

IUS COGENS Y DERECHOS HUMANOS: LUCES Y SOMBRAS PARA UNA ADECUADA DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

CARLOS ZELADA ACUÑA⁽¹⁾

Abogado.

Profesor de Derechos Fundamentales

y Personales de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO

I. Introducción. - II. ¿Qué es el *Ius Cogens*? Aproximaciones al concepto:

1. El nacimiento del *Ius Cogens*; 2. Los elementos del *Ius Cogens*

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

La rebelión de las nuas, "Epitogo para Ingleses",⁽²⁾

José Ortega y Gasset.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con este breve ensayo (digamos "propiamente") quisiera llamar la atención del lector para que juntos pensemos por unos cuantos segundos en aquello a lo que solemos denominar *lo inmutable*. Por un momento deténgase y piense en lo siguiente: ¿Existe en verdad esta categoría "tangiblemente" para el campo del conocimiento humano? Pasados estos breves segundos y sin entrar más en este problema (por razones de especialidad o simple falta de tiempo) creo que nos resulta bastante obvio que serán muy pocos los campos de estudio que en nuestra realidad tangible sigan el rumbo de lo perdurable. Tampoco serán pocos los que vean en el Derecho cierta tendencia hacia lo estático y constante, como una suerte de límite o "camisa de fuerza" del incontenible devenir histórico. Todo ello por varias razones.¹ Creo sin embargo que aquellos que hemos decidido por esta vía, sabemos bien que el Derecho es por naturaleza contrario a la idea de lo invariable o permanente. Y es que lo jurídico tampoco escapa a la formulación de esta regla general de cambio; el Derecho pertenece así, por esencia, al campo de lo dinámico. Dicho rasgo, especialmente manifiesto en algunos de sus ámbitos, es más que evidente cuando estamos en el campo del Derecho internacional.

El Derecho, como el mundo, evoluciona. Pero esta evolución es distinta a la acelerada movilidad de la realidad histórica: estamos así ante un cambio lento y progresivo que se encuentra condicionado a las modificaciones sufridas por la sociedad que se pretende regular. La sociedad internacional de hoy (mixtura de fuerzas en constante tensión) no es la excepción a este natural proceso de mutación. Algunas de sus características sin embargo, son cualidades adquiridas con relativa cercanía temporal.

¹ Este ensayo ha sido posible gracias a la ayuda y soporte de cuatro grandes amigos, de allí esta singular dedicación: a Juan José Roda, gran maestro y mejor amigo; a Sam Encarni, por inspirarme a emprender nuevos desafíos en el Camino y a comprender que todo lo bueno siempre toma tiempo; a Johana Barr, por su invaluable ayuda en mi corto éxodo por las tierras del norte; y a Edith Bergansius, mi benefactora en mi visita a la Academia de Derecho Internacional en La Haya.

² Con este mismo texto se inicia también la magnífica obra del profesor TRUJOL Y SERRA, Antonio, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1977. Una perfecta introducción para todo iniciado o experto que intente aproximarse a las bases del Derecho Internacional.

³ Por ejemplo, tomando en cuenta que su dolo más inmediato se llama "Estado", y que la denominada "seguridad jurídica" es uno de sus valores más difundidos.

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

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

No cabe duda que el proceso histórico que ha significado la universalización de la sociedad internacional puede verse hoy de manera ciertamente más pacífica y sosegada que hace algunos años. Finalizada ya la Guerra Fría y afirmadas de modo más urgente las necesidades "comunes" a la humanidad, el rasgo es hoy bastante notorio. Esto último inclusive sin perjuicio de las importantes reivindicaciones de los grupos particularistas³ que en más de una ocasión han venido a fortalecer "inconscientemente" con sus argumentos las pretensiones de algunos de los más controvertidos conceptos de los sectores universalistas.⁴ La universalización de la sociedad internacional se ha convertido así en signo de nuestros tiempos.

Universalización no significa sin embargo la concepción de un orden

² FERRERO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. México D.F.: McGraw-Hill, 1997, pp. 11-21. Aunque como bien señala el profesor Gerardo Salgado, al Estado soberano y al sistema de Estados "son todavía, y seguirán siendo por mucho tiempo, piezas esenciales de la organización social y política de la comunidad internacional". GARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 151.

³ También basados grupos "comunataristas", puede decirse de ellos en analogía que son parte de un movimiento más amplio de crítica al liberalismo. Para estos grupos, todo intento por entender al mundo se sitúa con referencia a un corteño, y por ende toda decisión se entenderá ya predominantemente o condicionada por la cultura o paradigma del que uno escapa. En ese sentido, se cuestiona al neoliberalismo universal en tanto pretende realizar una abstracción que olvida la exigencia comunitarista de los individuos, configurándose así un atolpado intento de "reventonización" del mundo occidental al interior de otras culturas.

⁴ En opinión de muchos, es precisamente al confrontar "al límite" ambas posturas que el peso de la balanza suele inclinarse hacia los argumentos de los grupos universalistas "moderados". Recomendamos revisar HERRERA LIMA, María. *Multiculturalismo: Una revisión crítica*. *Iir* (Sección Nº 14). Madrid, 1996, pp. 137-202. También RAWLS, John. *El derecho de gentes*, y MCCARTHY, Thomas. *Unidad en la diversidad: reflexiones sobre el derecho cosmopolita*, ambos trabajos publicados en *Sección Nº 16*. Madrid, 1997, pp. 5-36 y 37-60 respectivamente. Aquí es evidente que el campo de mayor polémica es el de la pretendida universalidad de los derechos humanos. Para este tipo de recomendaciones revisar en su totalidad el extenso trabajo de DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales: En teoría y en la práctica*. México D.F.: Gernika, 1994. También PÉREZ LUÑO, Antonio Gregorio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 192-194. GIUSTI, Miguel. *Alas y raíces: Ensayos sobre ética y modernidad*. Lima: PUCP, 1999, pp. 227-243. DE TRAZEGNANI, Fernando. *Democracia y derechos humanos. Discurso de clausura a la reunión homónima celebrada en la Universidad del Pacífico el 9 de diciembre de 1998*. En: *Exposé*, 15-18 de diciembre de 1998; SALMON, Elizabeth. *América Latina y la universalidad de los derechos humanos*. En: *Agenda Internacional Nº 12*. Año VI (Enero-Junio 1998). Lima: IDE-PUCP, pp. 129-136; CACERES WALDIVIA, Eduardo. *Fundamentación, legitimidad y vigencia de los derechos humanos en la sociedad peruana* (Trabajo inédito). Conferencia permanente sobre derechos humanos. Primera sesión sobre "Legitimación y fundamentación filosófica de los derechos humanos" organizada por AFRODEH en agosto de 1999; GAMIO GERRI, Gonzalo. *Sobre la justificación post-liberal de los derechos humanos* (Trabajo inédito). Conferencia permanente sobre derechos humanos. Primera sesión sobre "Legitimación y fundamentación filosófica de los derechos humanos" organizada por AFRODEH en agosto de 1999; HERRANDO NIETO, Eduardo. *¿Existen los derechos naturales?* En: *Derecho Nº 40*. Diciembre 1999. Lima: PUCP, pp. 331-341; VAN DER VYVER, Johan. *Universality and relativity of human rights*. *América Iberoamericana*. En: *Buttalo Human Rights Law Review Nº 46*, vol. 4, 1998, pp. 43-78; RUDA, Juan José. *Algunas consideraciones a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. En: En: NOWAK, Fabián y RUDA, Juan José (eds.). *Declaración universal de los derechos humanos: 50 años*. Lima: PUCP, 1993, pp. 87-108, y YUBINO ARIAS SCHREIBER, Fidel. *Derechos Humanos y Multiculturalismo*. En: NOWAK, Fabián y RUDA, Juan José (eds.). *Declaración Universal de*

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

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

"(...) el Derecho internacional tiene que ser entendido, como un ordenamiento jurídico que en parte es el producto de la voluntad de los Estados y, a la vez, como una realidad normativa cuya parte esencial se impone desde el exterior de la voluntad de los Estados o implica siempre una irreductible dimensión de heteronomía y, por consiguiente, de objetivismo, es decir, como principios y normas que obligan a los Estados al margen de su voluntad. Ambas dimensiones son necesarias para la comprensión del Derecho Internacional pues ninguna de ellas, por sí sola, puede justificar al Derecho Internacional: si éste fuese un mero producto de la voluntad, no podría obligar a los Estados, y si realmente obliga a los Estados, no puede ser un mero producto de su voluntad".⁷

El giro conceptual que ha representado este proceso de la sociedad internacional ha generado importantes consecuencias prácticas. Entre los signos de este cambio, es sin duda el proceso de *humanización*⁸ del Derecho de gentes, uno de los rasgos más destacables. Y es precisamente en este contexto que se han forjado dos

Los Derechos Humanos: 50 años. Lima: PUCP, 1995, pp. 61-75.

⁵ Es erróneo denominar por ello "primitivo" al Derecho Internacional. Este campo está tan sólo "diferente", precisamente por la sociedad que pretende regular, distinta a la de los ordenamientos estatales internos. Al respecto VIFALLY, Michel. Sobre el presunto carácter primitivo del Derecho Internacional. En: El devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 104-116. Asimismo la clásica obra de WALZ, Gustav Adolf. Esencia del Derecho Internacional. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949. También ZELADA ACUÑA, Carlos. "Cuando la fe no puede mover montañas: Cuestionando los fundamentos del Derecho Internacional Público". En: Themis-Revista de Derecho Nº 42, Segunda Época, Lima, Mayo 2004, pp. 200-211.

⁶ A este respecto recomendamos revisar PASTOR RIQUELDO, José Antonio. Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales. 6ª edición. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 30-70. También CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. El Fundamento del Derecho Internacional. Algunas reflexiones sobre un problema clásico. En: Revista Española de Derecho Internacional vol. 50, Nº 1, Enero-Junio 1995, pp. 13-31.

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

⁸ El concepto de "humanización" ha sido usado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Curso de Derecho Internacional público: introducción a su estructura, historia y funciones. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 38-40. El mismo autor señaló además que: "Desde fines de la Primera Guerra Mundial, y sobre todo a partir de 1945, el Derecho Internacional viene experimentando, simultáneamente, un triple proceso de institucionalización, de socialización y de humanización que lo diferencian profundamente de los rasgos que habitar caracterizó al Derecho Internacional Tradicional (...) En efecto (...) el Derecho Internacional (...) se ha convertido del Derecho Internacional Clásico" CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 1995, p. 15.

importantes conceptos. De un lado, la noción del *ius cogens* o normas imperativas en el orden internacional y del otro, el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos.

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

II. ¿QUÉ ES EL *IUS COGENS*? APROXIMACIONES AL CONCEPTO

"*Tout acte illicite international (...) pourrait être élevé au rang de droit si l'on en faisant le contenu d'un traité*". La memorable afirmación de Jellinek⁹ es sin duda un estupendo comienzo para intentar explicar el giro conceptual que la noción de *ius cogens* conlleva a las estructuras del mundo del Derecho de gentes. Surge entonces la cuestión: ¿Existe un orden público en el Derecho Internacional? Si así fuera, ¿desde cuándo ha adquirido éste tal singular característica?

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

1. El nacimiento del *Ius Cogens*

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

No es nuestra intención repetir lo dicho en la ya innumerable cantidad de trabajos

⁹ Citado por DE VISSCHER, Paul, Cours Général de Droit International Public, RCADI (1970-8), t. 136, p. 102.

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

¹¹ REMIRO BRUJONS, Antonio y otros, Op. Cit., p. 22.

¹² Aquí la bibliografía "obligatoria" para todo estudio serio es por sobre la ostensa y muy rica, aunque no siempre de fácil acceso. En ese sentido, la biblioteca del Palacio de La Paz en La Haya (para muchos, la mejor biblioteca del mundo en materia

que abundan sobre el origen del concepto¹², quisiéramos situar la atención del lector más bien en lo que ha sido su desarrollo a partir del fenómeno de universalización de la sociedad internacional. De primera vista podemos señalar que el problema hoy con el *jus cogens* no es más el debate por su existencia sino el de la determinación de su contenido. Sin embargo, hacia los comienzos del siglo XX el panorama era distinto. En esos días la mayor parte de los publicistas postulaba una interpretación de tipo voluntarista del Derecho Internacional que declaraba una absoluta libertad para los Estados con relación a las materias a regularse mediante la fuente convencional. El Derecho de gentes, a diferencia de los derechos internos, carecía pues de normas superiores que limitasen por su sola formulación la libertad de acción de sus sujetos. Y así, aunque muchos de los negadores del *jus cogens* veían con agrado la incorporación de la noción al orden positivo internacional, estos señalaban que la inclusión de una noción de tal magnitud sólo resultaba posible en sistemas jurídicos altamente organizados y efectivos en la sanción de las violaciones a sus normas. Dejemos por un instante que el profesor Schwarzenberger, férreo opositor al *jus cogens*, precisaba en 1967 en cuanto a esta postura:

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

internacional) brinda una profundidad única para ello. Consideramos que no deben dejar de revisarse: ALEXIDZE, Levon. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 219-271; BARBERIS, Julio. La libertà de trator des États et le jus cogens. Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht vol. 30, 1970. Max Planck Institut, pp. 19-45; CHRISTENSON, Gordon. *Jus cogens*: Guarding interests fundamental to international Society. Virginia Journal of International Law vol. 28 (1988), pp. 585-648; DANILENKO, Gennady. International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making. En: European Journal of International Law, 1991, vol. 2, N° 1, pp. 42-65; D'AMATO, Anthony. It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! Connecticut Journal of International Law vol. 5 N° 1, Fall 1990, pp. 1-6; DE HOOCH, Andre. Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international Responsibility of States. The Hague: Kluwer Law International, 1996; *ibid.*, The relationship between *jus cogens*, obligations erga omnes and international crimes: peremptory norms in perspective. Austrian Journal of Public and International Law N° 42 (1991), pp. 183-214; DE VISSCHER, Charles. Positivism et "*jus cogens*". En: Revue Générale de Droit International Public N° 75, 1971, pp. 5-11; FORD, Christopher. Adjudicating *jus cogens*. Wisconsin International Law Journal vol. 13 N° 1, pp. 145-181; FROWEIN, Jochen Abr., *Jus Cogens*. En: R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. 3, 1992, pp. 65-69; GAJA, Giorgio. *Jus cogens* beyond the Vienna Convention. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 271-315; GALINDO POHL, Reynaldo. *Jus Cogens*. Actas del Cuarto Curso de Derecho internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Washington D.C., Julio-Agosto de 1977, pp. 203-233; GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio. La *jus cogens* internacional: su género, su natura, sus funciones. RCADI (1981-III), t. 172, pp. 9-127 (El mismo trabajo también se hizo publicado en español bajo el título: El *jus cogens* internacional. Estudio histórico crítico. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982); HANNIKAINEN, Lauri. Peremptory norms (*jus cogens*) in International Law. Historical development, criteria, present status. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988; JUSTE RUIZ, José. Las obligaciones "*erga omnes*" en Derecho internacional Público. En: Estudios de Derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Adolfo Maja de la Muela. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1978, pp. 219-233; MAAN, F.A. The doctrine of *jus cogens* in International Law. In: Further Studies in International Law. Oxford: Clarendon Press, 1990, pp. 94-102; MAREK, Krystyna. Contribution à l'étude de *jus cogens* en Droit international. En: Recueil d'Études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim. Genève: 1968, pp. 429-459; MAJA DE LA MUELA, Adolfo. "*Jus cogens*" y "*ius dispositivum*" en Derecho internacional Público. En: Estudios Jurídicos Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacortina Tomo II. Zaragoza: Universidad de Zaragoza de Compostela, 1989, pp. 1121-1153; NISOT, Joseph. Le "*jus cogens*" et la Convention de Vienne sur les traités. RGDIJ N° 76, 1972, pp. 892-897; SCHWARZENBERGER, G. International *Jus cogens*? En: Texas Law Review, 1965, pp. 465-477; SCHWELB, Egon. Some aspects of International *Jus Cogens* as formulated by the ILC. En: American Journal of International Law, vol. 61, 1967, pp. 846-875; SIMMA, Bruno and ALSTON, Philip. The sources of Human Rights Law. Custom: *Jus cogens* and General principles. Australian Yearbook of International Law vol. 12, 1992, pp. 82-108; SINGHAR, Ian. The Vienna Convention on the Law of Treaty. Manchester University Press, 1973, pp. 110-145; SUY, Erik. The concept of *Jus Cogens* in Public International Law. Conference on International Law, Lagos, 3-8 April 1966. Geneva 1967, pp. 17-77; and VIRALLY, Michel. Reflexiones sobre el "*Jus Cogens*". En: VIRALLY, Michel. El devenir del Derecho internacional... Ob. Cit. pp. 184-189 (El texto original se publicó bajo el título Reflexions sur le "*jus cogens*" en el Annuaire français de droit international, vol. XII, Paris: CNRS, 1968, pp. 5-29).

¹² SCHWARZENBERGER, G. A Manual of International Law. Citado por: TUNKIN, Grigory. International Law in the international system. RCADI (1975-IV), t. 147, pp. 95-97.

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

La huella dejada por el profesor austriaco comenzó a despertar el interés por lo que hasta ese entonces se consideraba *une question d'un intérêt pratique minime*. En los años siguientes encontramos así un considerable grupo de autores que abogaban por la nulidad de ciertos tipos de acuerdos internacionales por considerarlos de contenido inmoral. Para ellos, inclusive el "primitivo" Derecho Internacional debía poseer límites, pues como señalaba Lord McNair "(...) it was difficult to imagine any society, whether of individuals or of States whose laws set no limits whatever to freedom of contracts".¹⁶ Con dos posturas sobre el tema, se iniciaba una importante polémica doctrinal que vio enfrentarse a los clásicos autores del Derecho de gentes, pasando por Briery, Lauterpacht, Guggenheim, Kelsen, Anzilotti, Rousseau entre otros.¹⁷ A todo ello se sumaban ya algunas importantes opiniones disidentes y separadas de magistrados de la Corte Internacional de Justicia (y su antecesora) en sus fallos y opiniones consultivas, claro que en esta vía la afirmación de la presencia efectiva del concepto era bastante más tenue.¹⁸

Finalmente, la polémica se decidiría a favor de los defensores del concepto. Los sucesivos proyectos presentados a la Comisión de Derecho Internacional por los relatores de turno para la codificación del Derecho de los tratados recogerían la noción como parte integrante del orden internacional vigente¹⁹, quedando así el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969:

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

El *ius cogens* pasaba así a formar parte del Derecho positivo, aterrizando por fin del campo de los sueños de los autores que postulaban un fundamento metafísico

¹⁴ VERDROSS, Alfred von, *Forbidden treaties in international law*. En: *American Journal of International Law* vol. 31, 1937, pp. 571-577.

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

¹⁶ MCNAIR, A. *The Law of Treaties*. Oxford, 1961, pp. 213-214.

¹⁷ Para un completo análisis de las posturas formuladas por estos autores revisar: ZELADA ACUÑA, Carlos, *Reflexiones recientes en torno a la noción de ius cogens en el Derecho Internacional Público: una aproximación a su relación con el concepto de derechos humanos* (tesis), Lima, PUCEP, 2001.

¹⁸ Fueron las opiniones disidentes del juez Schöcking en el caso *Windpöden* (1923) y el asunto *Oscar Chén* (1934) las primeras en las que se abordó este término.

¹⁹ Así Lauterpacht señalaba que: "It would be thus appear that the text whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistent with customary international law pure and simple but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (ordre international public)". *ILC Yearbook*, 1953, vol. 2, p. 90. En su turno Fitzmaurice señalaba que la nulidad de un tratado "revolves a departure from an conflict with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of *ius cogens*". *ILC Yearbook*, 1958, vol. 2, p. 27. Finalmente Waldock apuntaría que "A treaty is void if its object or its execution involves the infringement of a general rule of international law having the character of *ius cogens*". *ILC Yearbook*, 1963, p. 62.

del Derecho de gentes al espacio del orden internacional plenamente reconocido. Y esto, precisamente porque ya para 1969 podía hablarse de una comunidad internacional universal; característica y requisito por demás discutible en otras etapas.

Sobre la redacción del artículo 53^o se han realizado varias críticas (a mi juicio demasiado duras) en tanto ha preferido definir al *ius cogens* por sus efectos antes que por su esencia.²⁰ Pero no debe olvidarse que esta convención tiene como materia el Derecho de los tratados, por tanto, resulta lógico y hasta predecible que lo recogido exprese los efectos de la noción únicamente sobre los tratados. De otro modo, y tomando en cuenta que el concepto resultaba todavía extraño para algunas de las más importantes delegaciones de Estados asistentes a la Conferencia de Viena, poco o nada se hubiera podido hacer para consagrar positivamente la noción. Y es que lo que para algunos podía tildarse de sólo un "modesto" avance, en realidad era un paso gigantesco para el sistema internacional de entonces. Quizás, si se hubiese optado por una visión más completa de sus alcances habríamos tenido que esperar muchísimo más para ver su nacimiento al derecho positivo.

2. Los elementos del *ius Cogens*

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

2.1 Norma de Derecho Internacional General

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

El hecho que el *ius cogens* esté constituido de manera exclusiva por normas de Derecho internacional general nos muestra que sus preceptos gozan de un carácter universal, y de ello se desprende que el *ius cogens* requiere de una sociedad universal para poder hablar de normas con dicho alcance. Como ya hemos referido, en el

²⁰ LACHS, Marten. The development and general trends of International Law in our time. General Course in Public International Law. RCADI (1960-IV), I, 169, p. 206. "The definition contained in what has become Article 53 of the Convention on the Law of Treaty is not a perfect one (it gives priority to the effects of *ius cogens*, instead of its substance). However, the criticism that it makes the articles in question subordinate to *ius cogens* does not seem to me indefensible de facto de la Comisión de Derecho Internacional (de-*facto*) - is, as the above analysis reveals, unjust". También JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *International Law in the past third of a century*. RCADI (1978-I), I, 169, p. 84, señala que "this definition has been described as a circular one because its main element is that of 'no derogation' (which really means 'no contracting-out') while the article itself establishes as the effect of the rule that if such derogation is attempted, then the treaty will become void. This description of *ius cogens* fails to apprehend its real essence, since the definition is based on the legal effects of a rule and not on its intrinsic nature, it is not that certain rules are rules of *ius cogens* because no derogation from them is permitted, rather, no derogation is allowed because they possess the nature of rules of *ius cogens*".

²¹ Otras clasificaciones pueden ser encontradas en VIRALLY, Michel. Reflexiones sobre... Ob. Cit., p. 187, y GALINOU POHL, Reynaldo. Ob. Cit., pp. 208-210.

²² GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Ob. Cit., p. 98.

momento en que la Conferencia de Viena se venía llevando a cabo (y hoy de modo más latente) ya podía considerarse que tal supuesto se verificaba en los hechos. Con esto además se reconocen dos importantes consecuencias: la primera, que tan sólo en virtud de otra norma de *ius cogens* se podría modificar una norma que ya goce de dicho carácter (que aparece expresamente en el texto del artículo 53²³ y; la segunda, que podemos encontrar normas de Derecho Internacional general fuera de las que pertenecen al *ius cogens*.

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

Pregunta legítima en este punto es saber en qué consiste el tan mentado "Derecho Internacional general". Virally²⁵ lo define como "el conjunto de normas aplicables a todos los estados miembros de la sociedad internacional, por oposición a las normas internacionales aplicables sólo a algunos de ellos y que constituyen el Derecho Internacional particular; ya sea regional, local o bilateral". En virtud de esta condición el *ius cogens* se configura como una doble barrera para los Estados: de entrada, porque cuando un nuevo Estado se integra a la sociedad internacional no puede sustraerse a sus preceptos en modo alguno (lo que sí podría ocurrir con las normas consuetudinarias y convencionales carentes de dicho *status* -es decir propias del Derecho dispositivo- al aparecer indistintamente, por efecto de la sucesión normativa, nuevas costumbres y tratados que sobre el mismo supuesto establezcan obligaciones y derechos distintos²⁶); y de salida, porque no tiene la posibilidad de retirarse de sus alcances aún cuando quieran hacerlo con otros Estados o sujetos.

²³ Como el profesor PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Op. Cit.*, p. 731, ha denominado "necesidades mínimas y absolutas de la sociedad internacional". Ver infra 2.2.3.

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

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

²⁶ Como señala CASSESE, Antonio, *International Law in a divided world* Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 180: "[...] since treaties and custom are on the same footing, it follows that the relations between rules generated by the two sources are governed by those general principles which in an legal order govern the relations between norms deriving from the same source. A posterior derogat priori (a later law repeals an earlier law), its posterior generalis non derogat priori speciali (a later law, general in character, does not derogate from an earlier law which is special in character), and lex specialis derogat generalis (a special law prevails over a general law). Furthermore, both categories of norms can regulate any subject matter and in any manner be decided upon by the parties concerned: the only limitation derives from peremptory rules of *ius cogens*; they place a clear restraint on the otherwise unlimited freedom of States." En el mismo sentido, BARBERIS, Julio, *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires: Asaco de Rodolfo Depetris, 1994, p. 112, señala que "[...] un tratado prevalece sobre una costumbre anterior y, a su vez, que una costumbre posterior tiene primacía respecto del tratado. Este principio no se aplica cuando la norma consuetudinaria anterior tiene carácter de *ius cogens* puro, como ya se ha repetido, esto no puede ser derogado por un tratado".