena.

El *ius cogens naturale*, por el contrario, no es susceptible de derogación alguna, y a esta categoría pertenece, a no dudarlo, el *ius naturalis societatis et communicationis*, principio y fundamento del derecho internacional en Francisco de Vitoria. ¿Cómo podría derogarse este principio sin destruir, *ipso facto*, el derecho de gentes? Retengamos, por tanto, ambas categorías: *ius cogens naturale*, *ius cogens positivum*, para cuando, en los posteriores capítulos, nos enfrentemos con este problema.

2. *El iusnaturalismo grociano y posgrociano*

Hugo Grocio, por su parte, aunque protestante, guarda la posición tradicional católica al definir el derecho natural de la manera siguiente: “El derecho natural es un dictado de la recta razón, según el cual hay en ciertos actos, por su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional, una torpeza o, por el contrario, una necesidad moral, y consecuentemente han sido tales actos prohibidos u ordenados por Dios, autor de la naturaleza”.¹⁷

Esta es pues, la posición personal de Grocio, y en ella se coloca con toda decisión; pero en otro párrafo se le ha ocurrido decir que habría también una ley natural “aunque concediéramos (lo que sería el mayor de los crímenes) que Dios no existe, o que no se cuida de las cosas humanas”.¹⁸

No fue sino un *obiter dictum*, como resulta con toda claridad de todo el contexto, pero arrastró a la posteridad. En los sucesores del gran jurista la hipótesis pasó a ser tesis, o por lo menos, para decirlo en términos husserlianos, se puso a Dios entre paréntesis. La naturaleza en sí misma, y ya no en tanto que obra divina, es normativa, y sólo con este presupuesto es comprensible el conocido apotegma de Montesquieu, según el cual las leyes, todas en general, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. Y la razón natural, al describir estas relaciones, se da así misma su propia ley, por donde la *lex naturalis* —pres-

17 Grocio, *De iure belli ac pacis*, lib. I, cap. I, 10.

18 *Ibidem, Prolegomena*.

cindiendo de que pueda ser un reflejo de la *lex aeterna*— pasa a convertirse, para el hombre y la conducta humana, en la *lex rationis*.

En su tiempo no dejó de causar cierto escándalo esta laicización del derecho natural, como llegó a llamársela. Hoy, por el contrario, hasta un pensador católico como Le Fur, tiene aquella tentativa por “perfectamente legítima”,¹⁹ y en nuestro tiempo no podemos pensar de otro modo. En un mundo plural y dividido como es el nuestro, donde la mayor parte de la humanidad es agnóstica ¿sobre qué otra base podemos entendernos sino sobre la razón común, el *logos koinós* del pensamiento antiguo? A falta de la *lex divina*, ¿a qué otra ley sino a la *lex rationis* podemos apelar como a una instancia superior al derecho positivo, cuando lo sentimos tiránico o injusto?, ¿no fueron los horrores del nazismo los que determinaron, precisamente y ante todo en Alemania, el renacimiento del derecho natural?

Por lo que haya sido, en fin, el hecho fue que este derecho natural inmanente al hombre y a la razón humana, señoreó en general el pensamiento europeo, y en esto no hubo la menor claudicación, ni durante la Revolución francesa. Muy lejos de ello, sus mayores exponentes, después de haberse emancipado de Dios, organizan la fiesta de la diosa Razón, con lo que reconocen, como subraya Georges Ripert, que esta Razón no es una pura facultad psicológica, sino una fuerza superior ante la cual debemos inclinarnos. ¿Qué más aún? Por poco estuvo en que el Código Napoleón no empezara con el siguiente artículo: “Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, y que no es sino la razón natural en cuanto que gobierna a todos los hombres”.

Si el artículo no pasó, no fue debido a ninguna discrepancia doctrinal en el seno de la comisión redactora del Código Civil, sino porque sus miembros estimaron, con muy buen sentido, que en un cuerpo de leyes no tiene por qué aparecer la ideología personal de sus autores. El estado teológico pudo haberse superado en la Revolución francesa, pero estaba en todo su imperio el estado metafísico, y había que esperar hasta Comte para el advenimiento del estado positivo.

Volviendo a Grocio, el predominio del derecho natural sobre el derecho positivo es patente en la distinción entre derecho necesario y derecho voluntario, *ius necessarium*, *ius voluntarium*. El derecho necesario, otro

¹⁹ Le Fur, Louis, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe-siècle et la doctrine moderne”, *Rec. Des Cours*, 1927, vol. 18, t. III, p. 303.

nombre para designar al derecho natural, señorea por entero el orden jurídico positivo, sometido todo él a la norma *pacta sunt servanda*, la cual, según declaración expresa de Grocio, es de derecho natural: *cum iuris naturae sit stare pactis*.²⁰ Ahora bien, y es algo de la mayor importancia, de este principio o fuente, como lo dice él mismo, deriva para Grocio no sólo todo el derecho internacional, el contractual y el consuetudinario —ya que, para Grocio, la costumbre es un pacto tácito— sino, inclusive, el derecho civil: *ab hoc ipso fonte iura civilia fluxerunt*.²¹ Y la razón de esto último está en que Grocio, mucho antes de Rousseau, postula la teoría del contrato social como generador de la sociedad civil y política por todo lo cual, en suma, el pacto es el origen último, hacia el interior y hacia el exterior, de todo el derecho en general, *de universo iure*.

Distinto del derecho necesario es el derecho voluntario, es decir positivo, el cual, en concepto de Grocio, puede ser divino o humano. Derecho divino positivo es, por ejemplo, la ley mosaica en todo lo que no es —como sí lo son los preceptos del Decálogo— de derecho natural. Derecho voluntario humano, a su vez, es tanto el derecho civil como el derecho de gentes, entendiéndose por este último el que deriva su fuerza obligatoria de la voluntad de todos los Estados, o de muchos de entre ellos.²² En Grocio, en conclusión, el *ius naturale* o *ius necessarium* desempeña la función que en la actualidad atribuimos al *ius cogens*.

El iusnaturalismo grociano, y más en concreto el iusnaturalismo racionalista, se prolonga hasta bien entrado el siglo XIX, es decir hasta la aparición del positivismo, cuando desaparece toda relación de verticalidad, de jerarquía, entre las normas del derecho de gentes. A este respecto, suele hacerse una excepción en el caso de Richard Zouch, quien, según esta concepción, habría sido el primer positivista en la ciencia del derecho internacional. Esta observación es correcta, a nuestro parecer, si se mira al método seguido por Zouch, el cual, como buen inglés, se sitúa en el terreno firme de la práctica de los Estados, la costumbre y los tratados. En lo que hace a los principios, en cambio, Zouch, en la apreciación de Georges Scelle,²³ no es sino un vulgarizador de Grocio, y en lo que se refiere a la doctrina, no ha innovado nada en absoluto. Para él

20 Grocio, *Prolegomena*, 15.

21 *Idem*.

22 Grocio, *De iurebelii acpacis*, lib. I, cap. I, 14: *quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit*.

23 Grocio, *De iurebelii acpacis*, *Les fondateurs du droit international*, París, Pillet, 1904, p. 321.

también, como para Grotius, el derecho está fundado en la *ratio communis humana*, y a esta *ratio* debe acomodarse, si ha de ser fuente de derecho, la costumbre internacional: *mores rationi congrui*.

De manera, pues, que en conclusión, Grotius mantiene el cetro, y en ningún otro aspecto puede esto apreciarse mejor como en la fidelidad que ciertos autores del dieciocho (Wolf, Vattel, Rivier) guardan con respecto a la distinción grotiana entre *ius necessarium* y *ius voluntarium*, con la consiguiente inmutabilidad del primero. Nada lo ejemplificará mejor que el siguiente pasaje de Vattel:

Llamamos derecho de gentes necesario, a aquel que consiste en la aplicación del derecho natural a las naciones. Es necesario, porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo. Este derecho contiene los preceptos que la ley natural da a los Estados, para los cuales esta ley no es menos obligatoria que para los particulares, toda vez que los Estados están compuestos de hombres, que sus deliberaciones son tomadas por hombres, y que la ley de la naturaleza obliga a todos los hombres, sea cualquiera la relación en que actúen. Es el mismo derecho al que Grotius y los que le siguen llaman derecho de gentes interno, en tanto que obliga a las naciones en conciencia. Hay inclusive algunos que lo llaman también derecho de gentes natural.

Puesto que el derecho de gentes necesario consiste en la aplicación a los Estados, del derecho natural, que es inmutable, por estar fundado en la naturaleza de las cosas, y en particular en la naturaleza del hombre, síguese de aquí que el derecho de gentes necesario es inmutable.

Por el hecho de ser este derecho inmutable, y la obligación que impone necesaria e indispensable, las naciones no pueden convenir en ningún cambio al mismo, ni eximirse de su observancia ellas mismas, o recíprocamente entre sí.

He aquí el principio por medio del cual es posible distinguir las convenciones o tratados legítimos, de aquellos que no lo son, y las costumbres inocentes y razonables, de aquellas que son injustas o condenables.

Hay cosas justas y permitidas por el derecho de gentes necesario, sobre las cuales pueden las naciones convenir entre ellas, o consagrarlas y fortificarlas por los hábitos y la costumbre. Hay además, cosas indiferentes, sobre las cuales pueden arreglarse como les plazca, por tratados, o introducir tal costumbre o tal uso que crean pertinente. Pero todos los tratados, todas las costumbres que estén en contra de lo que el derecho de gentes necesario prescribe o prohíbe, son ilegítimas.²⁴

24 Vattel, *Droit des gens*, París, 1863, pars. 7-9.

Todavía en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no faltó quien reconociera la función vicaria que, con respecto al *ius cogens*, había desempeñado en cierta época el derecho natural. Así lo hizo, entre otros, a pesar de sustentar un ideario positivista, el representante de México, en la intervención de que damos cuenta en el siguiente capítulo.

¿Qué más aún? En la misma Conferencia de Viena, el derecho natural mantuvo un vez más su pretensión a su existencia, y a ser reconocido como el verdadero fundamento del *ius cogens*, en la notable intervención del representante de la Santa Sede, profesor René-Jean Dupuy. Comenzando por referirse a los vicios del consentimiento y pasando en seguida al *ius cogens*, el eminente jurista francés terminó por ofrecer un principio de interpretación del actual artículo 53 en los párrafos de su intervención que a continuación transcribimos:

La Parte V del proyecto recoge la teoría de los vicios del consentimiento, elaborada en los sistemas nacionales desde la antigüedad. El texto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional introduce en el derecho de los tratados conceptos que, hasta ahora, no habían encontrado sino ocasionalmente un lugar en él. La Santa Sede no puede menos que sumarse a cualquiera tentativa de colocar, por encima del poder, ciertos principios fundamentales. En su doctrina, esta función corresponde al derecho natural. Ciertamente, el *ius cogens* no debe ser confundido con el derecho natural, ya que en el primer caso sus normas no son inmutables, aunque comprenda normas de derecho natural. Ciertos principios, como la prohibición de la esclavitud y del genocidio, han entrado a formar parte del derecho positivo; pero estos imperativos de derecho natural han sido ratificados y consagrados por el derecho positivo sin perder por ello su valor de normas fundamentales que responden a una exigencia de la conciencia universal. Se puede incluso afirmar que esta integración progresiva del derecho natural en el derecho positivo es sumamente deseable, puesto que le aporta cada vez mayor precisión.

Refiriéndose al artículo 50, el representante de la Santa Sede se pregunta si no sería posible, aun renunciando a hacer una enumeración de las normas que componen el *ius cogens*, establecer un principio de interpretación que dé a este concepto un valor más preciso. A juicio de la delegación de la Santa Sede, este denominador común se encuentra en el principio de la primacía de los derechos humanos, principio que las Naciones Unidas han consagrado universalmente, y al cual han dedicado el año 1968. La convención sobre el derecho de los tratados ofrece la ocasión de contribuir a esta promoción de los derechos humanos en el orden internacional convencional. ¿Por qué no interpretar el artículo 50 como si se refiriese esencialmente a los derechos huma-

nos? En efecto, el derecho internacional actual tiende a repudiar las prácticas inspiradas en un espíritu de discriminación y de dominación, y a sustituirlas por soluciones fundadas en la comprensión mutua y en la cooperación. Una interpretación de esta naturaleza se aproximaría al ideal común de justicia, que aún por encima de todas sus divergencias, a todos los hombres de buena voluntad.²⁵

En este rápido repaso de las antiguas doctrinas que estamos haciendo, convendrá siempre tener presente que, se invocase o no el derecho natural, hubo siempre autores que en una u otra forma pretendieron establecer ciertos límites a la libertad de contratación de los Estados. Así lo hacen, por ejemplo, Bluntschli y Fiore en sus respectivos ensayos de codificación. En el jurista suizo, en primer lugar, encontramos el siguiente artículo:

Artículo 410. La obligación de respetar los tratados se basa en la conciencia y el sentimiento de la justicia. El respeto a los tratados es una de las condiciones necesarias de la organización política e internacional del mundo.

En consecuencia serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional.²⁶

En un intento de casuística de los tratados que serían nulos por uno u otro de los indicados conceptos, añade Bluntschli los dos siguientes artículos:

Artículo 411. Son contrarios a los derechos reconocidos de la humanidad y nulos por consiguiente, los tratados que:

- a) Introducen, extienden o protegen la esclavitud.
- b) Rehusan todo derecho a los extranjeros.
- c) Son contrarios a la libertad de los mares.
- d) Prescriben persecuciones por creencias religiosas.

Artículo 412. Son contrarios al derecho internacional y nulos por consiguiente, los tratados que tienen por objeto:

- a) El establecimiento de la dominación de una potencia sobre el mundo entero.
- b) La supresión violenta de un Estado viable, capaz de defender su existencia, y que no amenaza el mantenimiento de la paz.

²⁵ A/CONF/39/11, *Documentos oficiales*, p. 285.

²⁶ Bluntschli, *Le droit international codifié*, París, 1886, pp. 247 y 248.

Fiore, por su parte, proponía lo siguiente en su proyecto de codificación: “Artículo 755. Ningún Estado puede por virtud de un tratado obligarse a hacer algo que esté en contra del derecho internacional positivo, o de los preceptos de la moral y la justicia universal”.

3. *La jurisprudencia anterior a la Convención de Viena*

A medio camino, si podemos decirlo así, entre la prehistoria y la historia del *ius cogens*, pero fuera de la historia legislativa propiamente dicha, la cual empieza solamente con los trabajos de la comisión de derecho internacional, estaría la aportación de la jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Aunque esta aportación, por lo demás, es bien magra en comparación con la otra tan abundante de la doctrina, haríamos mal en menospreciarla, ya que, en el peor de los casos, ciertas ejecutorias o pronunciamientos individuales pueden verse al menos como heraldos de lo que más tarde habrá de configurarse adecuadamente como *ius cogens* o, lo que es lo mismo, como orden público internacional.

En la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo el Crimen del Genocidio, encontramos en primer lugar la afirmación categórica de que los principios que sirven de base a la convención, son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, “aún fuera de todo vínculo convencional”. Con esto solo no habría bastado tal vez para dar el carácter de *ius cogens* a los susodichos principios, pero en seguida añade la Corte que aquella concepción trae consigo “el carácter universal de la condenación del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”. Fundada en estas consideraciones, la Corte termina diciendo que la Convención sobre el Genocidio ha sido deseada, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, “como una Convención de alcance claramente universal” y que “los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienden solamente todos y cada uno, un interés común: el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención”.²⁷

En opinión de Vladimir Paul, lo que la Corte viene a decir, en resumidas cuentas, es que “los altos propósitos de la convención sobre el genocidio tienen un carácter absoluto y constituyen una limitación a la

27 CII, *Recueil*, 1951, p. 23.

autonomía de la voluntad de los Estados en esta materia".²⁸ Erik Suy, por su parte, dice que difícilmente podría haberse expresado con mayor claridad la idea de un orden público internacional.²⁹

La opinión consultiva de la Corte es realmente uno de los más notables pronunciamientos en la materia. Fuera del caso específico que lo motivó, en él se delata desde entonces uno de los criterios más fidedignos de identificación de una norma *iuris cogens*, como lo es el de que ésta encarna no un interés particular de los Estados, sino un "interés común" de la comunidad internacional. Y la norma en cuestión, además, desborda con mucho el texto escrito que la consigna, pero que no la crea, para asumir "une portée nettement universelle". De la misma manera, y según veremos después, ciertos preceptos de la Carta de las Naciones Unidas no rigen tan sólo entre sus miembros, sino que son preceptos de derecho internacional general, y en esta condición, además, normas imperativas.

Como pronunciamiento puramente individual, pero de gran valor expresivo (por algo la registran todos los autores) tenemos la opinión disidente del juez Schucking en el caso de Óscar Chinn, ventilado ante la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional. Por la primera vez quizás (era el año de 1934) se planteó en tal foro y en sus propios términos, la existencia de un *ius cogens* internacional, y precisamente con la sanción —la nulidad de pleno derecho— que actualmente acompaña a los actos contrarios a una norma *iuris cogenitis*. El ilustre juez decía, lo siguiente:

Lo que yo no puedo imaginar es que la Sociedad de Naciones hubiera podido comenzar los trabajos de codificación del derecho internacional si desde el principio no le hubiera sido posible crear en este dominio un *ius cogens* al efecto de que cuando los Estados han convenido en ciertas reglas jurídicas y se han obligado igualmente a que estas reglas jurídicas no puedan modificarse por algunos de entre ellos únicamente, todo acto efectuado en contravención a esta obligación es nulo de pleno derecho... Jamás, por ejemplo, la Corte, podría aplicar una convención cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres... el juez, en este caso, se encuentra en la misma situación en la que, a consecuencia de un vicio original, una convención invocada por las partes

28 V., Paul, *The legal consequences of conflict between a treaty and an imperative norm of general international law*, O. Z. für öffentliches Recht, 1971, p. 25.

29 Suy, Erik, *The concept of ius cogens...* cit., p. 60.

es, en realidad, nula y sin efecto. Es la idea del orden público internacional la que debe determinar la actitud del juez en un caso semejante.³⁰

Como diría nuestro clásico, “todo en este discurso está cifrado”: la estructura del *ius cogens*, su sanción, sus efectos y, por último, la radicación en la comunidad internacional en su conjunto, en ella solamente, del poder de crear, modificar o abrogar normas imperativas de derecho internacional general.

En opinión de ciertos autores, habría aun otros casos en la jurisprudencia internacional, en los cuales estaría también más o menos prefigurado el *ius cogens*. Nosotros, por nuestra parte, preferimos limitarnos a las declaraciones más ciertas y categóricas, y por esta razón no nos alargamos más en esto. En la jurisprudencia nacional, en cambio, no podemos desentendernos de la célebre decisión de la Corte Suprema Constitucional de la República Federal de Alemania, pronunciada el 7 de abril de 1965. Ante este tribunal, una empresa suiza con intereses financieros en Hamburgo, pretendió eximirse del pago de ciertos impuestos decretados por el gobierno federal alemán para formar un fondo destinado a aliviar la suerte de las víctimas de la guerra. No obstante que una convención celebrada entre la Confederación Helvética y la República Federal de Alemania estipulaba expresamente que los nacionales de una y otra parte estarían sujetos por igual al pago de cualesquiera impuestos que cada una de ellas pudiera decretar dentro de su propio territorio, todavía la empresa demandante alegaba que dicha convención no podía aplicarse en el caso sujeto a litigio, por contravenir la misma convención a una norma de derecho internacional general, en virtud de la cual no podía obligarse a los extranjeros a contribuir a la solución de obligaciones resultantes de una guerra. La convención germano-suiza, en otras palabras, era derogatoria de una norma de *ius cogens*, la cual, por lo tanto, debía aplicarse por sobre la letra de la convención.

La Corte, por su parte, estimó que la susodicha norma de derecho internacional general no tenía el carácter de norma imperativa, por lo que los Estados podían perfectamente convenir entre sí, el régimen que mejor les pareciera en materia impositiva. Pasando del caso concreto al terreno de los principios, la Corte federal alemana sentó en su ejecutoria la siguiente doctrina:

³⁰ CPJI, Serie A/B, núm. 63, pp. 149 y 150.

El derecho internacional consuetudinario es esencialmente *ius dispositivum*. Decir que las normas generales de derecho internacional consuetudinario tienen prioridad, en principio, sobre las estipulaciones contractuales, esta proposición es extraña al derecho internacional general. El derecho internacional de los tratados tiene por lo general prioridad sobre el derecho consuetudinario, ya que se trata de un derecho posterior y más especial. Únicamente un pequeño número de normas jurídicas elementales pueden considerarse como normas de derecho internacional consuetudinario que no pueden derogarse por un tratado. Este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional.³¹

La Corte federal alemana, por consiguiente, aceptó la existencia de normas imperativas de derecho internacional general, pero únicamente de carácter consuetudinario y, además, en número bien limitado.

Para terminar con esta parte de nuestro estudio deseamos recalcar, una vez más que por ahora nos hemos referido exclusivamente a la jurisprudencia nacional e internacional anterior a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En su lugar oportuno trataremos de la que se ha producido simultáneamente con dicha Convención o con posterioridad a ella.

A despecho de la aportación doctrinal y jurisprudencia de que hemos dado cuenta, en el derecho positivo, sin embargo, la regla seguía siendo la libertad ilimitada de contratación. Entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial encontramos una codificación regional del derecho de los tratados en la convención sobre tratados, suscrita en la Sexta Conferencia Internacional Americana (Habana, 1928). En dicho instrumento podemos leer lo siguiente: “Artículo 18. Dos o más Estados pueden convenir en que sus relaciones se rijan por otras reglas que no sean las establecidas en convenciones generales celebradas por ellos mismos con otros Estados”.

De acuerdo con esto, no había lugar para un *ius cogens* de cualquier especie, por lo menos en el derecho convencional de los tratados.

³¹ El texto de la sentencia lo he tomado de Riesenfel, Stefan A., *Ius dispositivum and ius cogens in international law*, AJIL, 1966, vol. 60, pp. 511-515.

A decir verdad, la noción de *ius cogens* no se impone definitivamente, en el ámbito de las relaciones internacionales, sino cuando tenemos realmente un orden jurídico mundial con cierta plenitud de contenido, lo cual no ocurre sino después de la Segunda Guerra Mundial. Hasta entonces, en efecto, el derecho internacional está prácticamente circunscrito a la comunidad atlántica, europeo-americana, ya que tanto en Asia como en África es bien contado el número de Estados soberanos, y la misma Sociedad de Naciones fue sobre todo una organización europea. Con las Naciones Unidas, en cambio, y con el continuo incremento de sus miembros, como resultado de la acelerada emancipación de los pueblos sujetos al yugo colonial, el panorama es otro por completo. Sólo a partir de entonces tenemos verdaderamente un orden jurídico-político de alcance propiamente ecuménico, y en cuyo instrumento constitutivo, además, en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.4) se inscribe la prohibición terminante de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales. Ahora bien, no sólo se trata de un precepto inequívocamente de *ius cogens*, como lo reconocen todos los juristas, sino que, como observa Abi-Saab, una vez establecida una limitación tan capital de la soberanía, el camino está abierto para otras muchas, por lo que la expresada prohibición, en concepto del citado jurista egipcio, fue un viraje fundamental (*turning-point*) en la evolución del *ius cogens*.³²

32 Conference on international law, Lagonissi, 1967, p. 13: (In former times) States could achieve anything they wanted by agreement through a combination of the rule of sovereignty and that of *pacta sunt servanda*. This was made possible by the absence of any limitation on the use of force in international relations. But once resort to force was prohibited, other substantive limitations on sovereignty became possible. This prohibition may thus be considered as a turning point from unorganized to organized international society. Indeed, according to one opinion this turning point is the appearance of a *ius cogens*. Such a *ius cogens* aims at the protection of the interests of the international society as a whole rather than those of individual States.