

III. La dialéctica doctrinal	53
1. Los defensores del <i>ius cogens</i>	55
2. Los negadores del <i>ius cogens</i>	64

III

LA DIALÉCTICA DOCTRINAL

Difícilmente podría incurrirse en exageración al ponderar la trascendencia que en el campo de las relaciones internacionales ha tenido la introducción del *ius cogens* en el derecho de los tratados. En concepto de varios autores, este gran paso ha significado nada menos que la transformación del derecho internacional, su refundición (*refonte*) como lo ha expresado el internacionalista helénico Nicoloudis, en el siguiente pasaje:

Esta refundición, que parece ser el resultado dialéctico del desprecio que hubo por este derecho durante la Segunda Guerra Mundial, reside en el reconocimiento por la Convención de Viena, por la primera vez y con tanto claridad como fuerza, de una voluntad general que trasciende, en el dominio de las relaciones internacionales, a la voluntad particular de cada Estado. Esta última, en lugar de continuar siendo, como hasta ahora, todopoderosa en el plano jurídico, se ve en adelante doblegada y más o menos sumisa al imperativo de la voluntad vigilante de la comunidad mundial, que da ahora sus primeros pasos en la vía de una especie de autoconciencia.¹

Podrá decirse que de momento la nueva “voluntad general” es más un programa que una realización; que sus expresiones normativas son hasta hoy bien escasas y que, en suma, como ha escrito Krystyna Marek, “hay que reconocer que en materia de jerarquía de las normas en derecho internacional, el pensamiento constructivo ha tomado la delantera en algunos casos a la realidad jurídica”.²

Todo esto podrá ser, no lo negamos, pero aún si nos quedáramos en el puro esfuerzo programático, quedaría siempre, como una conquista perenne, en los términos expresados por el jurista argelino Abes Aberkane,

1 Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement contemporain du droit international public*, Atenas, 1974, p. 10.

2 Marek, Krystyna, “Contribution à l’étude du *ius cogens* en droit international”, *Mélanges Guggenheim*, p. 434.

“el hecho de haber reconocido como posible y deseable en el interés de la comunidad internacional, la existencia, en el seno del derecho internacional general, de normas imperativas cuya supremacía sobre cualquier tratado no puede suspenderse sino por el advenimiento de normas de la misma naturaleza”.³

La misma Comisión de Derecho Internacional, según lo hemos visto, prefirió quedarse en un formalismo puro en el artículo de la Convención que finalmente produjo, limitándose a añadir que su contenido material lo irían dando progresivamente la doctrina y la jurisprudencia. *Ai posteri l'ardua sententza*, la formulación de normas imperativas reales, tangibles, concretas.

Ahora bien, y ya que la doctrina, como es notorio, desborda con mucho sobre la jurisprudencia en esta materia, nos ha parecido conveniente, antes de proceder a la hermenéutica de los textos vigentes, reunir en un apretado florilegio —al iniciar la parte sistemática de nuestro estudio— las expresiones doctrinales más sobresalientes sobre *ius cogens*. No sólo las positivas, lo que va de suyo, sino también las negativas, las cuales, en la visión total del fenómeno, suelen ser tan importantes como las positivas. Tal acontece, desde luego, en el pensamiento dialéctico, pero también en filosofías en apariencia tan rígidas como la filosofía medieval. Así puede parecer, una vez más, a primera vista, pero si leemos con atención un artículo cualquiera de la *Suma teológica*, no tardaremos en darnos cuenta que el *sed contra* de las objeciones acaba por integrarse de algún modo en la discusión del problema y en las conclusiones. Así no fuera sino por el hecho de obligar a la tesis a depurarse y refinarse, las objeciones, son, a la postre, un elemento constructivo. Ahora nos referimos a la doctrina moderna (o quizá fuera mejor decir contemporánea, por más que el deslinde no sea siempre fácil de hacer) la cual empieza, desde nuestra perspectiva actual, en los años que siguen al pacto de la Sociedad de Naciones. El pacto, en efecto, configura por primera vez la idea de un orden público internacional, expresión sinónima o en todo caso coextensiva a la concepción del *ius cogens*.

3 Aberkane, A., “La règle *ius cogens*, son rôle dans le droit international”, *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, marzo de 1970, vol. 7, p. 37.

1. *Los defensores del ius cogens*

En esta época, pues, la que corre entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial (el armisticio por antonomasia, como ha llegado a llamársela) el profesor Alfred von Verdross es, sin la menor duda, el gran heraldo, el doctrinario máximo del *ius cogens*. Desde el año de 1935 por lo menos hasta en sus publicaciones más recientes, en un arco temporal de medio siglo o poco menos, el profesor austríaco se ha esforzado incansablemente por fundar la legalidad de las normas imperativas en derecho de gentes.

Desde uno de sus primeros artículos, el primero posiblemente,⁴ Verdross distingue con toda claridad entre tratados internacionales impugnables y tratados nulos.⁵ Los primeros, los tratados impugnables (*anfechtbare*) son los que adolecen de algún vicio del consentimiento: error, dolo, violencia, que puede subsanarse con la ratificación, en plena libertad, de la parte agraviada, y cuya nulidad, en cualquier hipótesis, sólo puede ser declarada a petición de parte. Los tratados nulos (*nichtige*), por el contrario, nulos de pleno derecho, son aquellos que son incapaces de obligar a las partes a causa de su contenido intrínseco, y esto por alguno de los tres siguientes motivos: o por estar en contra de alguna norma positiva y compulsoria de derecho de gentes, o por estipular algo imposible o algo moralmente prohibido.

Volviendo sobre la cuestión en un artículo posterior,⁶ Verdross ponía de manifiesto, desde entonces, el carácter, por sus efectos, que en la Convención de Viena se reconoce actualmente a las normas *iuris cogentis*, o sea que por voluntad de las partes no puede derogarse en nada a lo que dichas normas prescriben de manera “incondicional”.⁷

En el ensayo que Verdross ha hecho de una clasificación de normas imperativas, distingue dos grupos de normas susceptibles de producir la

4 Verdross, Alfred von, *Anfechtbare und nichtige Stasverträge*, *Zeitschrift fur offentliches Recht*, 1935, Bd. XV, pp. 290-299.

5 *Ibidem*, p. 294: Ein Staatsvertrag ist wegen seiness Inhaltes unverbindlich, wenn er entweder gegen eine pistive, zwingende Völkerrechtsnorm verstosst oder wenn Unmögliches oder etwas sittlich Verbotenes anordnet.

6 Verdross, Alfred von, *Forbidden treaties in international law*, AJIL, vol. 31, 1937, pp. 571-577.

7 Verdross, Alfred von, *Anfechtbare und nichtige Sttaverträge... cit.* For it is the quintessence of norms of this character that they prescribe a certain, positive or negative behavior unconditionally; norms of this character, therefore, cannot be derogated by the will of the contracting parties, p. 571.

nulidad de pleno derecho del tratado contrario a ellas. ¿Cuáles son estos dos grupos? El autor nos da la siguiente respuesta:

1) “Las normas imperativas de derecho internacional consuetudinario” (las libertades de la alta mar, la anexión de *terra nullius*, el derecho de paso inocente por aguas territoriales); 2) “Las normas prohibitivas de los tratados *contra bonos mores*”.

Ahora bien, y en lo que concierne a esta segunda categoría, Verdross piensa sobre todo en los tratados cuyo efecto sería el de impedir al gobierno signatario cumplir con los deberes que se imponen a todo Estado soberano y cuya ejecución no puede contrariarse en forma alguna. Entre estos deberes tendríamos, según el autor, los siguientes: “el mantenimiento del orden público, el derecho de defensa de un Estado contra todo ataque exterior, el cuidado que un Estado debe asegurar el bienestar físico y espiritual de sus nacionales en el interior del país, y la protección de sus nacionales en el extranjero”.

Ahora bien, y razonando por nuestra cuenta, lo que a nosotros nos parece es que, por más que pueda ser de *ius cogens* la facultad que todo Estado debe tener de cumplir sus deberes internacionales, entramos ciertamente en un terreno inseguro y resbaladizo al descender a la casuística, y tanto más cuando más prolija la hagamos. ¿Hasta dónde puede llevar, por ejemplo —en México lo sabemos demasiado bien— la *protection of citizens abroad*, cuando es ejercida por una gran potencia?, ¿por qué va a ser, de buenas a primeras, una norma *iuris cogens*?

Por otra parte, no deja de parecer extraño el que Verdross clasifique entre los tratados *contra bonos mores* aquellos que afectan al Estado parte en el cumplimiento de sus mencionados deberes internacionales, cuando por el contrario, y a menos que estemos en un error, la susodicha expresión ha venido aplicándose invariablemente a aquellos tratados que, por su objeto, constituirían una infracción abierta, notoria, clamorosa, de la moral que es aceptada sin discusión y dondequiera. Tratados *contra bonos mores* serían, por ejemplo, aquellos cuyo objeto fuera el tráfico de esclavos, la trata de blancas y otros similares, pero no uno por el cual un Estado se viera privado de los medios de proveer a su defensa. En conclusión, la ciencia jurídica es deudora a Verdross no tanto por su casuística, cuanto por las grandes líneas que abrió en su vigorosa afirmación del *ius cogens* en el derecho de los tratados y en el derecho internacional en general.

El nombre de Verdross suscita espontáneamente el de Hans Kelsen, al cual podemos clasificar entre los adictos al *ius cogens*, aunque no muy entusiasta, según puede colegirse del siguiente pasaje:

Otra cuestión en lo relativo a la esfera material de validez de los tratados, es la de saber si por un tratado puede excluirse la aplicación de normas de derecho internacional general; o bien, como suele formularse la cuestión, si un tratado en desacuerdo con normas de derecho internacional general puede considerarse válido. Es el problema de si las normas consuetudinarias de derecho internacional general tienen carácter de *ius cogens* o de *ius dispositivum*. Algunos escritores sostienen que hay una completa, o casi completa libertad de contratación a este respecto, en tanto que otros aseguran que los tratados en desacuerdo con principios de derecho internacional universalmente reconocidos son nulos o inexistentes. Estos escritores, sin embargo, no pueden señalar con toda precisión las normas de derecho internacional general con carácter de *ius cogens*, es decir aquellas cuya aplicación no puede excluirse por un tratado. Parece probable que un tratado por el cual dos o más Estados se eximan recíprocamente de las obligaciones que les impone la norma de derecho internacional general que prohíbe la ocupación de porciones de alta mar, sea declarado nulo por un tribunal internacional competente en este caso. Pero difícilmente podrá negarse que los Estados pueden válidamente renunciar por un tratado en sus relaciones recíprocas al derecho de ejercer protección sobre sus propios ciudadanos, un derecho radicado en ellos por el derecho internacional general.⁸

Para Kelsen, pues, el derecho de protección diplomática no pertenece, ni con mucho, al *ius cogens*, y en esto, como salta a la vista, se opone abiertamente a Verdross.

Bin Cheng fue otro de los autores que por aquellos años, cuando las voces en favor de *ius cogens* eran distintamente individuales, habló de ciertos principios generales, “con arraigo en el sentido común y en la práctica común de las naciones civilizadas”, que pueden por sí solos oponerse a la omnipotencia contractual de los Estados, como a la omnipotencia legislativa del parlamento británico —así lo dice Cheng— se opone la imposibilidad de hacer de un varón una mujer y viceversa.⁹

Veamos otros autores, entre los que gozan de mayor autoridad.

8 Kelsen, Hans, *Principles of international law*, New York, 1956, p. 344.

9 Cheng, B., *General principles of law*, London, 1953, pp. 393 y 394.

En Oppenheim-Lauterpacht encontramos la siguiente afirmación: “Del mismo modo que no tienen fuerza obligatoria los tratados concluidos con referencia a un objeto ilícito, así también pierden su fuerza obligatoria cuando a consecuencia de un desarrollo progresivo del derecho internacional, llegan a ser inconsistentes con este último”.¹⁰

Es, como puede verse, la doctrina del derecho intertemporal o del *ius cogens* superviviente. Como ejemplo al canto, Oppenheim cita la Declaración de París de 1856, sobre derecho marítimo. Como la abolición del corso formaba parte de dicha declaración (*la course est et demeure abolie*) todos los tratados en que se estipulaba la práctica de aquella institución, quedaron, en opinión de Oppenheim, *ipso facto* cancelados, con tal que, por supuesto, los Estados partes hubieran sido igualmente partes en la declaración de París.

Por otra parte, Oppenheim-Lauterpacht establecen también la doctrina del *ius cogens* antecedente, si podemos llamarlo así, al decir que no pueden vincular a las partes aquellos pactos que tienen un objeto inmoral, como lo sería, por ejemplo, una alianza cuyo objeto ostensible fuera el de atacar a un tercer Estado sin ninguna provocación de su parte.¹¹ Por último, los citados autores enuncian categóricamente lo siguiente: “Es una norma reconocida de derecho internacional consuetudinario la de que las obligaciones que están en desacuerdo con principios universalmente reconocidos de derecho internacional (*paramount principles of international public policy*), no pueden ser objeto de un tratado”.¹²

McNair, por su parte, anticipándose a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, hace la siguiente declaración:

Existen numerosas normas de derecho internacional consuetudinario que, por estar en una categoría superior, no pueden derogarse o modificarse por los Estados contratantes. Trátase de normas que han sido aceptadas o bien expresamente por un tratado, o tácitamente por una costumbre, en cuanto son necesarias para proteger los intereses públicos de la sociedad de Estados o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellas. La comunidad de Estados no puede escapar a este principio, y por más que la práctica judicial y arbitral no contenga muchas alusiones con respecto a su aplicación.¹³

10 Oppenheim-Lauterpacht, *International law*, 8a. ed., Londres, 1958, vol. I, par 546.

11 *Ibidem*, par. 505.

12 *Idem*.

13 McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 215.

Georg Dahm, con base en la distinción entre derecho compulsorio y derecho permisivo (*zwingendes, nachgiebiges Recht*), afirma que las normas compulsorias del derecho internacional consuetudinario constituyen un derecho superior a las demás normas (*das stärkere Recht*) y que, en consecuencia, son nulos los tratados que a ellas se oponen, así como a los dictados de la moral universal.¹⁴

Michael Virally consigna su opinión en los términos siguientes:

El *ius cogens*, al ser la expresión de un interés común a la sociedad internacional en su totalidad, o de una prescripción ética universalmente reconocida, no puede establecerse sino por un proceso que obligue a la sociedad internacional en su totalidad, lo cual, por otra parte, está en perfecta conformidad con el hecho de que el *ius cogens* pertenece al derecho internacional general.¹⁵

Para el profesor Berber,¹⁶ es nulo (*nichtig*) un tratado contrario a una norma de *ius cogens*. A este derecho pertenecen, de manera muy señalada, los principios éticos fundamentales (*die tragenden ethischen Prinzipien*) de derecho internacional, tales como el honor y la independencia de los Estados, el respeto de los derechos humanos fundamentales y el derecho humanitario.

Wilhelm Wengler, a su vez, bien que podamos contarle entre los partidarios del *ius cogens*, inclínase, en una posición sin duda original, por una caracterización más bien formal que material de las normas imperativas. Después de haber sentado la proposición de que el derecho internacional general no contiene ninguna regla que, de manera inmediata y por su contenido (*unmittelbar wegen ihres Inhalts*) no pueda modificarse por acuerdo entre las partes, hay, sin embargo, ciertas normas que, por la importancia de su contenido (*wegen der Wichtigkeit ihres Inhalts*), no sólo se imponen a todos los Estados, sino que cualquiera de ellos puede reclamar de los demás su exacta observancia. “Por derecho internacional imperativo (*zwingendes Völkerrecht*) hay que entender, por tanto, aquellas normas de derecho internacional consuetudinario cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción jurídica colectiva (*Rechtswang*) de la comunidad internacional”.¹⁷ A fin de cuentas, se mira siempre al

14 Dahm, George, *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958, vol. I, p. 17, vol. II, p. 60.

15 Virally, Michel, “Réflexions sur le *ius cogens*”, *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 585.

16 Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1960, vol. I, p. 439.

17 Wengler, Wilhelm, *Völkerrecht*, Springer, 1964, vol. I, p. 412.

contenido de la norma, pero no un contenido determinado *a priori*, sino por la importancia que la comunidad internacional atribuye en cada circunstancia histórica, a la observancia de la norma, una observancia de la que nadie puede eximirse. Lo decisivo, pues, es el hecho histórico de la apreciación, con lo que Wengler parece haber querido poner de manifiesto el carácter dinámico y evolutivo del *ius cogens*.

Seid-Hohenveldern, a su vez, al adherir a la doctrina del *ius cogens*, aunque con extrema cautela, reconoce la existencia de normas imperativas en derecho internacional, pero en seguida agrega que son poquísimas y que hasta hoy sólo tienen este carácter la prohibición del uso de la fuerza y las normas fundamentales del derecho humanitario.¹⁸

Por el prestigio que le rodea y por resumir en su persona la evolución doctrinal que en el mundo ha tenido lugar en esta materia, haremos mención del caso singular de Paul Guggenheim. En su primera etapa, se inscribió denodadamente entre los negadores del *ius cogens*, al declarar paladinamente que no existe norma alguna que prohíba o sancione los tratados internacionales cuyo contenido sea contrario a la moralidad, y que ningún orden público internacional puede limitar la libertad de que gozan los Estados en la creación de normas de derecho internacional.¹⁹ Esto lo decía en 1951, y en 1962, en el artículo que, con la colaboración de Krystyna Marek, escribió para el *Wörterbuch des Völkerrechts*, la mudanza que se ha operado en él es tan profunda, que llega a declarar como imposible de concebir un orden jurídico, sea cual fuere, integrado por normas de carácter puramente dispositivo, todas sin excepción. Un mínimo de normas imperativas, según sigue diciendo, es absolutamente necesario, por lo menos para asegurar la competencia de las partes en la contratación internacional y la obligatoriedad de los tratados. Y no sólo en cuanto a las normas jurídicas formales (*Rechtsform*) sino en cuanto a las normas jurídicas sustanciales (*Rechtsinhalt*) puede haber normas imperativas en derecho internacional y, por último, pueden provenir de cualquiera de las tres fuentes reconocidas del derecho internacional: el tratado, la costumbre o los principios generales de derecho, con lo cual se muestra Guggenheim de una liberalidad extrema.²⁰

18 Seid-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 1965, p. 40.

19 Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, 1951, vol. I, p. 57.

20 Strupp-Schlohauer, *Wörterbuch des Völkerrechts, sub verbo Verträge, Völkerrechtliche*, III, 532: solche normen (zwingende) lassen sich sowohl im Gewohnheitsrecht als auch im Vertragsrecht und unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen finden.

Años después, Krystyna Marek reproduciendo por su cuenta la última doctrina del maestro, decía lo siguiente: “El *ius cogens*, en tanto que conjunto de normas imperativas que limitan la libertad contractual de las partes, existe no solamente en derecho interno sino igualmente en derecho internacional; más aún, no es posible que no exista, ya que de lo contrario el derecho internacional no sería un orden jurídico”.²¹

De gran interés es la posición de Ian Brownlie. En términos generales la expone de la siguiente manera:

El rasgo principal que distingue a esta especie de normas (*ius cogens*) es el de que son relativamente indelebles. Son normas de derecho consuetudinario que no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria subsecuente de efecto contrario. Los ejemplos menos controvertidos de esta clase son la prohibición de una guerra de agresión, la ley del genocidio (su prohibición), el principio de no discriminación racial, los crímenes contra la humanidad y las normas que prohíben la piratería o el tráfico de esclavos... Otras normas que pueden tener este *status* especial incluyen los principios de soberanía permanente sobre los recursos naturales y el principio de autodeterminación.²²

En sentir de Brownlie, la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la *Barcelona Traction*, hizo suya la doctrina del *ius cogens*, al establecer una distinción entre las obligaciones “hacia la comunidad internacional en su conjunto”. Al ejemplificar este tipo de obligaciones, la Corte dijo lo siguiente: “Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y genocidio, como también de los principios y normas relativas a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.²³

Por último, Brownlie opone el *ius cogens* no sólo a los actos bilaterales o multilaterales, sino también a los actos unilaterales. A este propósito, piensa Brownlie que el principio *ex iniuria ius non oritur*, que en la práctica se ve contrabalanceado por el principio de efectividad, recobra toda su entereza por el hecho de que las situaciones oriundas del empleo de la fuerza contrarían en la actualidad una norma de *ius cogens*, por lo que

21 Marek, Krystyna, *Contributio à l'étude du ius cogens en droit international. Hommage à Paul Guggenheim*, Genova, 1968, p. 458.

22 Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 3a. ed., Oxford, 1979, p. 513.

23 ICJ, *Reports*, 1970, p. 32.

dichas situaciones no podrían ya convalecer, como antes, por el reconocimiento o la aquiescencia.²⁴

Si para completar este rápido alarde de los autores más significativos de la Europa occidental (austriacos, alemanes, británicos, franceses) hubiéramos de pasar ahora a la escuela española, no acabaríamos nunca: a tal punto son incontables los juristas de esta nación que, sin discrepancia alguna, han tomado partido por el *ius cogens*, en buena parte influidos, muchos de entre ellos por lo menos, por la tradición iusnaturalista de los siglos de oro. Habiendo de elegir uno solo entre los de mayor prestigio, nos quedaremos con el maestro Miaja de la Muela, para el cual “un ordenamiento jurídico integrado por normas exclusivamente de tipo dispositivo, consistiría más bien un repertorio de consejos que un sistema de reglas”.²⁵ En cuanto pueda hablarse, sigue diciendo Miaja, de una constitución de la comunidad jurídica internacional, sobre la huella de Verdross (*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*) tendremos que convenir en que “en ningún ordenamiento jurídico es concebible una norma materialmente constitucional de estructura meramente dispositiva”.²⁶ Otra cosa será, naturalmente —y el propio Miaja— lo reconoce así cuando la constitución es de tipo formal, hipotético o como se quiera, pero no, una vez más, con una constitución de tipo material, así pueda reducirse a poquísimas normas, o inclusive, como pretenden algunos, a una sola: *pacta sunt servanda*.

De los autores italianos, por último, y por más que entre ellos la opinión en esta materia esté muy dividida, nos contentaremos con citar, entre los partidarios del *ius cogens*, a Rolando Quadri, de quien copiamos, por creerla muy sustanciosa, la siguiente página:

A nosotros no nos parece que pueda ponerse en duda la nulidad de un tratado *contra bonos mores*. Hay que quitarse de la cabeza el prejuicio positivista de que la obligatoriedad de un tratado (por lo menos en el caso de los tratados-ley) reposa en la voluntad de los contratantes, cuando, por el contrario, reposa en la voluntad del cuerpo social, el cual no puede autorizar la prosecución de fines contrarios a las concepciones éticas esenciales de la comunidad internacional. Sería el caso, por ejemplo, de un tratado por el cual se obligaran dos

24 Brownlie, Ian, *Principles of public... cit.*, 3a. ed., Oxford, 1979, p. 83.

25 Muela, Miaja de la, “*Ius cogens y ius dispositivum en derecho internacional público*”, *Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, p. 1126.

26 *Ibidem*, p. 1129.

Estados en favorecer la prostitución, cooperando entre ellos a este fin; o a restablecer la esclavitud o la trata de esclavos, o a promover el tráfico de estupefacientes, u otros objetos análogos. No creemos que ningún tribunal internacional, en presencia de esos casos-límite, sancionara la validez de tales acuerdos... Lo cierto es, pues, que existe un verdadero y propio orden público interestatal (*interstatale*) que debe distinguirse del orden público internacional del derecho internacional privado. El primero, en cambio, es un complejo de principios *positivamente* existentes y de naturaleza inderogable, y que reflejan en el campo del derecho positivo el *standard* moral propio de la comunidad internacional. No se trata, pues, de reintroducir en el derecho internacional positivo el derecho natural (objeción de Guggenheim), sino de reconocer ciertos valores éticos positivamente recibidos y no susceptibles de derogación contractual.²⁷

Como para corroborar el hecho de que el *ius cogens* no se encuentra necesariamente vinculado —en la actualidad por lo menos— al *ius naturale*, podemos ofrecer, como dato de evidencia primaria, la literatura socialista, concretamente la soviética, cuyos exponentes máximos, anti-iusnaturalistas por definición, son, con todo, entusiastas adictos del *ius cogens*. A la cabeza de ellos está, según creemos, el profesor Tunkin, el cual, después de constatar que “la necesidad de los principios y normas imperativas apareció y se ha reforzado con la extensión de las relaciones internacionales”, añade lo siguiente:

Por esta razón el derecho internacional contemporáneo ha presenciado el considerable desarrollo de normas y principios imperativos. De ellos forman parte todos los principios fundamentales del derecho internacional generalmente reconocidos... De este modo, encontramos en el derecho internacional contemporáneo principios y normas de carácter imperativo, sobre la base de acuerdos entre los Estados, los cuales, por ello mismo, no pueden concluir tratados regionales que excluyan aquellas normas y principios en sus relaciones recíprocas. La existencia de normas imperativas no frena de ningún modo la marcha del derecho internacional hacia el progreso. No constituye un obstáculo a la creación de nuevas normas que podrían ir más lejos aún en la dirección de la salvaguarda de la paz y de las relaciones amistosas entre los Estados.²⁸

Tunkin, por lo demás, se cuida bien de recalcar que esta concepción es compartida por todos los internacionalistas soviéticos: “todos ellos re-

27 Quadri, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, 4a. ed., 1963, p. 131.

28 Tunkin, *Droit international public... cit.*, p. 100.

conocen que el tratado debe corresponder a los principios fundamentales del derecho internacional”.²⁹ Sólo que estos principios, según declaración expresa del autor —en su obra escrita y ante la Comisión de Derecho Internacional— deben ser siempre fruto del acuerdo entre los Estados, lo que no excluye la costumbre internacional, ya que, para los pensadores positivistas, la costumbre es, a su vez, un pacto tácito. Y el carácter positivo de las normas imperativas vuelve aún a encarecerlo el jurista soviético, al decir que son, todas ellas, renovables y perfectibles, con el fin de hacer cada día más estable y fructífera la solidaridad internacional.

2. *Los negadores del ius cogens*

Pasando ahora a una revista —todo lo sucinta que se quiera pero imposible de eludir— de los negadores del *ius cogens*, hemos de observar, en primer lugar, que aquí como en general cuando se trata de separar la afirmación de la negación en la realidad concreta, hay siempre un amplia zona —en un principio la más amplia sin duda— ocupada por los indecisos o, si preferimos llamarlos de otro modo, por los escépticos, cuya actitud no implica una negativa de principio, y en todo caso merece ser tomada en consideración. Por esto nos detendremos brevemente en dos o tres de entre ellos, antes de enfrentarse con las posiciones más radicales.

Uno de ellos podría ser, por ejemplo, Charles Rousseau, el de la primera época sobre todo, porque también en él, al igual que en Lauterpacht y en Gugenheim, ha habido una cierta evolución. En 1944, pues, el maestro francés pensaba que en derecho internacional, “a diferencia de lo que pasa en derecho interno, la noción de un orden público que limite la autonomía de la voluntad estatal es prácticamente inexistente, en razón de la estructura esencialmente individualista y voluntarista de la comunidad internacional”.³⁰ Rousseau no desconoce, por lo demás, que ciertos tratados pueden tener un objeto ilícito, en cuanto contrarios a los valores o sentimientos éticos predominantes en cada sociedad y en cada circunstancia histórica; pero tiene el temor —que compartieron igualmente Gugenheim y Lauterpacht— de que por esta vía puede colarse el derecho natural. Por último, y viendo las cosas desde un punto de vista práctico, Rousseau termina diciendo: “En cuanto a la hipótesis de un tratado que

²⁹ *Ibidem*, p. 98.

³⁰ Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, 1944, vol. I, p. 340.

tuviera un objeto ilícito, carece de interés práctico. Los ejemplos citados, después de Heffter, por la doctrina contemporánea, son suficientes para hacer ver que se trata de una pura hipótesis de escuela”.³¹

En 1970, en su tratado mayor, o sea en lo que hasta hoy puede considerarse como su última palabra, Rousseau no ha variado sustancialmente de posición. Ahora como entonces, continúa pensando que ofrece grandes dificultades la trasposición, al derecho internacional, de un orden público análogo al que existe en derecho interno, y cuyo efecto sería el mismo, es decir la limitación de la libertad contractual. “Hay sin embargo —dice— entre los dos órdenes jurídicos serias diferencias de estructura, y que por su naturaleza excluyen todo razonamiento por analogía”.³² En la ausencia de todo poder central, de toda subordinación, ¿cómo concebir la existencia de normas supraconvencionales?

Rousseau, por último, somete a una crítica muy severa el texto del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Transcribimos el pasaje correspondiente, después de haber reproducido, para su mejor intelección, el texto del citado artículo:

Artículo 53. 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.

Esta fórmula —dice Rousseau— es poco satisfactoria en cuanto que responde a la cuestión por la cuestión. Decir que una norma internacional es imperativa porque no es susceptible de derogación, no es una respuesta muy seria al problema planteado. Habría que saber, en efecto, por qué no es posible una derogación de tal norma, y es de temerse que la única respuesta válida sea precisamente la del carácter imperativo atribuido a la norma en cuestión. El debate es, desde este momento, insoluble, a menos de invocar consideraciones de derecho natural —o lo que sería peor— consideraciones de orden político o ideológico impuestas por voto mayoritario y abusivamente erigidas en normas seudojurídicas. La con-

31 *Ibidem*, p. 341.

32 Rousseau, *Droit international public*, Sirey, 1970, vol. I, p. 150.

secuencia inevitable de semejante confucionismo sería la de ofrecer a los Estados un nuevo medio de sustraerse unilateralmente a sus obligaciones convencionales invocando la nulidad de un tratado por no conformarse a un *ius cogens* aún formulado.³³

Otro autor —y su escuela, por consiguiente— que podría estar en la linde de la negación del *ius cogens*, sería Hans Kelsen, por lo menos en opinión de Tunkin. Para el jurista soviético, “la característica esencial de la teoría pura del derecho, es la de arrancar el derecho internacional a la realidad viviente, para ahogarlo en seguida en la práctica”.³⁴ Todo aquello que emane, en efecto, de una fuente formal creadora de derecho, es, para Kelsen, derecho. Si, con todo ello, lo hemos colocado en la primera parte de este recuento, en el capítulo de la afirmación, ha sido porque Kelsen reconoce por lo menos un principio, el de la libertad de los mares, como de *ius cogens* en derecho internacional. Por su propio peso, sin embargo, su doctrina general propende más bien a la negación, y esto hace ver, una vez más, lo azarosas que son, en una materia como ésta, las clasificaciones sumarias y a rajatabla.

Pasando, pues, sin más preámbulos, a los *Iuscogenslaugner*, como los llama Michael Schweitzer, es obligada la mención, en primer lugar, de Dionisio Anzilotti, el mayor representante, en su tiempo, del positivismo jurídico. Para él, y sobre la base de que los Estados son al mismo tiempo los creadores de las normas de derecho internacional y los obligados por ellas, no hay nada que pueda impedir a los mismos Estados abrogar las normas que han establecido a sustituirlas por otras. Desde este punto de vista, sigue diciendo Anzilotti, podría decirse que todas las normas internacionales son dispositivas, sólo que hay ciertos tratados de enlace general que prohíben todo acuerdo particular en contrario, por lo que la cuestión del *ius cogens* podría plantearse en los siguientes términos:

Quando se trata de normas generales o aun de normas válidas para un grupo más o menos numeroso de Estados, lo importante es determinar si estas normas excluyen de manera absoluta o si admiten en límites más o menos grandes, acuerdos particulares derogatorios. A esto se reduce, pura y simplemente, el problema de las normas imperativas en derecho internacional.³⁵

33 *Ibidem*, vol. I, p. 151.

34 Tunkin, *Droit international public... cit.*, 1965, p. 97.

35 Anzilotti, Dionisio, *Cours de droit international*, trad. Gidel, Sirey, 1929, vol. 1, p. 98.

Para Anzilotti, en suma, es apenas una cuestión de técnica jurídica —y no de naturaleza específica— la diferenciación entre *ius cogens* y *ius dispositivum* en derecho internacional. Por su naturaleza misma, toda norma puede revestir indiferentemente uno u otro carácter, y todo dependerá de que, por su tenor o sentido, excluya o no acuerdos particulares en contrario. Anzilotti, por lo demás, acepta la trasposición al derecho internacional de las dos categorías de *ius dispositivum* que encontramos en la doctrina, a saber: normas destinadas a completar una manifestación incompleta de voluntad (normas supletivas, *ergänzendes Recht*), y normas destinadas a regular la relajación, pero sin excluir por ello una regulación diferente por los sujetos interesados (normas permisivas, *nahgiebiges Recht*).

Desde una posición puramente voluntarista, en suma, no hay duda de que son de gran peso las objeciones de Anzilotti en contra de la legalidad del *ius cogens*, de su autonomía específica. Si todas las normas de derecho de gentes, todas en absoluto y sea cualquiera la fuente de que puedan ser oriundas (tratado, costumbre, principios generales de derecho) son producto de la voluntad de los Estados, y más concretamente de la voluntad de cada uno con respecto a cada norma en particular, realmente no se ve por qué cada Estado no pueda desligarse de una norma cualquiera en el momento que más le agrade. Para ello no tendrá sino que denunciar el tratado, o declarar que no se considera más obligado por tal costumbre o por tal principio. *Eius est solvere cuius est condere*.

Desde una posición positivista, en cambio, sí creemos posible la existencia del *ius cogens*. Contra lo que suele creerse, en efecto, no son términos recíprocamente convertibles “positivismo” y “voluntarismo”, por más que el segundo esté incluido dentro del primero, pero no viceversa. Reservamos el tratamiento de esta delicada cuestión, en cuanto pueda afectar al *ius cogens*, para más tarde, y por ahora sigamos con la polémica doctrinal.

Otro autor de la misma época, del primer cuarto del presente siglo, e igualmente en gran boga en su tiempo, von Liszt, se adscribe también entre los negadores del *ius cogens* al decir lo siguiente:

“El derecho internacional es derecho dispositivo. No obliga en absoluto a los Estados, antes bien en ciertos casos permite una modificación por concierto o acuerdo de los Estados interesados. Ello es debido al de-

recho fundamental de la independencia de los miembros pertenecientes a la comunidad”.³⁶

Angelo Piero Sereni, a su vez, se inscribe entre los positivistas más radicales de la escuela italiana. De acuerdo con él, no habría ninguna norma convencional o consuetudinaria a la que no pudiera derogarse, con inclusión de los “principios constitucionales” del orden jurídico internacional, como lo son las máximas *pacta sunt servanda* y *consuetudo est servanda*. No hay ninguna imposibilidad jurídica o conceptual que se oponga a su derogación, y lo único que pasa, según Sereni, es que cuando se habla del *ius cogens* se confunde la legalidad de una norma con su eficacia. De este modo, prosigue diciendo el autor, nada impide que un Estado pueda renunciar contractualmente a tener una flota o una aviación civil o militar, no obstante que, según Verdross, serían principios *iuris cogens* la libertad de los mares o la soberanía del Estado sobre su espacio atmosférico. Lo que no podría hacerse en cambio, es excluir a terceros Estados del alta mar, ya que un acuerdo semejante carecería por completo de eficacia. El ejemplo es bueno, pero no por la razón que da Sereni, de su ineficacia (¿qué impide de hecho a un grupo de potencias excluir a un Estado débil del alta mar?) sino porque con tal acuerdo se violaría el principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, que precisamente por su inderogabilidad radical suele enumerarse entre los principios y normas pertenecientes al *ius cogens*.

En la línea de los negadores del *ius cogens*, y aun en su punto extremo, estaría, a juicio nuestro, el publicista belga Joseph Nissot, cuya posición es verdaderamente singular y, hasta donde sabemos, única.³⁷ Nissot, en efecto, llega hasta rechazar en general y en cualquier campo, la distinción, hoy universalmente admitida, entre *ius cogens* y *ius dispositivum*, por cuanto que, a su juicio, todo el derecho es, por definición, *ius cogens* dado que la norma jurídica, a diferencia de la norma moral, es de cum-

36 Liszt, *Derecho internacional público*, trad. española de Domingo Miral, Barcelona, 1929, p. 17. Dicho sea con todo respeto, creo que la versión española de este pasaje no ha sido muy feliz. Lo que dice Liszt no es que el derecho internacional no obliga “en absoluto” (en ningún caso, de ninguna manera) sino que no obliga “de manera absoluta”, por cuanto que —y sólo “en ciertos casos”— la norma general permite un acuerdo particular modificadorio. El texto original es el siguiente: Das Völkerrecht ist dispositives Recht. Es bindet die Staaten nicht absolut, gibt vielmehr im einzelnen Fälle einer Änderung im Einvernehm en der beteiligten Staaten nache. Liszt-Fischmann, *Das Völkerrecht*, 12a. ed., Berlín, 1925, p. 12.

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

plimiento forzoso, por lo que, en conclusión, el término *ius cogens* no sería sino un truísmo, una tautología. Pero eso no pasa de ser una ocurrencia de mal gusto y un falseamiento de los datos más evidentes de la legislación. Basta con abrir cualquier código para comprobar cómo al lado de disposiciones absolutamente impositivas, como, digamos, la obligación del padre de familia 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 a cuerdo en contrario”, y otras similares.

Como dijimos antes, esto no es serio, esto de negar la existencia de un *ius cogens*, cualquiera que sea su ámbito, *in universo iure*. El verdadero problema (con la posible negación, pero con sentido, de un *ius cogens* internacional), está en la trasposición del derecho interno al derecho internacional, de toda esta constelación conceptual: orden público, normas imperativas o prohibitivas, con las sanciones consiguientes, a la cabeza de ellas la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios.

En este terreno, se coloca el adversario más resuelto del *ius cogens*, Georg Schwarzenberger. La trasposición del *ius cogens* del derecho interno al derecho internacional parecele de todo punto imposible, toda vez que, por más que pueda hablarse de un orden jurídico internacional, este orden está muy lejos de tener la consistencia y efectividad del orden jurídico interno, y descansa no sobre una base de poder, sino en consideraciones de interés recíproco, sentido común y conducta razonable (*common sense and reasonableness*) como en un club cualquiera. ¿Qué ha pasado, se pregunta el autor, cuando dentro de esta sociedad se ha pretendido instaurar normas *iuris cogens*? Este carácter tenía, a buen seguro, el principio del no reconocimiento de adquisiciones territoriales por la fuerza (doctrina Stimson), principio consagrado de hecho en el artículo 10 del Pacto de la Sociedad de Naciones; y con todo ello, sus miembros más prominentes acabaron por reconocer al rey de Italia como emperador de Etiopía. ¿Qué indica todo esto, comenta el autor, sino que un *ius cogens* internacional, no respaldado por una autoridad indiscutible o por un poder incontestable (*overwhelming*) es tan precario como cualquier *ius dispositivum*?

Con mayor claridad que en cualquier glosa ajena, resume Schwarzenberger su tesis del modo siguiente:

El derecho internacional, al nivel de la sociedad internacional inorganizada, no conoce ningún *ius cogens*. La explicación está en la ausencia de todo centro de gobierno dotado de fuerza física incontestable, y tribunales con jurisdicción obligatoria y competencia para formular reglas análogas a las del orden público a nivel nacional. Lo extraordinario es que a lo largo de un milenio y en ausencia de toda concentración de poder en la sociedad internacional, el derecho internacional consuetudinario haya podido desarrollar empíricamente un orden *de facto* de notable estabilidad. Este orden ha tenido por fundamento ciertas limitaciones de sentido común en la libertad de contratar, con base en el principio de reciprocidad... Cuando ésta se hizo a un lado en obsequio a sentimientos más elevados pero sin relación con las realidades inmutables de la sociedad internacional, el *nuevo* derecho internacional ha demostrado no ser otra cosa que un esfuerzo efímero, cuando no, como ha ocurrido a menudo, un alarde inútil.³⁸

Al final de su artículo, Schwarzenberger atenúa en algo su requisitoria tan severa contra el *ius cogens* internacional, al decir lo siguiente:

En una sociedad mundial organizada, los Principio de las Naciones Unidas, con sus formas correspondientes de *ius cogens* en otras instituciones internacionales, se presentan como tentativas tendientes a la creación de normas consensuales de un orden público internacional. Estos esfuerzos, con todo, son aún demasiado precarios, como es el caso en las Naciones Unidas, o muy limitados *ratione personae* o *ratione materiae*, como acontece en los organismos especializados de las Naciones Unidas o en las comunidades europeas supranacionales. Trátese, cuando más, de cuasiórdenes internacionales.³⁹

En labios de Schwarzenberger, es ésta una concesión preciosa, y más aún, nos ofrece, según creemos, el único terreno posible de conciliación en la dialéctica del *ius cogens*, entre la afirmación y la negación. Trataremos de explicarnos en esto con la mayor claridad posible.

¿Qué más nos da, en efecto, o que importancia práctica tiene, el que el orden público internacional, la otra cara del *ius cogens*, sea llamado no “orden” a boca llena, sino un “cuasiorden” (*international quasi-or-*

38 Schwarzenberger, G., “International *ius cogens*?”, *Texas Law Review*, 43, 1965, p. 476.

39 *Idem*.

der)? Es una *capitis diminutio*, se dirá. De acuerdo, por supuesto, sólo que una *capitis diminutio minima*. Lo importante, lo decisivo, es que haya entrado la noción de orden, de orden público internacional, con todo lo que lleva consigo. Será un miniorden, si se quiere, pero con esto basta. Lo que Schwarzenberger declara percibir con toda honestidad, la existencia de normas imperativas en el seno de ciertas comunidades supranacionales europeas (señaladamente, a lo que nos parece, en el Eurotom y en la comunidad del carbón y del acero) no tiene por qué no extenderse a espacios más vastos, en la medida en que la comunidad total vaya adquiriendo la cohesión y la homogeneidad que por ahora es propia tan sólo de ciertas comunidades parciales. Lo que ha sido posible en lo pequeño, tendrá que serlo en lo grande. Por ahora, sin embargo, tendremos que conformarnos con un *ius cogens* de contadas normas, un *minius* a fin de cuenta, pero no importa. Lo esencial es haber despegado.

Es así como al fin alcanzamos la unidad dialéctica que resulta de la contienda. Que hay o debe haber ciertas normas imperativas dentro de una comunidad cuyos miembros son cada día más interdependientes entre sí, como acontece en la comunidad internacional contemporánea, es algo que parece haber sido demostrado suficientemente. Pero a los contradictores y a los escépticos somos igualmente deudores del espíritu de cautela, de reserva y discreción que han sabido insuflarnos, y sin el cual habrá siempre el peligro de caer en una mística del *ius cogens* (contra la cual nos prevenía Jiménez de Aréchaga) o, lo que viene a ser lo mismo, en una inconsiderada proliferación de sus normas.