

IV. Teoría del <i>ius cogens</i> . . . . .	73
1. El derecho internacional general . . . . .	77
2. La cuestión de las fuentes . . . . .	79
3. El problema del derecho convencional . . . . .	81
4. Los principios generales del derecho . . . . .	85
5. El doble consentimiento . . . . .	89
6. Estatismo y dinamismo del <i>ius cogens</i> . . . . .	93

## IV

### TEORÍA DEL *IUS COGENS*

Entrando en la parte sistemática de nuestro estudio, después del preámbulo histórico-doctrinal explicitado en los capítulos anteriores, parece conveniente seguir aquí, a propósito de un derecho *sui generis* como lo es el *ijs cogens*, el método que suele seguirse en las ciencias de la cultura, y más concretamente en la ciencia del derecho. En esta disciplina, en efecto, como lo sabemos todos los que hemos sido formados en ella, lo primero con que se topa el estudiante es con una teoría general del derecho, y sólo al final de la carrera entra en el estudio de la filosofía del derecho. En la teoría general del derecho, pasan ante sus ojos, como en una procesión (uno de los sentidos originarios, por cierto, del término griego *theoría*) los conceptos jurídico fundamentales, sin los cuales no podría entender después ninguna disciplina jurídica en particular. En la filosofía del derecho, en cambio, sobre la amplia base material y empírica de estas disciplinas, cuyo aprendizaje ha quedado atrás, el jurista en ciernes, pero ya a punto de nacer, abre su mente a la percepción del sentido y función del derecho en general dentro de la vida humana, también en general, o como se decía en lo antiguo, sus últimas causas o sus razones ejemplares.

Esta marcha del espíritu, la que sigue la didáctica jurídica en la mayoría de las universidades (las del mundo occidental por lo menos) quisieramos ahora reproducirla en nuestra indagación del *ijs cogens*. Primero la teoría, la mostración escueta de los textos legales, con su correspondiente exegética, eso sí, pero una exegética puramente interna, sin pasar en ningún momento a un dominio metajurídico. En este último, en cambio, debe situarse, por su propio derecho, la filosofía del *ijs cogens*, al inquirir por sus últimas razones y su fundamento radical, así como por su sentido y teleología.

Es posible que en otras disciplinas jurídicas pueda prescindirse de una reflexión filosófica sobre sus términos y conceptos, pero no en el derecho

internacional, en el cual, como decía Jellinek, ocurre de continuo el tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales.<sup>1</sup> Y al recoger este texto, Krystyna Marek añade lo siguiente: “Esta observación vale muy en especial para el *ius cogens*”.<sup>2</sup> Con el *ius cogens*, en efecto, tiene que llegar por fuerza al ápice de la *Stufenbau* kelseniana, a la norma o normas supremas, y consiguientemente, a menos de clausurarse en un juridicismo agnóstico, sin ventanas, habrá que inquirir por su última razón y fundamento.

Por lo pronto, sin embargo, coloquémonos frente al derecho positivo más escueto, comenzando por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que en el texto francés dice así:

Artículo 53. Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, una norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Antes de seguir adelante, es importante (luego se verá por qué) cotejar este texto con los otros dos idiomas de Occidente, inglés y español, que son igualmente auténticos en la Convención de Viena. No podemos ir más allá, dada nuestra ignorancia del ruso y del chino.

El texto inglés emplea el mismo léxico que el texto francés, al definir la norma imperativa *as a norm from which no derogation is permitted*. Hay, como se ve, una perfecta correspondencia entre ambos textos, y por este lado no hay la menor dificultad.

El texto español, en cambio, ofrece la notable variante que resulta inmediatamente de su sola lectura:

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

1 Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 1, In Keiner juristischen Disziplin kommt es so häufig zu einer Erörterung der Grundbegriffe, wie im Völkerrecht.

2 Marek, Krystyna, *Contributio à l'étude du ius cogens en droit international. Hommage à Paul Guggenheim*, Genova, 1968, p. 1.

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.

Conforme en todo lo demás con los textos inglés y francés, el texto español, al contrario de aquéllos, no define la norma imperativa por su inderogabilidad, sino simplemente por el hecho de no admitir acuerdo en contrario. Y la discrepancia en tanto más notable cuanto que en español existe igualmente un numeroso grupo lingüístico agrupado en torno del verbo “derogar” y del sustantivo “derogación”.

¿La diferencia es sólo de léxico, o afecta también al concepto?

Escribiendo mucho tiempo antes no sólo de la Conferencia de Viena, sino aun de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, el profesor Miaja de la Muela decía lo siguiente:

Es necesario precaverse de una confusión muy frecuente entre los intercionistas, entre la norma de *ius cogens* y la insusceptible de derogación. Si las reglas de derecho de gentes son creadas por la voluntad expresa, tácita o presunta de los Estados, una manifestación de voluntad contraria puede derogar cada una de aquellas normas, siempre que emane de los mismos sujetos internacionales que intervinieron en su formación. *Eius est tollere, cuius est condere*. El razonamiento es exacto en lo que afecta a la derogabilidad de las normas jurídicointernacionales; pero derogación es algo muy diferente del ejercicio de una autorización, concedida por la norma misma, para que sus destinatarios se sustraigan en un caso determinado a su fuerza vinculante, y en esta posibilidad de sustracción consiste, precisamente, el carácter dispositivo de la norma jurídica.<sup>3</sup>

Para el maestro español, por lo tanto, la esencia del *ius cogens* no está en la inderogabilidad de la norma, sino en la imposibilidad de que los sujetos de la norma se sustraigan en ningún caso a su aplicación. La norma en sí misma, en cambio, ya sea dispositiva o imperativa, es siempre derogable, con tal que lo hagan los mismos sujetos que la crearon.

¿Influyeron estas ideas de Miaja, compartidas posiblemente por otros juristas, en la redacción española del artículo 53? Es posible que así haya sido, aunque las actas que poseemos no permiten establecer nada con certeza.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Muela, Miaja de la, “*Ius cogens y ius dispositivum* en derecho internacional público”, *Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, p. 1127.

<sup>4</sup> Todo induce a creer que no se levantó ninguna acta sobre este punto.

Lo que nosotros creemos, razonando por nuestra cuenta y a título de mera conjetura, es que en la tradición jurídica que llega hasta nosotros, en la tradición hispanorromana, para ser más claros, derogación y abrogación, derogar y abrogar, son siempre actos del poder público y nunca de los particulares, en cuanto puedan éstos sustraerse, en todo o en parte, al régimen general establecido por la ley. En Roma, que es de donde hay que partir, *abrogarse* se entendió siempre como supresión total (*abrogare legem, abrogare libertatem*, reducir a esclavitud), mientras que *derogarse* se tomó como una modificación parcial del texto legal, según el texto de Modestino: *derogatur legi, quum pars detrahitur*. En los mismos términos lo encontramos, con toda exactitud, en nuestro derecho. El artículo 8o. del Código Civil mexicano de 1884 decía lo siguiente: “La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior”.

En el comentario oficial que acompaña a dicho precepto, podemos leer lo que sigue: “Las leyes quedan sin efecto, por medio de la derogación y de la abrogación. Hay derogación, cuando una ley posterior deja sin efecto una o varias disposiciones de la ley vigente. Hay abrogación cuando deja sin efecto a la ley en su totalidad... La derogación y abrogación de las leyes son actos esencialmente legislativos”.

Con esta semántica, era natural que en el texto español del artículo 53 se evitara el empleo de voces como “derogar” o “derogación” en un texto en que no se alude a ninguna lesión directa de la norma, la cual queda perfectamente intacta, sino simplemente a una desviación o apartamiento, por convenio entre las partes, de los preceptos normativos. Por esto se prefirió hablar directamente del acto mismo, es decir del acuerdo contrario a la norma imperativa. En francés, en cambio, “déroger” parece significar tanto un acto del poder público como uno de los particulares. “Déroger: s’écarter de ce qui est fixé par une loi, une convention”, dice el *Larousse*. Y lo confirma el conocido artículo 6o. del Código Napoleón, cuyos destinatarios son, con toda evidencia, las personas privadas: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs”.

Por último, y sea lo que fuere de cualquier conjetura sobre la composición paralela de los precitados textos, lo cierto es que los tres tienen que significar exactamente lo mismo, pues de otro modo no los habría presentado simultáneamente el Comité de Redacción. La “derogación”, por consiguiente, de los textos francés e inglés consiste precisamente en

el “acuerdo en contrario” del texto español; y esta equivalencia es, a los efectos de la convención, una presunción *iuris et de iure*. Y estuvo bien, a lo que nos parece, que haya habido cierta diferencia lexical entre los tres idiomas susodichos, ya que las dudas exegéticas que pueda suscitar un texto determinado, puede aclararlas tal vez el otro texto correlativo. De este modo, no podrá caber duda en delante de que la derogación de una norma imperativa no podrá consistir sino en el acuerdo en contrario, en esto, y nada más que en esto. “Le *ius cogens* est cela; il n'est pas autre chose”<sup>5</sup>.

Ahora bien, el interés que tiene al poner tanto énfasis en esto, y de aquí esta breve digresión lexicográfica, es la convicción, que emana irresistiblemente de los textos, de que en el momento actual, en un terreno *de lege lata*, el *ius cogens* se contrae a la contratación internacional, y sólo en una especulación *de lege ferenda* podrá pensarse en extenderlo algún día a los actos unilaterales. Si esta dilatación es posible o deseable, y cuál podrá ser el interés práctico que tendría, lo veremos más tarde.

### 1. *El derecho internacional general*

El cotejo entre los diferentes textos (los occidentales nada más) del artículo 53 de la Convención de Viena, nos llevó a considerar, sin habérnoslo propuesto expresamente, primero la diferencia específica, antes que el género próximo del *ius cogens*. Ha sido una inversión inevitable, pero que no perjudica a la comprensión del fenómeno. El *ius cogens*, en efecto, pertenece por su *genus proximum* al derecho internacional general, ya dentro de él se constituye, por su *differentia specifica*, en la norma que no consiente, según el texto que se lea, ninguna derogación o ningún acuerdo en contrario. Habiendo dado, pues, razón de la diferencia específica, volvamos ahora al género próximo, al que incluye al *ius cogens* como una especie dentro del derecho internacional general.

El sentido primario de este término, “derecho internacional general”, nos parece ser por demás obvio. “General” mienta no una mayoría cualquiera, sino una mayoría que se aproxima bastante a la universalidad, al punto de confinar, muy a menudo, con ella, y aun podría decirse que tal es la tendencia implícita en toda generalidad. No hay aquí ningún problema especial de semántica. La norma de derecho internacional general,

5 Marek, Krystina, *Contributio à l'études de ius cogens...* cit., p. 438.

en conclusión, es la norma que recibe una aplicación general en el seno de la comunidad internacional.

Pero si el *ius cogens* forma parte del derecho internacional general en la categoría de normas imperativas, el corolario inmediato de esta comprobación es el de que, por lo menos, dentro del régimen de la Convención de Viena, no hay lugar por ahora para un *ius cogens* particular o regional. Si, para el futuro, es posible o deseable su existencia, es naturalmente otra cuestión que ha sido, por cierto, muy discutida. Desde un punto de vista histórico, el *ius cogens* ha surgido, como hemos visto, de la vivencia de ciertos valores esencialmente humanos y universales, cuyo respeto y vigencia se estima como algo absolutamente necesario a la vida y subsistencia de la comunidad. “La formación del *ius cogens* —ha escrito Julio Barberis— está estrechamente vinculada con consideraciones axiológicas”.<sup>6</sup> Siendo así, es difícil imaginar cómo podrían darse otros valores locales o geográficos cuya realización o reconocimiento tenga el mismo grado de necesidad que los valores universales. *De iure*, sin embargo, nada impediría la formación de un *ius cogens* particular o regional si así lo convinieren las partes en un tratado. Dejaremos sobre esto la palabra a Michel Virally:

Preguntémonos si podría concebirse un *ius cogens* regional, es decir una situación en la cual un grupo de Estados reconocería ciertas normas como muy importantes con respecto a la comunidad particular que forman aquéllos y con respecto a las cuales noaría autorizarse ninguna derogación. Una concepción semejante, que evoca directamente lo que es el orden público en el derecho estatal, y que constituye, también él, una unidad en el interior de la sociedad internacional, no es imposible, pero no será reconocida y sancionada por el derecho internacional general. Es, por lo tanto, del todo normal que la Comisión de Derecho Internacional no haya introducido esta idea en su proyecto de artículos. Tomemos nota, además, que si ciertas normas válidas en el interior de un grupo particular de Estados son consideradas como especialmente importantes, y que por esto deben prevalecer sobre otras normas, de ahí no resulta necesariamente que tenga este conjunto normativo el carácter de *ius cogens*.

En cualquier hipótesis, aun si pudiera formularse así un *ius cogens* regional, tendría, por supuesto, que estar subordinado al *ius cogens* mun-

<sup>6</sup> Barberis, Julio, “La liberté de traiter des Etats et le *ius cogens*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 18, 1970, p. 44.

dial, tal como lo define la comisión de derecho internacional, ya que este último prohíbe, precisamente, que un grupo cualquiera de Estados pueda derogar a sus exigencias, aun en las relaciones mutuas de sus miembros.

En otros términos, comprobamos así que la noción que nos ocupa conduce necesariamente a la concepción de una sociedad internacional universal, dotada de valores propios y que puede invocar, para sí misma, un verdadero interés general que debe prevalecer sobre los intereses particulares de sus miembros. Trátase, por tanto, de una sociedad internacional ante la cual los Estados no son libres de adoptar una actitud de apertura o de repulsa.<sup>7</sup>

## 2. La cuestión de las fuentes

Dilucidados estos puntos, pasemos ahora, como suelen hacerlo los autores que se ocupan de esto, a la cuestión de saber de cuál o cuáles de las fuentes de derecho internacional positivo —según están enumeradas en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia— puede surgir una norma de derecho internacional general. Comenzaremos, por ser la fuente más antigua, por la costumbre internacional.

Por más que la costumbre, en la vida internacional también, esté perdiendo cada día terreno frente al derecho escrito, más fácil de verificar, más inequívoco, la costumbre internacional conserva todavía su antiguo rango, y en lo que hace al punto que examinamos, es hasta hoy la única fuente absolutamente indiscutible de derecho internacional general. Según lo reconoce uniformemente la doctrina, el derecho internacional consuetudinario obliga no sólo a los Estados que concurren en la formación de sus normas, sino aún a aquellos otros que en lo sucesivo van naciendo a la vida internacional, y la comprobación de este hecho, es por cierto, uno de los argumentos que suelen hacerse valer contra la teoría de la costumbre como pacto tácito.

La única manera de eximirse un Estado del imperio de la costumbre, según se reconoce también generalmente, es la de manifestar inequívocamente su desacuerdo con una costumbre *in fieri* —posiblemente aún *in statu nascendi*— pero no una vez formada y bien establecida la norma consuetudinaria. Una y otra cosa, el imperio de la costumbre preexistente y la posibilidad de oponerse a una costumbre *in fieri*, fueron aducidas

<sup>7</sup> Virally, Michel, “Réflexions sur le *ius cogens*”, *AFDI* 5, 1966, p. 14.

por el gobierno de Noruega en el caso de las *Pesquerías anglo-noruegas*. Después de haber concedido lo primero, expresó lo siguiente en cuanto a lo segundo: “Pero si de manera expresa o por una actitud consistente e inequívoca, ha manifestado su voluntad de no someterse a una norma cuando todavía no ha asumido el carácter de norma obligatoria con respecto a dicho Estado, este último quedará fuera de su campo de aplicación”.<sup>8</sup>

Por esta posibilidad, y sólo por ella, las normas consuetudinarias continúan formando parte del derecho internacional general. Si no hubiera para ningún Estado ninguna escapatoria posible, sería simplemente derecho internacional universal. Pero con esta sola salvedad, resultado del voluntarismo radical del derecho de gentes, la costumbre internacional es lo que más se parece a la ley en el orden interno. Es ella la ley de la comunidad internacional, y era lo que tenía presente Francisco de Vitoria cuando, en una adivinación genial, decía que la voluntad de la comunidad internacional en su conjunto (*totus orbis*) no sólo tiene fuerza de pacto y convención, sino fuerza de ley: *non solum habet vim ex pacto et contractu, sed etiam habet vim legis.*<sup>9</sup>

En los últimos años se ha puesto en duda la obligación en que los Estados de nuevo cuño se encuentran de acatar el derecho consuetudinario preexistente, en presencia de la hostilidad que los nuevos Estados africanos y asiáticos, los nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, han mostrado por un derecho internacional que, en buen número de sus normas, consagraba el colonialismo y sus prácticas consiguientes. Pero lo único que aquella hostilidad, sin duda muy justificada, ha puesto de manifiesto, no es que hayan mudado los caracteres de la costumbre internacional en cuanto tal, sino que la costumbre, como el derecho en general, está en evolución continua; que a la *consuetudo* sigue la *desuetudo*, o bien otra *consuetudo*, y que una institución radicalmente injusta (esclavitud, colonialismo, etcétera) pronto o tarde acaba por desaparecer. El imperio de la norma consuetudinaria sobre los Estados de nueva formación no está reñido con el derecho que asiste a estos últimos de coligarse entre sí para subvertir el orden jurídico injusto que hasta entonces ha regido, y da nacimiento a un nuevo orden, en consonancia con la justicia.

8 ICI, *Fisheries case, Publications of the pleadings*, vol. I, pp. 382 y 383.

9 *Relectio de Potestate Civil. Classics of International Law*, núm. 17, 1917.

Y es esto exactamente lo que ha ocurrido en unos cuantos años, en el seno de las Naciones Unidas, en lo tocante al colonialismo.

### 3. *El problema del derecho convencional*

Pasando ahora al derecho convencional, nos tropezamos desde luego con el dato de inmediata comprobación, en la literatura corriente, de que no hay unanimidad, ni con mucho, en cuanto al reconocimiento del tratado multilateral como fuente de derecho internacional general. Como punto de hecho, tenemos el que hasta hoy no existe un solo tratado universal en toda la historia de la humanidad. Y en lo que mira a la cuestión de derecho, mantéñense hasta hoy rigurosamente axiomáticas las viejas normas de que los tratados sólo obligan a los Estados que son partes en ellos, con el principio correlativo de que *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*.

De ahí que, en opinión de ciertos autores, solamente la costumbre pueda ser fuente de derecho internacional general. Una de las posiciones más categóricas a este respecto es la de Krystina Marek:

El derecho internacional general (*droit international général, allgemeines Völkerrecht*) existe única y exclusivamente como derecho consuetudinario; no se conoce un derecho general de los tratados. El elemento voluntarista en el derecho consuetudinario es infinitamente más débil que en derecho convencional; la noción de “terceros Estados” a los cuales las normas legales *nec prosunt nec nocent*, no tiene lugar aquí. Partiendo, pues, de ese carácter menos voluntarista, el derecho consuetudinario es incomparablemente menos vulnerable que el derecho de los tratados a todos los peligros del voluntarismo. De este modo, las reservas que son una fuente de debilidad en más de un tratado multilateral, están excluidas con respecto a las normas consuetudinarias. Ni tampoco es posible invocar la cláusula *rebus sic stantibus* contra la continua validez de estas normas. No puede imaginarse que una norma consuetudinaria sea “denunciada” por un Estado, mientras que el peligro de denuncia amenaza permanentemente a un tratado, y ya sea que el tratado incluya o no una cláusula de denuncia. La cláusula *si omnes*, ahora descartada, fue exclusivamente una institución convencional. Por último, es permitido pensar que como un fenómeno espontáneo y particular recalcitrante a todas las interpretaciones artificiosas, el derecho consuetudinario se adhiere más íntimamente a la infraestructura que gobierna, es decir que, a la larga, corresponde mejor a las necesidades genuinas de la comunidad internacional.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Marek, Krystina, “Thought on codification”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und VR*, vol. 3, 1971, p. 497.

De la misma opinión es Julio A. Barberis, quien empieza por prevenirnos sobre la necesidad de distinguir entre la creación propiamente dicha de una norma de *ius cogens* por un tratado y la codificación, en una convención, de una norma consuetudinaria o de un principio general con carácter imperativo. “El problema —sigue diciendo— debe limitarse al primer caso, porque en el segundo, el tratado no es creador de derecho”.<sup>11</sup>

Partiendo de esta distinción, y de acuerdo con su concepción, antes aludida, de que toda norma imperativa no es sino el reconocimiento espontáneo y arraigado de ciertos valores en el seno de una comunidad, el jurista argentino se pregunta cómo sería posible postular de repente la existencia de un valor de esta especie en un instrumento convencional; y se pregunta, además, cómo podría imponerse a los terceros Estados el reconocimiento de una norma que, fuera de norma imperativa, debe ser de universal observancia. “Esta argumentación —termina diciendo— nos permite llegar a la conclusión de que las normas de *ius cogens* no pueden ser creadas por tratado”.<sup>12</sup>

Esta conclusión, sin embargo, no es tan tajante como a primera vista parece, ya que, a renglón seguido, nuestro autor dice lo siguiente: “El único caso posible, por lo demás hipotético, sería la constitución de una norma de este tipo en un tratado en que todos los Estados del mundo tomaran parte. En principio, los Estados, por medio de una convención, pueden fundar únicamente lo que hemos llamado *ius cogens convencional*”.<sup>13</sup>

De manera, pues, que todo está en que pueda celebrarse un tratado prácticamente universal (si no en términos absolutos) cuyo contenido podrá ser, a voluntad de las partes, de carácter dispositivo, o bien imperativo, o de uno y otro género a la vez. Ahora bien, y contra lo que cree Barberis, un tratado de esta especie, prácticamente universal, lo tenemos, para no ir más lejos, en la Carta de las Naciones Unidas, la cual es a la vez, a la que nos parece, un tratado y una constitución. De la Organización, pues, constituida en la Carta, forman hoy parte todos los Estados del mundo, inclusive muchos liliputienses, y sólo han quedado fuera los más minúsculos entre los minúsculos, o bien otros, y muy contados, por

11 Barberis, Julio, *La liberté de traiter...* cit., p. 44.

12 *Ibidem*, p. 45.

13 *Idem*.

motivos que saltan a la vista, como Suiza y la Santa Sede (suponiendo que sea un Estado) y de momento no recordamos más.

En la Carta, pues, encontramos, si no en todos sus preceptos, ciertamente en varios de ellos, normas *iuris cogentis*, como, por ejemplo, la igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de los pueblos y la prohibición de la amenaza o del empleo de la fuerza. Ahora bien, si tratándose del principio enunciado en primer lugar, la Carta no ha hecho sino codificar uno de los postulados más fundamentales del orden jurídico internacional, ya no puede decirse lo mismo con respecto a las otras dos normas o principios. La autodeterminación de los pueblos, en tanto que principio perteneciente al derecho internacional positivo, estaba hasta aquel momento en estado aún muy rudimentario, y fue de la Carta, y sobre todo del desarrollo de la Carta, de donde tomó el gran vuelo hasta ser hoy una de las normas imperativas más indiscutibles. Y en cuanto a la proscripción de la fuerza, de las relaciones internacionales, es por entero una creación de la Carta (artículo 2.4), una creación *ex nihilo*, o poco menos. Es una convicción que tenemos desde hace mucho, y como el punto es de la mayor importancia en la temática del *ius cogens*, se nos excusará que nos detengamos un poco en la justificación de este aserto.

Hasta la constitución de las Naciones Unidas, si bien había procurado mitigarse el *ius in bello* (en el derecho humanitario oriundo de las dos conferencias de La Haya) el *ius ad bellum*, por su parte, manteníase poco menos que irrestricto. El Pacto de la Sociedad de Naciones estipulaba tan sólo “ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra”, de carácter procesal y observancia de ciertos plazos, pero al fin y a la poste había completa libertad de acción. El pacto Briand-Kellog, por su parte, estipulaba la renuncia a la guerra únicamente “como instrumento de política nacional”; y en cuanto a la legítima defensa, expresamente puesta a salvo en las negociaciones que precedieron al pacto, no estaba reglamentada en modo alguno, con lo que se entendía librada por entero al arbitrio del Estado interesado. ¿Cómo fue entonces que, así como de repente, se radicó por completo el uso de la fuerza en el Consejo de Seguridad, y la legítima defensa (cuyo reconocimiento costó no poco esfuerzo consagrar en la Carta) quedó circunscrita exclusivamente al caso del ataque armado?

La respuesta es clara para quienes vivimos los acontecimientos de aquellos años. La fe en la actuación rápida y expedita del Consejo de Se-

guridad tuvo por fundamento la creencia de que habría de durar por siempre entre sus cinco miembros permanentes la unión sagrada que durante la guerra habían mantenido frente al enemigo común. Cuando esta creencia se reveló como lo que debió verse así desde el principio, como una ilusión vacía, cada cual hubo de ampliar la *self-defence* a todas las modalidades del *self-help*, con la erección de los diversos organismos de seguridad colectiva, por completo al margen de la Carta.

El desarrollo de estos acontecimientos ha sido bien comprensible; y lo que ya no lo es tanto es por qué no se ha emprendido hasta hoy en serio la reforma de la Carta, o dicho con otras palabras, por qué continúa dependiendo la paz del mundo, así sea tan sólo en teoría, de un órgano impotente, como lo es el Consejo de Seguridad.

Proseguir en estas reflexiones sería tanto como desviarnos de nuestro tema. A lo único que han tendido es a mostrar cómo ha podido *crearse* convencionalmente una norma de *ius cogens*, como lo es, sin la menor discrepancia, la consagrada en el artículo 2.4 de la Carta. De acuerdo con la antigua costumbre y aun con la justicia natural, la máxima *vim vi repellere licet* autorizaría no sólo la defensa inmediata, sino la seguridad colectiva, con objeto de imponer sanciones al agresor y prevenir una nueva agresión. Sólo por vía convencional, en conclusión, ha podido restringirse la legítima defensa a no pasar de esta fase, y esto únicamente en caso de ataque armado.

Por último, y para confirmar las anteriores apreciaciones, no hay nada en los antecedentes legislativos del artículo 53 que pueda fundar la persuasión de que sus autores, primero en la Comisión de Derecho Internacional y luego en la Conferencia de Viena, entendieran excluir el origen convencional de las normas imperativas. Todo lo contrario, en el comentario final al artículo 50 (el 53 del texto actual) la propia Comisión expresa la creencia de que, con toda probabilidad, habrá de ser por la vía de los tratados generales multilaterales como tendrán lugar en el futuro las transformaciones del *ius cogens*. En el texto mismo del artículo, sin embargo la Comisión prefirió no tomar partido en la cuestión de las fuentes, y a nuestro parecer estuvo bien.

En la Conferencia de Viena, según el cómputo hecho por Christos L. Rozakis,<sup>14</sup> que de nuestra parte compartimos, la mayoría de los representantes estuvieron en favor del tratado multilateral como vehículo po-

14 Rozakis, Christos, *The concept of ius cogens in the law of treaties*, p. 73.

tencial del *ius cogens*. Entre ellos, y con gran decisión, los países socialistas, ya que para ellos (Tunkin es en esto el gran exponente) el tratado tiene que estar en el mismo nivel que la costumbre, por ser esta última un pacto tácito. A esta posición se opusieron algunas delegaciones de los países occidentales, pero no pudieron encarnar, ni con mucho, la opinión general.

Sea lo que fuere de todo lo anterior desde la perspectiva de la doctrina, lo que sí puede decirse desde un punto de vista práctico —digámoslo para terminar con la presente discusión— es que, en presencia del hecho incuestionable, nos guste o no, de que los tratados están conquistando claramente la primacía entre las fuentes del derecho internacional, no sería nada aconsejable obliterar esta fuente, cada día más rica y abundante, entre las que pueden dar origen a una norma de derecho internacional general, y eventualmente a una norma imperativa. Más que curarnos de fuentes formales, debemos mirar a la fuente real, a la cual nos remite el propio artículo 53, a la comunidad internacional en cuanto tal, y cuya doble expresión, de igual valor, es el tratado y la costumbre.<sup>15</sup>

#### 4. *Los principios generales del derecho*

¿Qué pensar, por último, de los principios generales de derecho en cuanto fuente posible de derecho internacional general? Por su carácter de “generales” parece que no habría más que pedir, pero el problema dista mucho de ser así de sencillo.

Christos Rozakis, por ejemplo, niega radicalmente que los principios generales de derecho puedan ser fuente de derecho internacional general, y funda su negación en la consideración fundamental de que el artículo 53 de la Convención de Viena habla específicamente de “normas”; ahora bien, de esta comprobación infiere Rozakis lo siguiente: “Un principio general de derecho, por definición, no es una norma. Es una declaración general que ha podido inducirse de un conjunto de normas jurídicas o que puede dar lugar a ellas; pero no es en sí mismo una norma en el sentido de que no tiene carácter jurídicamente obligatorio”.<sup>16</sup>

15 Reiman, H. B., *Ius cogens im Völkerrecht*, Zürich, 1971, p. 48: Zustandig zur Setzung ist die internationale Staatengemeinschaft als solche.

16 Rozakis, Christos, *The concept of ius cogens...* cit., p. 58.

En lógica o semántica pura, es posible que tenga razón el citado autor, pero la verdad es que en general, y muy concretamente en la jurisprudencia, “principio” se usa tanto en su sentido más propio de abstracción de último grado, como en el de norma de aplicación general o universal. En el derecho interno, desde luego, hay innumerables preceptos análogos al que enuncia el artículo 14 de la Constitución Política de México: “En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

En rigor, podría entenderse esto último en el sentido de que el juez, a falta de ley expresa, ha de inspirarse en un principio puro y deducir de él la norma que él mismo crea en la sentencia, para el caso concreto. Esta interpretación, sin embargo, es de sobra amañada, y la natural, en cambio, la que todos siguen, es la de que el legislador ha visto en los principios generales de derecho una ley supletoria, y de tan inmediata aplicación como la ley escrita.

Pasando al derecho internacional, es de lo más frecuente, del lenguaje diario mejor dicho, el designar indiferentemente como normas o principios ciertas máximas de extrema generalidad y universal observancia. Así lo hacemos, por ejemplo, con *pacta sunt servanda*, y no es seguramente el único caso.

En el *Dictionnaire de la terminologie du droit international, sub verbo* “Principes généraux du droit”, podemos encontrar, entre las acepciones de este término, la siguiente: “Expresión empleada en singular para designar o calificar una norma de derecho internacional y destacar así su carácter general y su importancia”.

En apoyo de lo cual, el *Dictionnaire* cita varios pronunciamientos de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, como el siguiente:

La Corte comprueba que es un principio de derecho internacional, más aún una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso entraña la obligación de reparar.<sup>17</sup>

Y este otro:

El sentido de las palabras ‘principios de derecho internacional’ no puede, según el uso general, significar otra cosa que el derecho internacional tal

17 CPJI, serie A, núm. 17, p. 29.

como está en vigor entre todas las naciones que forman parte de la comunidad internacional.

Está, por último, el título de “principios” (de derecho internacional, de derecho de gente, etcétera) adoptado para sus obras por innumerables autores (Rivier, Rolin, Favre...), con lo que quieren indicar, según sus propias explicaciones, que no se proponen tratar sino de aquellas normas esenciales y más generalmente reconocidas en las relaciones internacionales.

Lo anterior no quiere decir que en ciertas ocasiones no pueda distinguirse con toda nitidez una norma de un principio, en los casos sobre todo en que el principio encarna un postulado ideal que aspira a convertirse en una norma precisa, pero que de momento no lo es aún, y de esto se tiene plena conciencia. Uno de los casos más ilustrativos a este respecto nos parece ser el del principio de la libre determinación de los pueblos, como lo vemos hoy con toda claridad en la perspectiva de la historia.

Prescindiendo de ciertos movimientos esporádicos, aunque muy notables, de independencia, y más o menos concomitantes al nacimiento del derecho internacional moderno (Cantones suizos, Países Bajos y otros) la autodeterminación de los pueblos no empieza a adquirir carácter de “principio” sino con la independencia de los Estados Unidos (1776), seguida poco después por la independencia de las repúblicas hispanoamericanas, y adquiere su plena madurez intelectual, aunque como principio de las nacionalidades, en el *Risorgimento* italiano y en la pluma de sus doctrinarios. No obstante, pasará un siglo en números redondos, entre aquel movimiento y la constitución de las Naciones Unidas (1848-1945) antes de que el principio pueda traducirse en una norma de derecho internacional positivo, el *derecho* de los pueblos —de todo pueblo— a disponer de sí mismos, y por último, por virtud del reconocimiento de la comunidad internacional en este sentido, en una norma de *ius cogens*. Todas las aplicaciones que pudo tener el principio en el siglo XIX (Bélgica, Grecia, unidad alemana, unidad italiana) o en el siglo XX (ruptura de la doble monarquía danubiana, mandatos A, estatuto de minorías) fueron, bien entendido, en homenaje al principio, pero todo el mundo sabía que todas esas aplicaciones obedecieron sobre todo a intereses políticos, y que no las sustentaba un derecho de universal observancia. Ahora, en

cambio, tiene este carácter sin discusión alguna, y así lo ha reconocido, en el caso del Sahara occidental, la Corte Internacional de Justicia.

Sobre esto volveremos más tarde al hacer el inventario del *ius cogens*, y si hemos traído a colación lo anterior, ha sido para mostrar, con la inspección de un caso ejemplar, cómo los principios generales de derecho pueden dar lugar, al igual que las otras dos fuentes, a normas de derecho internacional general, lo que basta para que eventualmente puedan transformarse en normas imperativas.

Más aún, hay autores, como Rolando Quadri, para los cuales los principios generales de derecho “o normas primarias” tienen un rango absolutamente superior, y serían así, por tanto, no la tercera fuente, la fuente supletiva, como se cree comúnmente, sino la fuente primera y principal. Quadri, en efecto, dice lo siguiente:

Los principios o normas primarias tienen naturalmente una fuerza superior a la de todas las otras normas, con inclusión de los tratados y la costumbre... Si el acuerdo y la costumbre constituyen procedimientos de producción jurídica internacional, es debido exclusivamente a que dos principios, el principio *pacta sunt servanda* y el principio *consuetudo est servanda*, prevén tales procedimientos como idóneos para crear derecho. Trátase, por tanto, de normas de segundo grado, subordinadas a los principios de que derivan su fuerza obligatoria, y no deben estar en contradicción con aquéllos. Una norma consuetudinaria o convencional que se encuentra en contradicción con un principio, debe tenerse por nula, ya que no tiene ninguna autonomía propia. Pero si esto es verdad, nada impide que pueda hablarse de un orden público internacional, o sea de un conjunto de normas inderogables (*ius cogens*), las cuales invalidan toda norma contraria, ya sea de origen consuetudinario o de origen convencional.<sup>18</sup>

Hay, en fin, otros autores en cuya opinión únicamente los principios generales de derecho podrían ser fuente de *ius cogens*.<sup>19</sup> A primera vista puede sonar paradójico, pero se explica si pensamos que lo que tienen ellos en mente es el origen último de las normas imperativas, es decir la conciencia jurídica de la humanidad, la cual se expresa ante todo en la formulación de principios generales, de los que vendrán luego las normas concretas.

18 Quadri, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, 5a. ed., 1973, p. 109.

19 Reimann, H. P., *Ius cogens im... cit.*, p. 57, Es gibt Zwingendes Völkerrecht nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze.

Los principios, en conclusión, ofrecen una gama conceptual muy variada, que podría tal vez reducirse a las tres siguientes categorías. Pueden ser, en primer lugar, conceptos puros (soberanía o buena fe) que no rigen, de suyo, ninguna acción en concreto. Pueden ser, en segundo lugar, principios dotados ya de normatividad, aunque con vistas a la acción futura; principios programáticos, *non self-executing*, mientras no encarnen en normas más definidas, como pudo serlo, por lo que dejamos dicho, el principio de autodeterminación de los pueblos, mientras no pasó a concretarse, a lo que creemos, en la resolución 1514 (XV). Y hay, por último, principios de normatividad inmediata, pero que no pierden su condición de principios, justamente por ser normas de extrema generalidad, y a esta última categoría pertenecen sobre todo las normas de *ius cogens*.<sup>20</sup>

### 5. *El doble consentimiento*

Preguntémonos ahora, por ser la cuestión que lógicamente viene en seguida, cuáles son las normas de derecho internacional general que tienen, además, la condición de ser normas imperativas.

Según el enunciado o epígrafe que lleva el artículo 53 en el texto oficial de la Convención de Viena, hablar en este caso de norma imperativa o de *ius cogens* es exactamente lo mismo. El epígrafe, en efecto, dice así: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”.

Por norma imperativa entendemos hoy, dentro de este contexto, la que es de inexorable cumplimiento, *velis nolis*, y lo mismo, el ejercicio de un poder absolutamente inexorable, constringente, lo da a entender el participio presente (empleado aquí en función de adjetivo) del verbo *cogere*, *cogens*. Hay aquí, en suma, una perfecta sinonimia.

Dar, pues, una respuesta de fondo a la cuestión antes planteada, o sea determinar el criterio intrínseco con arreglo al cual podamos distinguir, dentro del derecho internacional general, entre normas dispositivas y normas imperativas, procuraremos hacerlo después de nuestra propia cuenta, como suelen hacerlo en general los autores. De momento, sin embargo, tenemos que atenernos estrictamente al derecho positivo, al único criterio diferenciador que nos proporciona el artículo 53: “Para los efectos de la

20 Cfr. Virally, Michel, *Le rôle des principes dans le développement du droit international*, Melanges Guggenheim, 1968.

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...”.

Es un criterio, como se ve, tajantemente pragmático, que no entra para nada en la consideración de los méritos intrínsecos por virtud de los cuales una norma de derecho internacional general puede recibir la calificación adicional de norma imperativa.

Según lo vimos en su lugar, el párrafo en cuestión surgió, como si dijéramos, a última hora, es decir en la Conferencia de Viena, por obra de la enmienda conjunta de España, Finlandia y Grecia. La enmienda fue recibida con general beneplácito, ya que, merced a ella, el *ius cogens* quedaba incardinado, de todo en todo, dentro del derecho internacional positivo. Muchos representantes, en efecto, creían detectar aún cierto tutillo iusnaturalista en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, y en cualquier hipótesis podía tener libre curso el subjetivismo. Ahora, en cambio, la norma imperativa, para ostentar esta investidura, debía tener el visto bueno de la comunidad internacional. Los Estados contaron así con la garantía del “doble consentimiento”, según la expresión que pronto corrió entre todos. Primero el consentimiento, siempre necesario, para aprobar una norma de derecho internacional general, y en seguida el otro consentimiento para ver en esa norma una norma imperativa, inderable en absoluto por cualquier acuerdo en contrario. Con anterioridad nos explicamos sobre las diferencias terminológicas, pero no de fondo, que encontramos en los tres textos occidentales del artículo 53.

En cuanto al requisito de que la norma imperativa tenga que ser “aceptada y reconocida” por la comunidad internacional, trátase en realidad, a la que nos parece, de una hendíadis, ya que toda aceptación implica un reconocimiento, y a la inversa. Según explicó el presidente del Comité de Redacción, el doble término se puso para poner énfasis en la base consensual sobre la que descansa el derecho internacional, y especialmente las normas imperativas, y porque, además, ambos términos se encuentran en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la “aceptación” con referencia a la costumbre internacional, y el “reconocimiento” en relación con las convenciones internacionales y los principios generales de derecho.

Prosiguiendo con el texto del artículo 53, ninguna dificultad ofrece el término “dans son ensemble” (“as a whole”, “en su conjunto”) con que

se califica el reconocimiento y aceptación, por parte de la comunidad internacional, de una norma imperativa. En el capítulo consagrado a la historia legislativa del texto vimos las explicaciones que sobre esto dio Yasseen, presidente del Comité de Redacción, en el sentido de que por aquella expresión debía entenderse no necesariamente la totalidad, sino que bastaría una amplísima mayoría de Estados (“*a very large majority*”, “*une très large majorité*”) para llenar aquel requisito, y que quedaba bien clara la intención, tanto del Comité como de la Conferencia, de no dar a ningún Estado en particular el derecho de voto.

Pero si hasta aquí vamos por terreno llano, el problema que ahora se presenta, y que es por cierto muy serio, es el de saber qué pasará con los Estados que no han concurrido expresamente a la aceptación y reconocimiento de la norma imperativa o, peor aún, que de la manera más inequívoca se han opuesto a su adopción. ¿Quedarán obligados por la nueva norma en una u otra hipótesis, o sólo en la primera, pero no en la segunda? Esto último es lo que ocurre, según se admite generalmente, en la formación de la costumbre internacional, pero nada autoriza aparentemente a enjuiciar del mismo modo una situación distinta. ¿Sobre qué fundamento podría operar aquí el argumento de analogía, cuando el artículo 53 no dice o sugiere en modo alguno que el reconocimiento y aceptación de la norma imperativa tenga que efectuarse forzosamente por vía consuetudinaria?

La delegación francesa a la Conferencia de Viena, tan avisada siempre y tan perspicaz, se dio cuenta en seguida de que tal como quedó redactado al final el artículo 53, el reconocimiento y aceptación de una norma imperativa no estaba sujeto a otra condición que la del número (“*une très large majorité*”) de los Estados que concurrían en aquellas operaciones, pero en manera alguna quedó estipulado que tal reconocimiento y aceptación hubiera de hacerse por vía convencional o consuetudinaria, o por ambas a la vez, por lo que, en conclusión, y según lo han publicado después los mismos franceses, “el reconocimiento y aceptación de tales normas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, podría resultar de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas votadas por fuertes mayorías”.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Deleau, Olivier, *Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités*, AFDI, 1969, p. 17.

Para conjurar esta eventualidad, la delegación francesa había preparado un proyecto de enmienda que habría agregado al artículo sobre el *ius cogens* un segundo párrafo que se leería como sigue: “Esta norma, sin embargo, no puede oponerse a un Estado que no la ha aceptado expresamente como tal (norma imperativa)”.

Sigamos ahora el relato de Olivier Deleau:

El proyecto de enmienda francesa, sometido oficiosamente a varias delegaciones, no dejó de interesar a algunas de ellas que estaban dispuestas a sostenerla, pero la mayor parte de los occidentales, por más que tuvieran reservas muy serias con respecto a los artículos en cuestión, pensaron que era una política mejor de la de no procurar mejorar el artículo 50, por temor de que una iniciativa semejante favoreciera una nueva discusión de las modificaciones que habían obtenido con anterioridad, por lo que se esforzaron más bien en buscar garantías en un sistema de arreglo a las controversias. En estas condiciones, la delegación francesa, antes que lanzarse a un combate en el que habría estado sola, hubo de renunciar a depositar su enmienda.<sup>22</sup>

Es realmente una lástima que no haya sido presentada oficialmente y, sobre todo, que no haya sido votada la enmienda francesa; hubiéramos sabido a qué atenernos sobre esto. En ausencia de toda directiva precisa, no podemos hacer otra cosa que registrar las opiniones que encontramos en la literatura.

Para Christos Rozakis, cuya actitud en este punto es resuelta y radical, una norma imperativa, una vez adoptada en los términos del artículo 53, es obligatoria para *toda* la comunidad internacional. “En consecuencia —sigue diciendo el autor citado— un Estado no puede disociarse del carácter obligatorio de esta norma aun cuando pueda probar que no hubo aceptación y reconocimiento de la función específica de dicha norma, o más todavía, que la ha negado expresamente”.<sup>23</sup> No puede ser más claro: no hay paralelo, en la segunda hipótesis —la contradicción abierta a la norma imperativa *in fieri*— con lo que en situación análoga ocurre en el caso de la costumbre internacional. ¿Por qué esta diferencia? Por lo que dice el jurista helénico, es de presumirse que será por los altos intereses de la comunidad internacional en cuanto tal, que están bajo la tutela de una norma *iuris cogens*. Según se ha dicho en todos los tonos, las nor-

22 *Ibidem*, p. 19.

23 Rozakis, Christos, *The concept of ius cogens...* cit., p. 78.

mas de esta especie tienden a proteger no los intereses de ningún Estado en particular, sino los intereses comunitarios, y de éstos los más importantes e irrenunciables, aquellos cuya salvaguarda es absolutamente necesaria para la vida y para la cohesión de la comunidad. Ahora bien, a la comunidad internacional puede dañarla gravemente el que uno o varios de entre sus miembros no observen una norma enderezada a la tutela de aquellos intereses, y tanto más cuando mayor sea su rango. ¿No sería absurdo, se pregunta Rozakis, que dos o más Estados pudieran legalmente recurrir a la guerra, simplemente por no compartir la norma enunciada en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas?

Cuando la argumentación se concreta en ejemplos como el anterior, o en las otras consabidas prácticas de piratería, esclavitud o genocidio, nada hay que objetar, por supuesto. Desde cualquier punto de vista es impensable la existencia de una convención internacional que pueda autorizarlas. Pero cuando se pasa a otras áreas de la conducta internacional en las que puede surgir una norma imperativa para la tutela de otros bienes o valores que no alcanzan la altura axiológica de los antes aludidos, es entonces cuando puede uno ponerse a dudar si realmente la comunidad internacional resentirá un daño muy grave por el hecho de que dos o más Estados puedan convenir entre sí un régimen distinto. Creemos, en efecto, que éste debe ser el *test* decisivo: el perjuicio irrogado a la comunidad internacional, así pueda ser un perjuicio puramente moral.

Sería inútil, al menos por ahora, entrar en pormenores casuísticos para aclarar más este punto. Es una de tantas cuestiones cuya solución, según dijo a otro propósito la Comisión de Derecho Internacional, tendrán que darla en el futuro la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional.

## 6. *Estatismo y dinamismo del ius cogens*

El artículo 53 termina diciendo que una norma imperativa de derecho internacional general, adoptada en los términos declarados en el propio artículo, “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Esta provisión, como salta a la vista, acaba de expurgar los últimos resabios iusnaturalistas que pudieran quedarle al artículo 53. Acentúa, por tanto, su carácter positivo, dinámico y evolutivo. La norma imperativa, en consecuencia, podrá ser sustituida o modificada por otra “que tenga el mismo carácter”, o sea por otra norma imperativa de derecho interna-

cional general: en este caso no habrá acuerdo en contrario (*dérogation*) sino la aparición de una norma nueva de igual categoría y capaz, por lo mismo, de desplazar a la norma anterior. Esto es lo que significa, según el sentido natural de los términos, el “tener el mismo carácter”, y no que la nueva norma deba ser oriunda de la misma fuente formal que lo fue la norma anterior, es decir la convención o la costumbre. No hay nada en los travaux préparatoires que autorice a pensar de otro modo, ni se ve razón alguna para variar aquí el principio general según el cual el tratado y la costumbre tienen un rango igual en derecho internacional, por lo que el tratado puede en cualquier momento remplazar una costumbre, y viceversa. Lo único que a este respecto se permitió señalar la Comisión de Derecho Internacional (lo hemos dicho con antelación) pero como punto de hecho y no de derecho, fue que con toda probabilidad toda modificación que en el futuro se hiciera de una norma de *ius cogens* tendría que efectuarse mediante la conclusión de un tratado multilateral general.<sup>24</sup>

Este pronunciamiento, por parte de la CDI, no es sino el reconocimiento del hecho patente de que el derecho escrito está superando en mucho —en volumen al menos, si no también en importancia— al derecho consuetudinario. En la práctica, sin embargo, no siempre va a ser fácil determinar si con la aparición de la nueva norma imperativa en el tratado multilateral general, ha quedado derogada automáticamente la norma imperativa anterior, por lo menos en lo que sea incompatible con la posterior, y por algo proponía Waldock que se dijera que toda modificación o supresión de normas anteriores deberían declararse expresamente en el nuevo tratado.<sup>25</sup>

Problemas como éstos han ido apareciendo, como era natural, con posterioridad a la adopción del artículo 53, conforme va hincándose en él la reflexión y el análisis. En la Conferencia de Viena únicamente un delegado, el de Tanzania, se levantó para abogar resueltamente por la inmutabilidad de las normas *iuris cogens*. A su entender, podrían crearse nuevas normas de esta especie, pero no derogar las ya existentes.<sup>26</sup>

24 YILC; 1963, II, p. 199, Any modification of a rule of *ius cogens* could not be modified. New norms of *ius cogens* would today most probably be effected by the conclusion of a general multilateral treaty.

25 YILC; 1963, p. 53: ...a general multilateral treaty supposed to affect a *ius cogens* norm, must expressively abrogate or modify such a norm.

26 Vienna conf., I, p. 325: A rule of *ius cogens* would, of course, emerge in the future, but they could only be added to the earlier norms and could never derogate from those in existence.

A quienes pudieron oír estas palabras debió parecerles que asistían a la representación del derecho natural redivivo. Pero tampoco fueron muy numerosas las delegaciones (apenas cuatro) que hablaron explícitamente en apoyo del enfoque dinámico de la cuestión. El licenciado Suárez, representante de México, dijo lo siguiente: “Las normas de *ius cogens* tienen un contenido variable y, como prevé el artículo 61 del proyecto (*ius cogens* superveniente) muchas más aparecerán en el futuro”.<sup>27</sup>

De cualquier modo, no hay duda de que en el texto de la Convención se impuso el criterio positivo y dinámico. Todas las normas imperativas son, pues, en principio suplantables o modificables, lo cual no impide reconocer que hay normas cuya modificación es imposible, así no sea sino por imposibilidad lógica. Es el caso, para no ir más lejos, de *pacta sunt servanda*, no sólo porque con su desaparición se esfumaría también, *ipso facto*, la sociedad internacional, para no quedar sino unidades dispersas y en perfecta anarquía, sino sencillamente porque no puede concebirse cómo podría adoptarse la norma contraria que vendría a remplazarla, la norma *pacta non sunt servanda*. Porque una de dos: o se observa la nueva norma, y en este caso no podrá observarse, al igual que todos los demás, el tratado que la ha consagrado, o si se insiste en que debe tener fiel cumplimiento sólo para los demás tratados, habrá por lo menos uno, el último, del que podrá decirse *pactum est servandum*, ya que de otro modo no podrá ejecutarse el pacto que prohíbe ejecutar los pactos. Por cualquier lado que uno lo mire, la negación del principio se destruye a sí misma. Y si se dijera simplemente: *alia pacta non sunt servanda* (lo que supondría, aunque no se dijera: *sed pactum hoc est servandum*) no hay duda que este acuerdo sí sería valedero y eficaz, como lo es el suicidio, ya que a esto equivale —o si lo preferimos, el retorno al estado de naturaleza— la destrucción, de una plumada, de todo el orden jurídico internacional.

Tratándose de otras normas reconocidas por todos como normas imperativas *pacta tertiss neque nocent neque prosunt* (por ejemplo) no habría esta vez ningún obstáculo de orden lógico para su derogación. Concedido, desde luego, pero igualmente es imposible pensar que algún día pudieran los Estados convenir en la derogación de semejantes principios, radicados para siempre en la conciencia jurídica de la humanidad.

27 A/CONF. 39/11, sesión 52, par. 8.

Por todo ello, nos parece justa la observación de Zotíades en el sentido de que la redacción actual del artículo 53 en su última frase puede dar la impresión de que no existen normas de derecho internacional que sean absolutamente inderogables e inmodificables. Ahora bien, y según sigue diciendo Zotíades, es indudable que este carácter lo tienen aquellas normas o principios que son elementos esenciales de todo orden jurídico, como lo son la *bona fides*, *pacta sunt servanda*, *consuetudo est servanda*, y otras normas semejantes sin las cuales no podría ni siquiera concebirse el orden jurídico internacional.

De la misma opinión es el profesor Miaja de la Muela, el cual, después de reconocer la derogabilidad de las normas jurídicas en su mayor parte, añade lo siguiente:

Pero lo mismo en derecho internacional que en derecho interno, se integran dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos ciertas reglas que no forman parte del *ius positivum*, sino que constituyen principios jurídicos inderogables, so pena de caer en la anarquía. No se concibe un ordenamiento interno en el que, expresos o no, falten los principios obedece a la ley, cumple lo que prometas, obra de buena fe, respeta los derechos ajenos... En derecho internacional, y en cuanto a él son aplicables, tienen vigencia estas mismas reglas, que Ago califica de derecho espontáneo, no positivo, y que para nosotros no son ni más ni menos que exigencias del derecho natural.

Así pues, y como dijimos desde el principio, hay que entender la derogabilidad de las normas *iuris cogens* con la restricción implícita “siempre que sea posible”. De otro modo, la frase final del artículo 53 puede llevar a interpretaciones absurdas, como ocurrió de hecho en la Conferencia de Viena, en el cual dijo el delegado del Líbano que él, por su parte, no podía aceptar que el principio de la buena fe tenga carácter de *ius cogens*, “porque este principio no puede modificarse por una nueva norma imperativa de derecho internacional general”.<sup>28</sup>

Nos vuelve así a salir al paso, querámoslo o no, “l’irréductible droit naturel”, como diría Geny. No hay modo, en efecto, de eludir la convicción, compartida por todos los grandes filósofos, de que la naturaleza humana no es un hecho fortuito, sino una estructura normativa que se

28 A/CONF. 39/11, sesión núm. 52, par. 43. Cfr. Zotíades, *International Ius Cogens: A Contribution to the Study of the Nature of International Law Norms* (en griego), 1968, p. 209 y Miaja de la Muela, *Ius cogens y ius dispositivum...* cit., p. 1128.

impone por su eminente dignidad. El hombre no es un medio sino un fin, dijo Kant, y con él, sin otra consideración, hay que guardar la fe prometida y la palabra empeñada (*bona fides, pacta sunt servanda*).

Algo más tendremos que decir sobre esto en la filosofía del *ius cogens*, y por lo pronto digamos nada más que la frase final del artículo 53 no debe entenderse como la entendió el delegado libanés, en el sentido de que todas las normas imperativas son forzosamente modificables. De otra parte, sin embargo, reconocemos que era bien difícil que la Convención de Viena entrara en este punto en mayores distingos, sin complicar más las cosas. Lo que quería la mayoría era un texto inspirado en un criterio positivo y dinámico, y fue esto lo que al fin salió.

El artículo 53, en suma, está lejos de representar, como dice Rosakis<sup>29</sup> la plenitud de la sabiduría jurídica, y es ésta la opinión general. Decir, en efecto, que por norma imperativa debe entenderse aquella que, mientras está vigente, no admite derogación o acuerdo en contrario, no pasa de ser una tautología, o a lo más un juicio analítico, por cuanto que en la noción de norma imperativa está la de no admitir acuerdo en contrario. Mas por otra parte, aquí también, hay que confesar que no era nada fácil, ni lo mejor tal vez, desde un punto de vista práctico, introducir en el texto legal una orientación filosófica, es decir el criterio que habrá que seguir para determinar, en cada circunstancia concreta, la existencia de una norma *iuris cogens*.

Con esto creemos haber terminado la exégesis del *ius cogens*, tal como resulta de los textos legales. En opinión de Michel Virally, sin embargo, “todo derecho imperativo no es necesariamente *ius cogens*”. Para serlo, algo le falta aún: “una condición suplementaria es aún necesaria para que una norma pueda entrar en esta última categoría (*ius cogens*), o sea que toda derogación por medio de un tratado debe implicar la nulidad del acto que la contenga. He ahí el carácter esencial de la institución”.<sup>30</sup>

Es un punto de vista sin duda muy original e interesante, y tiene en su apoyo, además, el testimonio de la historia. Desde la antigua Roma, en efecto, hasta los códigos más modernos, la nulidad absoluta ha sido la sanción consiguiente a los actos ejecutados contra las leyes prohibitivas o de interés público. Sólo que la sanción del acto contrario a la norma —y aquí está toda la diferencia— no es ningún rasgo definitorio de la

29 Rozakis, Christos, *The concept of ius cogens...* cit., p. 83.

30 Virally, Michel, *Réflexions sur...* cit., p. 17.

norma en sí misma; y por otra parte, el encabezado del artículo 53 en el texto de Viena, parece establecer, sin ninguna duda, una perfecta sinonimia entre *ius cogens* y norma imperativa de derecho internacional general. Con prioridad lógica y temporal, es primero la norma, y en seguida su violación, a la que, en este caso, es concomitante la nulidad.

A este modo de ver las cosas, el más conservador de todos, preferimos ajustarnos en lo que va a seguir. Completaremos, en primer lugar, la teoría del *ius cogens* con el examen del *ius cogens superveniens* (artículo 64 de la Convención) y abordaremos, por último, el estudio de la sanción que recae sobre el acto violatorio de la norma imperativa.