

VIII. La identificación del <i>ius cogens</i>	153
1. Cuestiones metodológicas	154
2. El enfoque de la cuestión en los foros internacionales	156
3. La clasificación de Puceiro Ripoll	158
4. La clasificación de Caicedo Perdomo	160
5. Las resoluciones de la Asamblea General y su valor jurídico	163
6. Derechos humanos y derecho humanitario	166
7. Derechos humanos y normas imperativas	167
8. Normas de carácter humanitario	170
9. Consideraciones finales	172

VIII

LA IDENTIFICACIÓN DEL *IUS COGENS*

La determinación del contenido del *ius cogens*, o como acostumbra también decirse, la identificación de sus normas, es sin duda, como dice Sinclair, el aspecto más controvertido (*most controversial*) de la investigación en torno a él, su génesis, su naturaleza, su función. Con excepción de un núcleo normativo de contenido mínimo y de todos reconocido (las hipótesis de escuela, como diría Rousseau), la zona irradiante de este núcleo está llena de incertidumbre, y en las listas de normas imperativas que suelen hacer los autores, algunos con gran profusión, puede verse a menudo la impronta del subjetivismo, y en todo caso estas listas son, como dice Sztucki, tan impresionantes como desorientadoras (*both impressive and confusing*). Cada cual erige esta o aquella norma en norma imperativa o absolutamente inderogable, por parecerle que de su observancia depende la estructura misma de la sociedad internacional o los supremos intereses del hombre —los dos criterios últimos—, como no tardaremos en comprobarlo.

Con todo ello, la doctrina no puede ni debe renunciar a hacer la luz en esta calígene. La Comisión de Derecho Internacional —lo sabemos de sobra—, y también el por qué prefirió adoptar un criterio puramente formal en la identificación del *ius cogens*, y dejar a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional la tarea de ir llenando progresivamente de contenido aquella formalidad vacía. Fue lo mejor que pudo hacer la CDI, porque era en lo único que había consenso, pero justamente por esto es más necesaria aún la cooperación de la doctrina, la cual, si bien privada de la función creadora que tuvo en los tiempos antiguos (los *iurisprudentes* del derecho romano), conserva aún la función auxiliar (*auxiliaire*) en la “determinación de las reglas de derecho”, que le reconoce el artículo 38 (*Id*) del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La cooperación de la doctrina, en fin, es tanto más necesaria cuanto que la Comisión de Derecho Internacional reconoció paladinamente que hasta

este momento no existe un criterio generalmente reconocido que permita identificar una norma de derecho internacional general que tenga el carácter de *ius cogens*.¹

Antes de entrar directamente en materia, en procura de un criterio o criterios determinativos de una norma de *ius cogens*, hagámonos cargo brevemente de la cuestión metodológica, es decir de los métodos cuya aplicación podrá conducirnos al hallazgo de normas que con toda propiedad podamos calificar como de *ius cogens*.

1. Cuestiones metodológicas

En el excelente estudio que ha consagrado a esta cuestión, el profesor Pastor Ridruejo.²

Con este designio, la delegación británica propuso que las normas imperativas podrían ser definidas, con ciertos intervalos temporales *defined from time to time* en protocolos adicionales a la Convención. Tal como estaba redactado el artículo 50 (53), argüía el delegado británico, su texto “equivaldría a prever en un código penal la sanción de los delitos sin especificar los actos que constituyen delito”.³

La proposición británica, muy en consonancia con el espíritu empirista de aquel pueblo, era sin duda muy interesante, y tal vez hubiera sido posible elaborarla mejor, pero fue retirada antes de ser votada, en vista de las objeciones que se le hicieron. El procedimiento sugerido, según se dijo, era lento y complicado, ya que para cada protocolo había que convocar a una conferencia general de plenipotenciarios, pues de otro modo las normas imperativas que en cada ocasión se proclamaran no habrían sido aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El delegado español, señor De Castro, se expresó en esta forma:

1 YILC (1963), vol. II, p. 198: *There is not as yet any generally recognized criterion by which to identify a general rule of international law as having the character of ius cogens.*

2 Ridruejo, Pastor, *La determinación del contenido del ius cogens*, IX Congreso del IHLADI, Lisboa, 1972, se refiere en primer lugar, antes de ofrecernos su propio criterio, a los intentos o proyectos que ya en la Conferencia de Viena fueron presentados, y que tenían a encontrar el mejor método para ir llenando de contenido material el descarnado formalismo del artículo 53 de la Convención.

3 A/CONF. 39/11/par. 54, p. 336.

No está convencido (el orador) de la posibilidad de aplicar el mecanismo propuesto por el Reino Unido, y ello por dos razones. Desde el punto de vista teórico no parece fácil ver cómo pueda hacerse depender la existencia de un verdadero *ius cogens* de la mera declaración hecha por un grupo de Estados. Por ejemplo, la presente Conferencia podría establecer reglas vinculantes, y en tal sentido imperativas, (*inter se*) pero no respecto de terceros Estados; pero el *ius cogens* es el derecho imperativo universal, reconocido por la comunidad internacional y, por ello, sus normas han de ser consideradas vinculantes por sí mismas. Desde el punto de vista práctico, parece innecesario tener que esperar a una definición de la norma de *ius cogens* por medio de protocolos de las conferencias, pues ello supondría que las condiciones de aplicabilidad de las normas imperativas estarían subordinadas a la reunión de una conferencia y a la redacción y entrada en vigor de un protocolo. De ese modo, quedaría abierta la posibilidad de que se considerase vigente y aplicable indefinidamente una cláusula incompatible con una norma de *ius cogens*.⁴

En la misma Conferencia de Viena se dijo, entre otros por el señor Eurigenis, delegado de Grecia, que en realidad no puede haber sino dos métodos para determinar el contenido del *ius cogens*, “el método casuístico y el método general y abstracto”.

A nuestro entender, estas expresiones son equivalentes a las del método inductivo y método deductivo. Ahora bien, y si hay ciencias que recurren exclusivamente a uno solo de dichos métodos (las ciencias naturales, por ejemplo, al método inductivo, y las ciencias matemáticas al método deductivo) las ciencias humanas, por su parte, la jurisprudencia entre ellas, suelen servirse de ambos métodos, lo cual es patente desde el derecho romano hasta la *Stufenbau* de Kelsen. En la problemática del *ius cogens*, en concreto, uno y otro método han sido utilizados, como podrá verse en lo que vendrá después.

En segundo lugar, en la metodología del *ius cogens* entra no solamente el método, como operación intelectual, de comprobación del *ius cogens*, sino el “órgano”, como diría Yasseen, al que compete pronunciarse con autoridad sobre la identificación de las normas *iuris cogens*.⁵

Al llegar a este punto y después de haber pasado revista a las diversas posibilidades, el profesor Pastor Ridruejo, convencido de la necesidad de que la Convención de Viena sea completada por la fijación convencional

4 *Ibidem*, par. 6, p. 349.

5 Yasseen, “Réflexions sur la détermination du *ius cogens*, Societé française pour le droit international”, *Colloque de Toulouse*, Pédone, 1974.

de las normas imperativas, estima que no sería aconsejable, intentar una codificación general y de conjunto, consideradas todas las dificultades que tal empresa llevaría consigo. En sentir del jurista español, lo más prudente es seguir, por lo pronto, un doble camino: primero, continuar con los esfuerzos doctrinales, los cuales, si son de valor, se harán sentir oportunamente en las instancias oficiales, y segundo, dejar tranquilamente el proceso de fijación del *ius cogens* a los organismos codificadores privados y oficiales, procurando, eso sí, que al codificar tales o cuales normas, dejen constancia de su carácter imperativo o dispositivo.

De momento, al parecer, no puede decirse más en la cuestión metodológica, y ahora entremos, sin otro preámbulo, *in medias res*, a ver si podemos determinar con criterios intrínsecos, y hasta qué punto, el contenido del *ius cogens*.

2. *El enfoque de la cuestión en los foros internacionales*

¿Por dónde empezaremos, en este maremágnum de definiciones y contradefiniciones, de listas y contralistas de normas imperativas, de que están llenos los autores?

Después de haberlo pensado mucho, nos parece que lo mejor será comenzar *terre-à-terre*, en el terreno de la experiencia vivida, cuya manifestación más auténtica, a lo que nos parece, fueron los veintiocho discursos, en números redondos, que fueron pronunciados en la Conferencia de Viena, por oradores de todo el mundo, de sus más diversas regiones, y todos los cuales exhibieron un catálogo de normas pertenecientes, en la opinión de cada uno, al *ius cogens*.

Tomando por guía el minucioso recuento y clasificación que ha hecho el profesor Nahlik,⁶ las intervenciones, en su mayor número, destacaron el carácter *ius cogentis* de dos complejos normativos principalmente. El primero, los artículos más significativos de la Carta de las Naciones Unidas, entre ellos, con mayor insistencia, los artículos 2o., 33 y 51, es decir, la proscripción del uso de la fuerza, la solución pacífica de los conflictos y la legítima defensa. El segundo, la protección de los derechos humanos fundamentales, aduciéndose al efecto, como normas imperativas, la prohibición de la esclavitud, del genocidio, de la discriminación racial, y luego,

6 Nahlik, Stanislaw E., *Ius cogens and the codified law of treaties*, Temis, 1973-1974, núms. 33-36, pp. 85-111.

los principios cardinales en la conducta de las hostilidades y el derecho humanitario.

Aunque no con tanto énfasis ni en tan gran número, fueron también aludidas, entre las normas imperativas, los principios fundamentales del derecho diplomático y consular, y el derecho del mar, en dos aspectos principalmente, la prohibición de la piratería y las libertades fundamentales de la alta mar.

Hubo aun quienes pretendieran que la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad era *ius cogens*, mas a la postre prevaleció la opinión, expuesta, entre otros, por Roberto Ago, en el sentido de que ni todos los preceptos de la Carta son de *ius cogens*, ni tampoco, por otra parte, la Carta tiene el monopolio de las normas imperativas, ya que hay muchas de este carácter que están fuera de aquélla.

En una comunicación leída años más tarde en un coloquio sobre este tema, un testigo de los debates de Viena tan calificado como Kamil Yasseen, agrupaba en los dos capítulos siguientes las normas que en aquel momento recogieron los mayores sufragios como normas imperativas:

- 1) Normas relativas a los intereses vitales de la comunidad internacional en cuanto tal, como, por ejemplo, las normas que prohíben el recurso a la fuerza y que no admiten sino la solución pacífica de las controversias (artículos 24 y 33 de la Carta);
- 2) Normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario.⁷

Al asentar lo anterior, Yasseen cita expresamente, y con aprobación, lo que años antes había dicho Verdross: “El criterio de tales normas radica en el hecho de que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados en particular, sino los más altos intereses de la comunidad internacional en su conjunto”.⁸

En términos muy semejantes, casi idénticos, se expresó la Corte Internacional de Justicia al hablar “de las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”.⁹ La Corte habla, es verdad,

7 Yasseen, *Réflexions sur la... cit.*, p. 208.

8 Verdross, Alfred von, *AJIL*, 1966, p. 58.

9 CIJ, *Recueil*, 1970, p. 31.

de obligaciones *erga omnes*, pero como observa Pastor Ridruejo, estas obligaciones “son, en realidad derivadas de normas de *ius cogens*”.¹⁰

Todavía en lo que se refiere a la Carta de las Naciones Unidas fuente o testimonio de normas imperativas, es importante consignar el acuerdo al que se llegó en la reunión de Lagonissi, y que Abi-Saab, en funciones de relator, resume así:

Hubo acuerdo en cuanto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, enunciados fundamentalmente en el artículo 2o., pero también en el preámbulo, artículo 1o., como también en otros varios artículos... Los principios de la Carta tienen un alcance muy amplio, y han sido elucidados en el documento sobre los principios de relaciones amistosas (o coexistencia pacífica) entre los Estados. Una gran mayoría de los Estados aceptan la Carta, y en cuanto a los Estados que no son miembros, los principios de la Carta les son aplicables mediante consentimiento, reconocimiento, o aquiescencia. De esta manera los principios de la Carta son obligatorios para todos los miembros de la comunidad internacional. Más allá, sin embargo, no ha podido llegarse a ningún acuerdo sobre cuáles normas tienen carácter de *ius cogens* y cuáles no lo tienen.¹¹

Con esto hemos dado cuenta de los dos mayores intentos corporativos, si podemos decirlo así, hacia una identificación o individualización de las normas imperativas. El primero y principal, el encarnado en la Conferencia de Viena. El segundo, el de la Conferencia de Lagonissi, donde compareció una *elite* de profesores de las más variadas regiones del mundo, llamados a pronunciarse sobre el tema específico del *ius cogens*. Después de esto, traslademos brevemente, entre los que nos parecen ser los más significativos, ciertos ensayos individuales de identificación de las normas imperativas.

3. La clasificación de Puceiro Ripoll

El internacionalista uruguayo Roberto Puceiro Ripoll¹² coincide con Nahlik en lo sustancial al agrupar, aunque de manera más detallada, las

10 Ridruejo, Pastor, *La determinación del contenido... cit.*, p. 7.

11 *Conference on international law*, Genova, 1967, pp. 13 y 14.

12 Puceiro Ripoll, R., “Desarrollos actuales del *ius cogens*”, *Revista uruguayana de derecho internacional*, núm. 3, 1974, p. 70.

normas imperativas, “más generalizadas y notorias”, de la siguiente manera:

- 1) Normas protectoras de los intereses y valores de la comunidad internacional en cuanto tal.

Entre estas normas podrían contarse la interdicción del uso y amenaza de la fuerza; los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas que proveen al mantenimiento de la paz; la represión de la piratería y las libertades fundamentales de la alta mar.

Con cierto carácter problemático, en cuanto que están aún o apenas han traspasado el *status nascendi*, cabría adscribir a este grupo las normas relativas al “patrimonio común de la humanidad” que constituyen los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional; el principio de que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre y de los cuerpos celestes deben llevarse a cabo en provecho y en interés de la humanidad, y la defensa del medio ambiente.

- 2) Normas que protegen los derechos de los Estados en cuanto tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional.

En estas normas hallaríamos los preceptos de la Carta que establecen el principio de la igualdad soberana de los Estados (artículo 2.1), la autodeterminación de los pueblos (artículo 1.2) y el principio de la no intervención (resolución 2131 (1965) de la Asamblea General).

- 3) Normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal.

En este grupo estarían situadas las normas prohibitivas de la esclavitud y tráfico de esclavos, del genocidio, de la trata de blancas, y otras semejantes.

Como puede verse, esta clasificación es del todo semejante a las que antes hemos explicitado, y difiere de ellas tan sólo en que, por su parte, da un lugar especial a los intereses peculiares de los Estados bajo cierto aspecto, y no únicamente a los de la comunidad internacional o de la persona humana.

4. La clasificación de Caicedo Perdomo

De gran interés es la clasificación, y en general el tratamiento de este punto, del jurista colombiano José Joaquín Caicedo Perdomo,¹³ para el cual las normas imperativas de derecho internacional general podrían colocarse en las cinco categorías siguientes:

- 1) Las normas imperativas relativas a los derechos soberanos de los Estados y de los pueblos (igualdad, integridad territorial, libre determinación de los pueblos; etcétera).
- 2) Las normas imperativas relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales (prohibición del uso de la fuerza, procedimientos de solución pacífica de las controversias, definición de la agresión, etcétera).
- 3) Las normas imperativas relativas a la libertad de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados (*pacta sunt servanda*, buena fe, etcétera).
- 4) Las normas imperativas relativas a los derechos del hombre (prohibición de la trata de esclavos, *habeas corpus*, prohibición de la tortura, respeto del asilo, de la libertad de enseñanza, de la libertad de reunión, de la libertad religiosa, igualdad de derechos, etcétera.).
- 5) Las normas imperativas relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre pertenecientes a la comunidad de Estados en su conjunto (alta mar, “patrimonio común de la humanidad”, espacio extraatmosférico, etcétera).¹⁴

Compartiendo por entero la clasificación anterior y los ejemplos en ella incorporados, lo primero en que debemos fijar nuestra atención es que en algunas de las normas allí constantes, tales como la libre determinación de los pueblos y los fondos marinos como patrimonio común de la humanidad, no tienen hasta hoy otra fuente formal que las resoluciones correspondientes de la Asamblea General. El autor, empero, es bien consciente de ello, ya que afirma con toda decisión que, para él, “constituyen

13 Caicedo Perdomo, J. J., “La teoría del *ius cogens* en derecho internacional a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, pp. 261-274.

14 *Ibidem*, pp. 272 y 273.

normas de *ius cogens* las disposiciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobadas por unanimidad, cuasi-unanimidad o consenso”.¹⁵

Dicho así con esta latitud, a nosotros por nuestra parte, no nos parece que a todas las resoluciones de la Asamblea General deba atribuirse carácter de *ius cogens*, ni creemos que así lo piense el autor colombiano, sino tan sólo a aquellas resoluciones en cierto modo legislativas y que versan sobre los intereses más elevados de la comunidad internacional. Dentro de esta categoría, pues, serían, a juicio nuestro, fuente formal de normas imperativas las siguientes resoluciones:

- 1) Resolución 1514 (XV), declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. En esta resolución se ha visto siempre, y con razón, uno de los documentos de mayor autenticidad sobre la autodeterminación de los pueblos. La resolución, en efecto, dice, *inter alia*, lo siguiente: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.¹⁶
- 2) Resolución 1893 (XVII) relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales.
- 3) Resolución 2131 (XX) sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Es una resolución complementaria del principio consagrado en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a la no intervención de la Organización en el dominio reservado de los Estados; y realmente no se explica uno cómo en la Carta misma, *a pari*, cuando no *a fortiori*, no se consagró también el principio correlativo de la no intervención de un Estado o grupo de Estados en los asuntos de otro. Y si el primero, reconocidamente, tiene carácter de *ius cogens*, no deberá ser menos con el segundo, por resguardar ambos el mismo dominio, el de la soberanía del Estado.

¹⁵ *Ibidem*, p. 271.

¹⁶ En su opinión consultiva del 16 de octubre de 1975, en el asunto del Sahara occidental, la Corte Internacional de Justicia respalda por completo la resolución 1514 (*Recueil*, 1975, pars. 54 y ss.) y le da, según resulta de todo el contexto, pleno valor como norma jurídica. Los razonamientos de la Corte son incompatibles, a lo que creemos, con la idea de la resolución 1514 como mera “recomendación”.

- 4) Resolución 2625 (XXV): Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Los siete principios reiterados y explicitados en la histórica declaración, son los siguientes: 1) la proscripción de la amenaza o el empleo de la fuerza; 2) la solución pacífica de los conflictos; 3) la no intervención en los asuntos internos de los Estados; 4) la cooperación internacional en la promoción de los propósitos y principios (*butis et principes*) de las Naciones Unidas; 5) la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos; 6) la igualdad soberana de los Estados; y 7) el principio de la buena fe.

Desde la etapa preparatoria de la resolución 2625, desde la reunión en México del comité especial (1964), y cuando aún no se discutían sino cuatro principios fundamentales, fue abiertamente proclamado, por los representantes de la Europa socialista en la reunión de Lagonissi, que la noción del *ius cogens* era coextensiva con los susodichos principios.¹⁷ Y desde entonces también, fueron en general reconocidos como “piedra de toque de las relaciones entre los Estados... parte esencial del derecho internacional... verdadera base de las relaciones pacíficas entre los Estados”.¹⁸

- 5) Resolución 3314 (XXIX): definición de la agresión. La definición propiamente dicha no es sino el artículo 2.4 de la Carta puesta al revés, o sea trasladando a términos positivos lo que en la Carta está en términos negativos; pero además, hay en la resolución (artículo 3o.) una caracterización de actos de agresión que, con toda probabilidad, podría calificarse como de *iuris cogens*, al igual que el texto mismo de la Carta y, al ponerlo de cabeza, la definición de la agresión.
- 6) Resolución 2749 (XXV): declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. El núcleo de esta declaración es el artículo primero, en virtud del cual el *status* jurídico de los aludidos fondos marinos es el de ser “patrimonio común de la humanidad”.

17 *Conference on international law*, Lagonissi, 1966, Genova, 1967.

18 ONU, *Chronique mensuelle*, vol. I, núm. 6, noviembre de 1964, pp. 57 y 58.

Ahora bien, esta declaración que, en la opinión general, tiene carácter de *ius cogens*, ha recibido nueva y vigorosa confirmación en el proyecto de convención sobre el derecho del mar,¹⁹ en cuyo artículo 311.6 podemos leer lo siguiente:

“Los Estados Partes en esta Convención convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario al mismo”.

Es un texto *de lege feranda*, por el momento, pero absolutamente claro. El artículo 136 de la Convención, el que enuncia el principio de los fondos marinos como patrimonio común de la humanidad, es absolutamente inderogable por cualquier acuerdo en contrario, mientras toda la convención no se reforme por el mismo procedimiento con que fue acordada, y es, por tanto, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena, una norma de *ius cogens*.

5. Las resoluciones de la Asamblea General y su valor jurídico

El valor del *ius cogens* que atribuimos a las precitadas resoluciones y a otras que pudieran aún citarse, no tiene por fundamento único el de su contenido intrínseco (éste ante todo, claro está), sino que reposa en el supuesto aquí indemostrado, pero no indemostrable, del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, algunas de entre ellas por lo menos, como fuente de derecho. Es imposible, en efecto, entrar aquí y ahora en el examen de una cuestión que nos llevaría muy lejos. Baste decir que la tesis a que aludimos cuenta en la actualidad con notables defensores, entre ellos Jorge Castañeda,²⁰ y no sólo del Tercer Mundo, como lo deja ver la sola mención de los nombres de Seara Vázquez, Michel Virally, Rosalyn Higgins y Daniel Thürer.

Ahora bien, la defensa del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General puede hacerse, a lo que nos parece, desde dos puntos de vista. El primero y el más generalmente adoptado es el de reducir la expresión de la Asamblea a alguna de las fuentes reconocidas del derecho internacional, no al tratado, desde luego, pero sí a la costumbre o a los

19 A/CONF. 62. WP. 10/Rev. 3, 27 de agosto de 1980.

20 Castañeda, J., “Valeur juridique des résolutions des nations unies”, *Rec. Cours*, vol. 129, t. I, 1970, pp. 207-331.

principios generales del derecho. Las resoluciones de la Asamblea General tendrían así el valor no de fuente generadora —para decirlo en la terminología de Sánchez de Bustamante—, sino de fuente testimoniativa. La resolución 1514 (XV), por ejemplo, comprobaría rotundamente esta apreciación. Cuando durante quince años (1945-1960) una mayoría abrumadora de los Estados miembros de las Naciones Unidas han venido clamando por el fin del colonialismo y por la consagración del derecho de libre determinación de los pueblos, la resolución de la Asamblea general no hace sino autentificar una costumbre internacional que no carece ni de la *diuturnitas* ni de la *opinio iuris*.

El otro modo de enfocar las resoluciones de la Asamblea General, y particularmente cuando son fuente o testimonio de normas *iuris cogentis*, constituye una innovación verdaderamente revolucionaria, sobre todo en la interpretación de Caicedo Perdomo. El jurista colombiano, en efecto, no vacila en asentar lo siguiente:

El procedimiento normativo especial del *ius cogens* parece confirmar la existencia de una nueva fuente de derecho internacional, constituida por las normas imperativas, fuente que no aparece en las disposiciones del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia que enumera las fuentes tradicionales del derecho internacional.²¹

Para pensar así, Caicedo Perdomo se apoya fundamentalmente en el texto mismo del artículo 53 de la Convención de Viena, conforme al cual una norma imperativa es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Ahora bien, este proceso generador de la norma excluye tanto el tratado multilateral (aunque no el universal) como la costumbre y los principios generales de derecho, por la buena razón de que en ninguna de las tres fuentes tradicionales está presente la comunidad internacional de Estados en su conjunto, la cual, según aclara en seguida el autor, sólo “puede estar reunida en dos oportunidades diferentes: cuando sesiona la Asamblea General de las Naciones Unidas o una conferencia internacional universal”.²²

Según esto, pues, el tratado multilateral, con tal que sea universal, sí podría ser fuente de *ius cogens*, y además, la cuarta fuente, las resoluciones de la Asamblea General, a cuyo efecto el autor cita la siguiente

21 Perdomo, Caicedo, J. J., “La teoría del *ius cogens* en derecho...”, *cit.*, p. 263.

22 *Ibidem*, p. 265.

conclusión del Instituto Hispano-Luso-Americano de derecho internacional, el cual, en su IX Congreso (Lisboa, 1972) dijo lo siguiente: “La caracterización de una norma como *ius cogens* puede resultar de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de la doctrina, así como de resoluciones y declaraciones de las organizaciones internacionales competentes y especialmente de los convenios internacionales”.

De esta resolución Caicedo Perdomo no cita sino la parte que coadyuva a su tesis; pero la verdad es que las “resoluciones y declaraciones” no figuran en ella sino como una “caracterización”, entre otras, del *ius cogens*, y no como fuente generadora. Por otra parte, la resolución del IHLADI reconoce, en términos inequívocos, las fuentes tradicionales del derecho internacional en la producción o caracterización de normas imperativas.

En nuestra opinión, es llevar las cosas demasiado lejos el pretender erigir en fuente única del *ius cogens* (concurrente pudiera ser) las resoluciones de la Asamblea General; ni la historia legislativa del artículo 53 favorece, por todo lo que puede saberse, esta interpretación. No fue, en efecto, del Tercer Mundo, sino de tres países occidentales (España, Finlandia y Grecia) de donde partió la enmienda consistente en requerir, a los efectos de caracterizar las normas imperativas, el reconocimiento y aceptación de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, pero, según todas las apariencias, como un doble control y no como una fuente autónoma. Es un refuerzo, y nada más, de las normas engendradas por los antiguos métodos.²³ Que tres países occidentales hubieran pretendido cancelar estos métodos, es algo simplemente inconcebible.

Estas apreciaciones, sin embargo, dejan indemne el hecho de que, por uno u otro fundamento, como cuarta fuente o por su reducción a alguna de las otras tres, las resoluciones, y sobre todo las declaraciones de la Asamblea General, van imponiéndose, cada día con mayor peso, como proceso productivo, o por lo menos como manifestación de auténticas normas jurídicas. Un autor tan circunspecto como el profesor Erik Suy el actual consejero jurídico del secretario general, ha podido escribir lo siguiente:

23 Al introducir la enmienda conjunta, el delegado helénico, señor Eurigenis, dijo lo siguiente: The joint amendment should help to *reinforce* article 50 (53) and to ensure that rules of *ius cogens* are accepted as binding by the international community. A/CONF. 39/CN. 1/SR. 52, p. 6.

La doctrina atribuye una importancia cada día mayor a las declaraciones adoptadas por el órgano político universal que es la Asamblea General, y hay una tendencia en el sentido de reconocer en estas declaraciones un carácter que va mucho más allá de simples recomendaciones. En la medida en que dichas declaraciones enuncian principios generales o normas consuetudinarias, su valor en tanto que normas del derecho positivo es incuestionable.²⁴

Baste con lo dicho acerca de esta cuestión que era preciso esclarecer antes de seguir adelante; y ahora prosigamos en nuestro ensayo de identificación del *ius cogens*, pasando esta vez a otro campo sobremanera fértil en normas imperativas.

6. *Derechos humanos y derecho humanitario*

Difícil será negar hoy que este doble complejo normativo: derechos humanos (*droits de l'homme*) y derecho humanitario, pertenece, así pueda ser en parte solamente, al *ius cogens*. La dificultad estará, como luego veremos, en el deslinde entre lo que en este campo es de *iure cogenti* y lo que es de *iure dispositivo*, pero del principio en general no hay la menor duda, y así lo confirma tanto la doctrina de los autores más renombrados como la jurisprudencia internacional.

En lo tocante a esta última, bastará con referirnos a dos ejecutores (*arrêts*) de la Corte Internacional de Justicia. En la primera, pronunciada en el caso del canal de Corfú, la Corte alude a la obligación de las partes de tener presentes “consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra”.²⁵ El término “absolutas”, dentro de este contexto, tiene que ser, por fuerza, sinónimo de *ius cogens*.

En el otro caso, el de la *Barcelona Traction*, ya aludido con antelación, la Corte habla de “la distinción esencial que debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado”. De las primeras dice la Corte que son obligaciones *erga omnes*, y prosigue así:

24 Suy, Erik M., *Le droit des traités et les droits de l'homme*, Strassbourg, Institut international des droit de l'homme, julio de 1980.

25 CIJ, *Recueil*, 1949, p. 22.

En el derecho internacional contemporáneo, estas obligaciones derivan, por ejemplo, de haber puesto fuera de la ley actos de agresión y genocidio, como también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, con inclusión de la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.²⁶

Son muchos los autores que afirman que los derechos humanos —así nos atengamos puramente a la declaración de París (1948)— pertenecen a las normas imperativas, por no ser posible introducir en ellos ninguna derogación. Para el profesor McDugal, por ejemplo, la declaración universal “es aclamada hoy por haber promulgado normas jurídicas consuetudinarias con los atributos del *ius cogens*...”²⁷

Con igual decisión se pronuncia el profesor Ago, para el cual forman parte del *ius cogens*:

Las normas fundamentales relativas a la salvaguarda de la paz y principalmente aquellas que prohíben el recurso a la fuerza o a la amenaza de la fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario (prohibición del genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial, protección de los derechos esenciales de la persona humana en tiempo de paz y en tiempo de guerra)...²⁸

7. *Derechos humanos y normas imperativas*

Pero una vez fijada esta toma de posición, pasa hoy con los derechos humanos algo semejante a lo que ha pasado tradicionalmente con el derecho natural, o sea determinar con toda precisión los preceptos de mayor rango axiológico dentro de uno y otro complejo normativo, o más concretamente y en lo que hace a nuestro actual propósito, saber cuáles son los derechos humanos que pudieran entrar, con sólido fundamento, en la categoría del *ius cogens*. De otro modo nos quedaremos con fórmulas más o menos vagas —y bien más que menos— como las de “derechos esenciales”, “derechos fundamentales” y otras semejantes.

“Es evidente —comenta Suy— que desde un punto de vista práctico, esta situación está muy lejos de ser satisfactoria”.²⁹ Sintiéndolo así, el

26 *Ibidem*, 1970, p. 32.

27 McDugal, *Human rights and world public order*, 1980, p. 274.

28 Ago, R., “Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne”, *Rec. des Cours I*, núm. 134, 1971, III, p. 324.

29 Suy, Erik, *Le droit des traités... cit.*, p. 5.

mismo profesor lovaniense ha propuesto ciertos criterios de apreciación que podrían ayudarnos tal vez en la elucidación, a menudo difícil, de si tal o cual entre los derechos humanos pertenece o no al *ius cogens*. Y el primero de estos criterios sería el de preguntarnos, sigue diciendo Suy, “si es concebible que dos Estados concluyan un cuerdo derogatorio de este derecho”.³⁰

Ahora bien, este primer *test* se aplica de lleno, en nuestra opinión, al derecho de autodeterminación de los pueblos, y sobre todo desde que este derecho pasó a figurar en primer lugar en los dos pactos internacionales de derechos humanos, tanto en el pacto de derechos civiles y políticos como en el relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.³¹ Y si se le dio cabida en ambos pactos, a pesar de ser un derecho colectivo y no individual, y si se le puso en el lugar en que está, fue porque, según se dijo entonces en todos los tonos, el derecho de libre determinación de los pueblos es la *conditio sine qua non* para el goce y ejercicio de todos los demás derechos, sean cuales fueren. Correcta o no esta visión, lo cierto es que, una vez aceptada, tiene que ser de *iure cogens* un derecho que constituye la condición y preámbulo de otros muchos que tienen, en la opinión general, este carácter.

Actualmente es sencillamente impensable (para aplicar el *test* de Suy) la existencia de un convenio por el que dos o más Estados estipularan la sumisión de algún pueblo, cuando, por el contrario, acuerdos de esta especie eran vistos como la cosa más natural del mundo en la conferencia africana de Berlín (1885). Y por otra parte, hay en la actualidad el más amplio respaldo doctrinal, dentro y fuera de las Naciones Unidas, a la idea del derecho de autodeterminación como norma imperativa. Con referencia a los organismos no gubernamentales, bastará citar la siguiente declaración del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (XI Congreso, Madrid-Salamanca, octubre de 1977), sobre la ponencia de Antonio Gómez Robledo, a saber: “El principio de la libre determinación de los pueblos es un dato inmediato de la conciencia humana y pertenece, en la categoría de *ius cogens*, al derecho internacional positivo”.

30 *Idem*.

31 Artículo 1.1 All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Dentro de las Naciones Unidas, a su vez, hemos visto cómo la Comisión de Derecho Internacional, en su informe a la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, enumeró el principio de autodeterminación en la posible lista de normas imperativas.³²

Por último no debe olvidarse el hecho muy significativo de que cuando este punto fue discutido en la Sexta Comisión de la Asamblea General, la única opinión adversa a la inclusión, dentro del *ius cogens*, del principio de autodeterminación, fue la del representante de Portugal del gobierno portugués, acláremoslo, de 1964.

El segundo de los criterios o métodos propuestos por Suy para identificar, entre los derechos humanos, los que pertenecen al *ius cogens*, es el de mirar atentamente en los textos oficiales, según que autoricen o no a los Estados partes en un tratado, a derogar entre sí algunas de sus cláusulas. Con base en este examen podremos distinguir, en las cláusulas de un tratado, lo que en ellas es *de iure cogenti* de lo que es meramente de *iure dispositivo*.

Yendo por esta vía, tenemos que en el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el artículo 4o. autoriza a los Estados partes a tomar medidas derogatorias de las estipulaciones del mismo pacto en casos de emergencia pública, “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”, y con tal que, además, estas medidas se limiten estrictamente a las exigencias de la situación. Sin embargo, y según sigue diciendo el citado artículo, no se autoriza ninguna suspensión de los artículos 6o. (derecho a la vida), 7o. (prohibición de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 8o. (esclavitud o servidumbre), 11 (nadie podrá ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), 15 (no retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo, pero sí en su beneficio), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). En consecuencia, todos estos preceptos, absolutamente inderogables, son portadores, con toda evidencia, de normas imperativas, protectoras de la persona humana en su estructura y dignidad fundamental.

El tercer criterio que, en opinión del profesor Suy, permitiría identificar una norma como perteneciente al *ius cogens*, sería el hecho de que la comunidad internacional considere la violación de esa norma como un

32 A.CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 73, ...comme autres exemples possibles, il a été question des traités qui violent les droits de l’homme, l’égalité des Etats ou le principe de l’autodétermination.

“crimen internacional”.³³ Esta idea, con el término correspondiente, se ha abierto camino en los trabajos de la comisión de derecho internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado.

“Puede admitirse —comenta Suy— que las obligaciones cuya violación constituye un crimen serán normalmente obligaciones que derivan del *ius cogens*”.³⁴ Lo que no quiere decir, claro está, que toda violación de una norma imperativa sea necesariamente un crimen internacional, y así lo reconoce la Comisión de Derecho Internacional, al decir que “la categoría de las obligaciones internacionales con respecto a las cuales no se permite derogación alguna, es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional”.³⁵ En lo que se refiere a los derechos humanos, la propia Comisión considera que no cualquier violación constituye un crimen, pero sí “una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid”.³⁶

En nuestra opinión, también este último criterio de identificación del *ius cogens* confirma este carácter en el principio de autodeterminación de los pueblos, toda vez que su desconocimiento o violación, es decir la dominación colonial, ha sido calificada como un “crimen” en numerosas resoluciones de las Naciones Unidas, y aún por un cuerpo tan moderno en sus expresiones como la comisión de derecho internacional, en el comentario a su proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.³⁷

8. Normas de carácter humanitario

Como un capítulo de los derechos humanos podría considerarse, por último, el llamado derecho humanitario, a tal punto que no es siempre fácil fijar con toda precisión la diferencia específica, en este caso, entre la especie y el género a que pertenece (derechos humanos). Así puede

33 La noción de “crimen internacional” huelga decirlo no debe confundirse con la de “delito internacional”, término tradicionalmente usado para designar en general el acto ilícito, por ser violatorio de una norma de derecho internacional, y que por esto mismo, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

34 Suy, Erik, *Les droit des traités... cit.*, p. 6.

35 Anuario de la CDI, 1976, vol. II (segunda parte), par. 62, p. 111.

36 Artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, A/35/10/p. 68.

37 *Idem*.

observarse, por ejemplo, en la caracterización que de las “convenciones humanitarias” hacía el delegado de Venezuela, en la sexta sesión de la Asamblea General, en los siguientes términos:

They were conventions which dealt with means of improving living conditions and of remedying evils in general, without referring to particular states; conventions to implement any of the rights named in the universal declaration of human rights... The convention on the traffic in persons, narcotic drugs and the status of refugees also were examples.³⁸

Es una caracterización, sin duda, demasiado amplia, y lo mejor sería, a nuestro parecer, seguir un método empírico, es decir, partir del examen directo de los instrumentos que, desde fines del siglo pasado hasta la fecha, han ido configurando el derecho humanitario bélico. Este derecho muy *sui generis*, en efecto, ha nacido y se ha organizado dentro del medio histórico y sociológico de los conflictos armados, con el fin de humanizar lo más posible (de ahí su nombre de derecho humanitario) la conducta de las hostilidades en todos sus variados y múltiples aspectos, ya en las armas empleadas, ya en el tratamiento de las personas, combatientes y no combatientes.

En el primer aspecto, las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sientan el principio general de que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado de elección de medios de dañar al enemigo”. De conformidad con este principio, las mismas convenciones prohíben el empleo de armas particularmente crueles (balas expansivas, gases asfixiantes o deletéreos), y con el tiempo (1925) quedará proscrita, aunque desgraciadamente sólo en el papel, la guerra bacteriológica.

En el segundo aspecto del derecho humanitario, el relativo a las personas, la Conferencia de Ginebra de 1929 aprobó varias convenciones sobre el tratamiento de heridos, enfermos y prisioneros de guerra. En 1949 procedióse a la revisión de estos acuerdos, lo que se hizo constar en tres convenciones, y se aprobó una cuarta convención sobre la protección de la población civil en tiempo de guerra.

Esta última convención es arquetípica del derecho humanitario. Protege no sólo a la población civil, a la que no participa en las hostilidades, sino inclusive a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto

38 *AJIL*, 1952, vol. 46, p. 487.

las armas o que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas o por cualquier otra causa. Todos ellos serán tratados con humanidad, quedando especialmente prohibidos los tratos crueles, las mutilaciones, torturas y suplicios.

Por último, debe hacerse mención, en esta rapidísima reseña del derecho humanitario, de los trabajos de la Conferencia de Ginebra de 1977, particularmente del protocolo 1, en el cual, después de una vivísima discusión parlamentaria, los guerrilleros, con tal que observen en su conducta ciertos requisitos, quedan asimilados a las fuerzas regulares, a los efectos de poder reclamar la igualdad de trato con estas últimas. Más aún, el mercenario inclusive, un tipo en el fondo despreciable, recibe la protección fundamental estipulada en las convenciones de 1949.

Ahora bien, y enfocando la cuestión desde el ángulo que aquí nos interesa, no se concibe que dos o más Estados puedan hoy pactar entre sí un acuerdo cualquiera derogatorio de las convenciones que han consagrado el derecho humanitario; y por esta razón pertenecen estas convenciones, en sus estipulaciones básicas por lo menos, al *ius cogens*. En confirmación de lo cual, dejaremos la palabra a un especialista en la materia:

Hay una estrecha conexión entre el *ius cogens* y el derecho humanitario... El derecho humanitario o los principios de humanidad, tienen muchos aspectos de carácter perentorio, lo que implica que no puede admitirse su violación, porque la mayoría de estos principios o normas son esenciales para la supervivencia de la comunidad o la protección de sus intereses comunes.³⁹

9. Consideraciones finales

Con todo lo que acabamos de decir creemos no haber pasado por alto ninguna norma de derecho internacional cuya adscripción al *ius cogens* es reclamada en la actualidad, con mayor o menor apoyo en el mundo oficial o por parte de la doctrina. Pero precisamente en razón de este desnivel —a menudo, además, difícil o imposible de cuantificar— hemos debido renunciar a la idea, en principio seductora, de elaborar una lista de normas imperativas, siguiendo el ejemplo de numerosos autores.⁴⁰ Nos

39 Kasto, Jalil, *Ius cogens and humanitarian law*, Institution internationale de droit humanitaire, 1980, p. 98.

40 Quien lo desee, podrá encontrar catálogos de este tipo, más o menos largos, en varios tratadistas, entre ellos Sztucki, Jerzy *Ius cogens and the Vienna convention on the law of treaties*, Sprenger, 1974, p. 119; Reimann, Heinrich Bernhard, *Ius cogens im Volkerrecht*, Zurich, 1971, p. 45.

arredró sobre todo, para no sumarnos a intentos de este género, la indiscriminación en que por fuerza se cae, en estas listas, entre lo cierto y lo probable, lo actual y lo futuro, el derecho positivo y el derecho ideal, y así por este orden.

Más aún que la casuística, que estará siempre abierta a discusión, lo importante es mantener bien firmes los criterios de identificación del *ius cogens* internacional, los cuales, hasta el momento, nos parecen dimanar de una dualidad en apariencia irreductible, a saber: la estructura de la sociedad internacional y los derechos humanos.

Del primer criterio se hacía eco, en la Conferencia de Viena, el representante de México, licenciado Eduardo Suárez, al decir lo siguiente:

Sin pretender formular una definición rigurosa que pueda servir de texto de un tratado, se puede decir que las normas de *ius cogens* son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico.⁴¹

En la otra vertiente del *ius cogens*, en lo relativo a los derechos humanos, hemos visto en la parte histórica de este trabajo cómo el representante de la Santa Sede, profesor René-Jean Dupuy, proponía en la Conferencia de Viena que se adoptara como denominador común del *ius cogens* “el principio de la supremacía de los derechos humanos”, y agregaba: “¿Por qué no interpretar el artículo 50 (53) como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?”.⁴²

Aunque sin referencia directa al *ius cogens*, el papa Juan Pablo II, en su discurso pronunciado en la sede central de las Naciones Unidas el 2 de octubre de 1979, tomó como tema fundamental el de la defensa de los derechos humanos; y en su intención, aunque no lo haya dicho así expresamente, estuvo el considerar como normas imperativas los derechos más importantes o medulares, según la enumeración que de ellos hizo el pontífice en este párrafo de su alocución:

y Whiteman, Marjorie M., “*Ius cogens* in international law with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Fall 1977.

41 A/CONF. 39/ 11, sesión 52, par. 7, p. 325.

42 *Ibidem*, sesión 46, par. 75, p. 285.

La declaración universal de derechos humanos y los instrumentos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional, en un movimiento que no puede sino desearse progresivo y continuo, se han esforzado por crear una conciencia general de la dignidad del hombre y definir por lo menos algunos de los derechos inalienables del hombre. Permítaseme enumerar algunos de ellos entre los más importantes y que son universalmente reconocidos: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a la alimentación, al vestido, a la habitación, a la salud, al reposo y al ocio; el derecho a la libertad de expresión, a la educación y a la cultura; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el derecho a manifestar su religión, individualmente o en común, tanto en la vida privada como en público; el derecho de elegir su estado de vida, de fundar una familia y de disfrutar de todas las condiciones necesarias a la vida familiar; el derecho a la propiedad y al trabajo, a condiciones equitativas de trabajo y al justo salario; el derecho de reunión y de asociación; el derecho a la libertad de movimiento y a la inmigración y emigración; el derecho a la nacionalidad y a la residencia; el derecho a la participación política y el derecho a participar en la libre elección del sistema político del pueblo a que cada uno pertenece. El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, concebido de manera integral y no reducido a una sola dimensión. Refiérense estos derechos a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con las demás personas, y siempre y dondequiera al hombre, a su plena dimensión humana.⁴³

43 *Juan Pablo II en la ONU*, par. 14.