

IX. La filosofía del <i>ius cogens</i>	175
1. La profecía de Vitoria	176
2. <i>Ius cogens</i> y actos unilaterales	179
3. <i>Ius cogens</i> y principio de efectividad	183
4. La polémica Suy-Marek	185
5. <i>Ius cogens</i> y estado de necesidad	189
6. Consideraciones finales	191

IX

LA FILOSOFÍA DEL *IUS COGENS*

Algo o mucho de lo que ahora tendremos que decir, podrá encontrarlo el lector en los capítulos que preceden; pero ahora se trata de profundizar en esos datos o de verlos bajo una nueva luz, si queremos llegar a las últimas razones del *ius cogens* internacional, de su aparición en el mundo de nuestros días, de la función que está llamado a llenar en la comunidad internacional contemporánea. Penetrar en las últimas razones de una entidad cualquiera (en sus últimas causas, como en otro tiempo se decía) es inquirir por su filosofía. La filosofía, en efecto, ya sea cual fuere la que cada uno de nosotros pueda tener o profesar, es preguntarse por lo último y más radical de las cosas. *Die Frage nach dem Sein*, como diría Heidegger, a condición, bien entendido, de no tomar el “ser” como algo material o concreto, sino, una vez más, como el fundamento último de toda y cualquier apariencia.

Con otro vocabulario, la filosofía ha intentado siempre trascender la apariencia sensible (fenómeno) para llegar a aprehender la esencia inteligible (noúmeno), y la distinción se mantiene con toda firmeza inclusive en los casos en que, como en Kant, se desespera de poder consumir este tránsito, por lo menos en el dominio de la razón teórica.

Ahora bien, la pretensión en este caso de alcanzar la realidad nouménica del *ius cogens*, se justifica con tanto mayor razón, por el hecho de habernos dejado la Convención de Viena simplemente en el fenómeno de su comprobación: en la aceptación y reconocimiento de la norma imperativa por la comunidad internacional en su conjunto. Está bien, una vez más, como control práctico, pero el pensamiento especulativo reclama ir más allá de esta constatación. Para ello habrá que remontar hasta los orígenes mismos, en el orden del tiempo, de la institución. Hasta allá hemos de ir, teniendo siempre presente que, como decía Cicerón, “hay que extraer el conocimiento del derecho de la filosofía más profunda: *sed penitus ex intima philosophi hauriendam (esse) iuris disciplinam*.”¹

1 Cic. De legibus, 1, 17.

1. La profecía de Vitoria

A decir verdad, el *ius cogens* internacional está configurado o prefigurado, en sus rasgos esenciales, en el texto profético de Francisco de Vitoria, al que aludimos de paso en la introducción histórica de este trabajo, y sobre el que debemos inclinarnos ahora, una vez más, para desentrañar su sentido profundo. Pongámonos de nuevo ante él:

El derecho de gentes no deriva su fuerza del pacto o convención entre los hombres, sino que tiene fuerza de ley. El mundo entero, en efecto, que es, en cierto modo, una República, tiene el poder de promulgar leyes equitativas y adaptadas a las necesidades de todos, como son las del derecho de gentes. De donde resulta que pecan mortalmente los que violan las normas de derecho de gentes, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, a condición que sea en materia grave, como, por ejemplo, en lo que concierne al respeto inviolable de los embajadores. No es permitido a un reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad del mundo entero.²

Si Vitoria no hubiera pronunciado la *Relectio de Indis prior*, en la cual, según la opinión común, se asienta su título, que nadie más le discute, de fundador del derecho internacional moderno, bastaría, para asegurarle esta gloria, el pasaje que acabamos de transcribir, de la *relectio de potestate civili*. Será menos conocido, pero, en nuestra opinión, allí está la primera intuición creadora del nuevo orden jurídico. De esta opinión es también el profesor Antonio Truyol y Serra, de quien copiamos la siguiente declaración:

La idea del *totus orbis*, de la humanidad concebida como una persona moral que comprende a todos los Estados sobre la base del derecho natural, es sin duda la concepción más grandiosa e innovadora de Francisco de Vitoria. Sin suprimir totalmente la idea de la cristiandad, tan cara a la Edad Media, y cuyo principio motor era la profesión de una misma fe religiosa, aquella otra concepción se constituye en el eje del sistema de las relaciones internacionales,

2 Vitoria, Francisco de, *De potestate civili*, par 21: *Ius gentium non solum habet vim ex pacto et conducto inter homines, sed etiam habet vim legis. Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium. Ex quo patet quod mortaliter peccant violantes iura gentium, sive in pace sive in bello, in rebus tamen gravioribus, ut est de incolumitate legatorum. Neque licet uni regno nolle teneri iure gentium; est enim latum totius orbis auctoritate.*

y por consiguiente, ha permitido la incorporación sucesiva de los Estados no cristianos a la comunidad internacional. Gracias a ella el derecho internacional moderno tiene carácter universal, y por ella, en conclusión, Vitoria debe ser llamado a justo título el fundador del derecho internacional moderno.³

Todos los precedentes, y ciertamente son muchos, del *totus orbis* de Vitoria, dejan intacta su originalidad. La *civitas maxima* de los estoicos, por ejemplo, pese a su aparente similitud, es todo lo contrario, ya que es precisamente la negación de la *polis*, real y concreta, para postular en su lugar una república ideal, común a los hombres y a los dioses, y gobernada por el sabio, o mejor todavía, por la Razón. Nada tiene que ver, obviamente, este cosmopolitismo amorfo con una comunidad bien visible de pueblos independientes, como lo es el *totus orbis* del maestro español.

El texto vitoriano que comentamos es un texto muy claro, pero es, sin la menor duda, un texto profético, por la sencilla razón de que el *totus orbis* —en su sentido jurídico, por supuesto— no es, ni con mucho, una realidad fáctica en los momentos en que Vitoria postula su existencia y su función. Existe, como es obvio, la comunidad de los pueblos cristianos, la *republica christiana*, llamada así desde la Edad Media, y Vitoria la tiene muy en cuenta al decir, y en la misma relación *de potestate civili*, que la mayoría de los príncipes cristianos podrían elegir, si lo quisiesen, un monarca común: *maior pars christianorum posset monarcham constituere*.⁴ Es una sociedad más estrecha, una *entente régionale*, como diríamos hoy, pero bien distinta del *totus orbis*, de la comunidad internacional ecuménica, la cual no podría crear un monarca común, pero sí promulgar leyes de universal observancia. Con perfecta precisión señálanse los grados de solidaridad que distinguen una de otra sociedad.

Ahora bien, el *totus orbis*, no era, en el momento de la reelección vitoriana, sino una construcción intelectual. Fuera de la comunidad europea de los pueblos cristianos, no había sino desconocimiento u hostilidad con respecto a las demás naciones del mundo entonces conocidos. Más aún, este estado de cosas perdura en lo sustancial hasta 1856, cuando tiene lugar el ingreso del primer pueblo no cristiano, Turquía, en el concierto europeo. Y como la Sociedad de Naciones, años después, fue en realidad una sociedad europea de naciones (¡cuán pocos y cuán discrimina-

3 Truyol y Serra, Antonio, “Prémises philosophiques et historiques du *totus orbis* de Vitoria”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, vol. VII, p. 179.

4 *Relectio de Potestate Civil*, par. 14, *Classics of International Law*, núm. 17, 1917.

dos los otros, dígalo Etiopía!) tenemos que, en verdad, el *totus orbis*, la “comunidad internacional de Estados en su conjunto”, como dirá la Convención de Viena, no se nos hace patente y tangible sino con las Naciones Unidas y en la Asamblea General. Y sin embargo, Vitoria tiene esta comunidad ante sí, con la energía de la visión profética, que trasmuta el futuro en presente (como en el profetismo paleotestamentario, ni más ni menos) y teniéndola ante sí, formula con toda claridad su competencia y atribuciones.

El *totus orbis*, pues, tiene el poder de promulgar “leyes”, con lo que el derecho de gentes se desdobra de una parte en pactos y convenios (*pactum et condictum*) y por la otra en disposiciones que tiene fuerza de ley inexorable (*vis legis*) para toda la comunidad internacional, como diríamos hoy, se desdobra en *ius dispositivum* y en *ius cogens*. Que la *lex iuris gentium* tiene este último carácter, lo recalca Vitoria al decir que a ningún Estado le es lícito eximirse del derecho de gentes, de las normas de este último, es decir, que han sido promulgadas por la autoridad de todo el orbe: *est enim latum totius orbis auctoritate*.

Desde entonces quedó bien claro, por consiguiente, que las normas imperativas del derecho internacional deben emanar, en alguna forma, de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Es, en suma, lo que viene a decir la resolución del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IX Congreso, Lisboa, 1972) según la cual, “el carácter positivo de las referidas normas (imperativas), según intuyó Francisco de Vitoria, se funda en la *auctoritas totius orbis*, la cual origina, como afirmó la Corte Internacional de Justicia, obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”.

En el texto vitoriano, por último, dicese que pecan mortalmente (hoy diríamos que incurren en las más graves sanciones) quienes violan el derecho de gentes, con tal que sea —precisa el maestro— en asuntos igualmente graves, como tratándose de la inviolabilidad de los embajadores: *in rebus tamen gravioribus, ut est de incolumitate legatorum*. Es algo, como salta a la vista, que atañe directamente a la estructura misma, a la conservación de la sociedad internacional, un complejo normativo que pertenece, así en general por lo menos, al *ius cogens*.

2. *Ius cogens* y actos unilaterales

En la visión vitoriana, según acabamos de verlo, el derecho de gentes promulgado por la autoridad del *totus orbis*, tiene fuerza de ley (*vis legis*) sobre toda la comunidad internacional, y aparentemente sin ninguna restricción, es decir, tanto sobre los actos bilaterales como sobre los unilaterales de los Estados, a ninguno de los cuales le es lícito eximirse del derecho de gentes: *neque licet uni regno nolle teneri iure gentium*. Era, además, la concepción general que se tenía entonces, cuando el *ius gentium* empezaba a ser apenas —por obra de Vitoria, precisamente— un *ius inter gentes*, y era simplemente el derecho común de la humanidad; un derecho, por consiguiente, que se extendía a todos los actos y a todos los sujetos, así a los Estados como a los individuos particulares. Es una visión, dicho sea de paso, que no ha sido del todo cancelada, y por algo Georges Scelle prefirió siempre hablar de *droit des gens* y no de *droit international*, como para subrayar el carácter fluido y por doquiera penetrante del derecho de las naciones, *the law of nations*, como dijo James Brierly, con intención análoga a la de Georges Scelle.

Dentro de esta perspectiva histórico-filosófica, por lo tanto, hemos de preguntarnos ahora si el *ius cogens* internacional, que ha aparecido por primera vez en el derecho de los tratados, habrá de confinarse a esta esfera, a los actos bilaterales o multilaterales, o si, por el contrario, habrá de irradiar también, como auténtica ley de la comunidad internacional, a los actos unilaterales de los Estados. Con el tratamiento de esta cuestión, que de propósito hemos dejado para el final de este trabajo, entramos de lleno en la función del *ius cogens*, después de haberlo hecho con su génesis y su naturaleza. ¿Hasta dónde podrá extenderse esta función si el *ius cogens* internacional ha de tutelar no solamente los actos bilaterales o multilaterales de los Estados, sino también sus actos unilaterales?

Michel Virally, recordémoslo, nos ha dicho que el *ius cogens* asegura “la protección del Estado contra sus propias flaquezas o contra la fuerza prepotente de sus asociados eventuales”.⁵ Ahora bien, esta protección, según el eminente jurista francés, parece limitarse al aspecto de la negociación bilateral, y por si alguna duda hubiere, lo aclara el mismo autor al decir lo siguiente: “En otros términos, trátase de una protección

5 Virally, Michel, *Réflexions sur le ius cogens*, AFDI, 1966, p. 12.

contra las desigualdades en el poder de la negociación (*bargaining-power*)”.⁶

Nada hay que objetar a lo anterior, por supuesto; pero pensemos en la dilatación que tendría esta potencia de protección del *ius cogens* si pudiera llegar hasta los actos unilaterales de los Estados.

Reflexionemos a este respecto, a título de ejemplo, en lo que significó para México la cuestión del petróleo, la cual se ubica, con toda exactitud, en un arco temporal que se tiende entre 1884 y 1938.

En 1884, en efecto, el legislador mexicano cancela de una plumada la tradición secular en virtud de la cual las riquezas del subsuelo, el petróleo inclusive, habían sido propiedad de la real Corona, y posteriormente, por virtud de la subrogación que fue efecto de la independencia, del Estado mexicano. En lugar de esto, y en una invitación al capital extranjero (una invitación que fue una traición al interés nacional) el Código de minas de 1884 declara lisa y llanamente que a la propiedad de la superficie va anexa la propiedad del petróleo. Comienza entonces el saqueo del subsuelo petrolífero por parte de las empresas trasnacionales, y no es sino en 1938 cuando logra hacerse efectivo lo dispuesto en la nueva Constitución Política de 1917, que restituía a la nación el dominio directo sobre los hidrocarburos.

Ahora bien, es del caso preguntarse si todo ello habría pasado del modo que queda descrito, en la hipótesis de que hubiera existido entonces una norma imperativa de derecho internacional que estableciera, con tal carácter, la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, y por virtud de la cual, en consecuencia, hubiera sido nula la enajenación del subsuelo nacional en beneficio del capital extranjero. Todo esto a condición, por supuesto, de que la norma imperativa nulificara no sólo la contratación internacional, lo que va de suyo, sino igualmente los actos unilaterales, los promulgados y efectuados *in foro domestico*.

De ahí, pues (y hay otros muchos casos prácticos que podrían acreditarlo así) el gran interés que tiene el examen del punto, así no podamos dilucidarlo de inmediato, de la posible extensión del *ius cogens* internacional a los actos unilaterales. Entremos, pues, en la controversia, en ciertos momentos tan viva, tan apasionante, que ha desatado el referido tema.

La cuestión parece haberse planteado desde la reunión de Lagonissi, donde Erik Suy tomó abiertamente partido por la extensión del *ius cogens*

6 *Idem*.

a todos y cualesquier actos de los Estados. No una, sino repetidas veces, se expresó así el distinguido profesor lovaniense:

Del ámbito de la ley internacional está no solamente excluida la conclusión de tratados contrarios a estos principios, sino que todo otro acto o acción cuyo objeto o fin no guarde conformidad con estos principios debe igualmente considerarse como desprovisto de todo efecto... Si existe un *ius cogens* internacional, debe, en efecto, tener necesariamente por efecto el de producir la nulidad de todo acto jurídico y de toda acción de los Estados por causa ilícita. Si un acuerdo no conforme a las normas del *ius cogens* se tiene por nulo, es porque sus efectos son contrarios al orden público internacional. ¿Cómo podría entonces concebirse que este efecto no se extienda a todo acto o a toda acción jerárquicamente inferior a los tratados?⁷

Como puede verse, la idea de un orden público internacional conlleva, para Suy, la extensión del *ius cogens* a todos los actos jurídicos posibles: “Es la idea de un orden jurídico, por restringido que pueda ser, común a todos los miembros de la comunidad internacional de los Estados, el que está a punto de realizarse”.⁸

En la misma reunión de Lagonissi, otros participantes, además de Suy, se pronunciaron en favor de esta extensión del *ius cogens*, Ushakov (Unión Soviética) dijo lo siguiente: “Los Estados no pueden derogar estas normas (*ius cogens*) no solamente en sus acuerdos recíprocos, sino igualmente en sus actos y omisiones”.⁹

Asamoah (Ghana) fue a su vez de este parecer: “El propósito del *ius cogens* en su aplicación va más allá del derecho de los tratados, ya que cubre igualmente actos unilaterales. De otro modo, no sería posible incluir las normas de derecho penal en el *ius cogens*”.¹⁰

En sus conclusiones del coloquio de Lagonissi, y como para hacer ver que no se trataba precisamente de una tesis revolucionaria, citó Suy, entre los partidarios de la aplicación universal del *ius cogens*, los nombres de Dahm, Lauterpacht, Fitzmaurice y Rolin.

Dahm, en efecto, dice bien claramente que son nulos (*nichtig*) no sólo los tratados, sino también las declaraciones unilaterales de voluntad con-

7 *Conference on international law*, pp. 61 y 75.

8 Suy, Erik M., *Le droit des traités et les droits de l'homme*, Strassbourg, julio de 1980, p. 59.

9 *Conference of international law*, p. 93.

10 *Idem*.

trarias a la moral internacional y a las normas imperativas del *ordre public international* (en francés en el texto).¹¹

En Lauterpacht, según subraya Suy, se habla en general de “actos” (con la inclusión implícita, por ende, de los actos unilaterales) al referirse a los que son contrarios a aquellos “principios superiores de derecho internacional que pueden considerar como principios constitutivos de un orden público internacional (*ordre international public*)”.¹²

Sobre la huella abierta por Lauterpacht, prosigue Fitzmaurice, quien, al igual que el primero, se coloca, en su curso profesado en La Haya, en un plano de absoluta generalidad:

“Hay casos en los cuales las normas superiores de *ius cogens* engendran una situación de obligación ineludible y exigen que los actos ilícitos sean ignorados o que no se permita que afecten las obligaciones de otros Estados”.¹³

Que tal es su pensamiento, el de la universal aplicación del *ius cogens* a toda suerte de actos, lo hace ver el jurista británico en los ejemplos que luego pone, a saber:

Hay normas de *ius cogens* que actúan de manera imperativa en cualquiera circunstancia prácticamente. El Estado violador del derecho no puede derivar ninguna ventaja o nuevos derechos de aquella violación... Un ejemplo obvio podría ser el caso de un Estado que viola ciertas normas del derecho de la guerra que se refieren al tratamiento de la población civil en tiempo de guerra, al tratamiento de los prisioneros de guerra, enfermos y heridos, a la población en territorio ocupado, y así por este orden.¹⁴

Por más que actos de esta especie, los autorizados y los prohibidos puedan estar regulados en tratados internacionales, trátase sin la menor duda, en su ejecución, de actos unilaterales. Y estos actos, si fueren prohibidos, no pueden convalidarse, como es usual en derecho internacional, ni a título de represalias, o sea cuando la otra parte los hubiese cometido primero. No hay lugar aquí, en absoluto, a la *exceptio non adimpleti contractus*, porque son actos prohibidos no en interés de ningún Estado en

11 Dahm, *Völkerrecht*, III; p. 60: einseitige Willenserklärungen.

12 YBILC, 1953, vol. II, p. 155.

13 R C 92 (1957, II), p. 122.

14 *Ibidem*, p. 125.

particular, sino de la humanidad por entero. Es lo que, en suma, viene a decir Fitzmaurice con estas palabras:

Hay actos que son no solamente ilícitos, sino que constituyen un *malum in se*, como por ejemplo ciertas violaciones de los derechos humanos, ciertos actos de ruptura de las leyes de la guerra, y otras que por su naturaleza son de *ius cogens*, o sea obligaciones de carácter absoluto, cuyo cumplimiento no depende del cumplimiento correspondiente por parte de los demás, sino que es debido en cualesquiera circunstancias, con excepción de una *vis maior* al pie de la letra.¹⁵

3. *Ius cogens* y principio de efectividad

No basta, empero, con todo cuanto acabamos de decir, pues la cuestión que examinamos tiene horizontes más amplios aún, a los cuales conviene asomarse.

Fitzmaurice, en efecto, lleva a cabo, en su curso, esta indagación sobre la aplicación universal del *ius cogens*, bajo el rubro del principio *ex iniuria ius non oritur*. Ahora bien, este principio en la práctica, es contradictorio y superado por el otro principio *ex factis oritur ius*, que no es a su vez sino una aplicación particular del principio más general de la efectividad, que se impone por sobre toda otra consideración, por el solo paso del tiempo. Así lo comprobamos en caso numerosísimos, y de manera especial tal vez, a propósito de situaciones oriundas del empleo de la fuerza (nuevos gobiernos, ocupación de territorios, conquista, etcétera) las cuales, por ilegales que puedan ser en su principio, acaban a la larga por convalecer y por consolidarse definitivamente, a menos que no se mantenga, indefinidamente también, la resistencia armada del antiguo soberano y poseedor.

¿Hay algún modo, alguna vía para superar el imperio incontrastable del tiempo y la efectividad? Sí la hay, o podría haberla, en el nuevo *ius cogens* internacional, por cuya mediación, y solamente por ella, podrá ser una realidad efectiva el principio *ex iniuria non oritur ius*. Así lo entrevió Fitzmaurice y lo enuncia con toda claridad Ian Brownlie, y con referencia precisa a los actos unilaterales, al decir lo siguiente: “El contenido específico de normas de esta especie hace ver que no tiene lugar aquí el re-

15 *Ibidem*, p. 120.

conocimiento o la aquiescencia; la prescripción no puede purgar este tipo de legalidad”.¹⁶

Y en otro pasaje:

“Cuando están de por medio ciertas normas muy vigorosas (*ius cogens*) es menos probable que el reconocimiento o la aquiescencia puedan contrarrestar la ilegalidad original”.¹⁷

¿Qué pensar de esta interposición del *ius cogens* para hacer frente al principio de efectividad de los hechos consumados y hacer efectivo, por el contrario, el principio *ex iniuria ius non oritur*?

En ciertos casos concretos, es posible predecir, por lo menos para un futuro amplio, que no podrá convalencer la situación ilegal, pero no porque a ella se oponga una norma imperativa, sino sencillamente porque la comunidad internacional se opone activamente, y sin intermisión, a la consolidación de aquel estado de cosas. Sería el caso, por ejemplo, de la condenación que, año por año y prácticamente por unanimidad, hace la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la reiterada ocupación de Namibia por parte de la República de Sudáfrica.

Ahora bien, ¿qué importancia práctica tiene que, en una situación semejante a la que acabamos de describir, la norma condenatoria de dicha situación sea *de iure dispositivo* o de *iure cogenti*? Del género que sea, dispositiva o imperativa, la norma continúa manteniendo su imperio simplemente por el respaldo abrumador, continuo, masivo, de la comunidad internacional. No es éste, por tanto, el verdadero problema, sino el de saber si en una situación de inercia o desidia por parte de la comunidad internacional, podrá o no legalizarse algún día, por el sólo transcurso del tiempo, un estado de cosas contrario a una norma imperativa.

Sólo el tiempo, una vez más, podrá decirlo. Charles de Visscher, el maestro de las efectividades, no se pronuncia expresamente sobre este punto, en razón tal vez de haber escrito sobre estas cuestiones antes de la Convención de Viena. Pero sí dice cosas muy interesantes al referirse a la huella que, entre las dos guerras mundiales, pudieron dejar la doctrina Stimson o el pacto Saavedra-Lamas, las dos expresiones más típicas del no reconocimiento de situaciones oriundas del empleo de la fuerza. En esta apreciación, hacia el pasado, el jurista belga muéstrase más bien pesimista al escribir lo siguiente: “La práctica misma de no reconoci-

16 Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 2a. ed., p. 501.

17 *Ibidem*, p. 83.

miento ha demostrado ser por completo ilusoria. El no reconocimiento proclamado ha terminado siendo, por lo general, un reconocimiento diferido”.¹⁸

Todo esto, una vez más, en lo que mira al pasado. Para el futuro, sin embargo, Charles de Visscher reconoce que un elemento nuevo y muy importante ha entrado en las relaciones internacionales, y que a su pleno rendimiento debemos todos contribuir del modo siguiente:

“Después de todo, la negativa en común de inclinarse ante la fuerza es todavía una novedad en la larga historia de las relaciones internacionales. Lo que importa por el momento es adherir sin titubear a un principio fuera del cual no hay ninguna esperanza de progreso”.¹⁹ Con esta esperanza caminemos; con la de ver imponerse a la postre, victoriosamente, la norma imperativa.

4. La polémica *Suy-Marek*

Sólo por el interés del tema hemos hecho este breve excursus por la antinomia entre *ius cogens* y principio de efectividad, pero lo único que nos proponíamos —y a esto volvemos ahora— era mostrar el considerable apoyo doctrinal que tiene la tesis de la extensión del *ius cogens* internacional igualmente a los actos unilaterales.

Como toda tesis, sin embargo, tiene también su contratesis, sus contradictores, a la cabeza de los cuales está la profesora Krystyna Marek, la cual, en su polémica con el profesor Suy en este punto preciso, razona del modo siguiente.²⁰

Ensanchar de este modo el campo de acción de las normas imperativas (*ius cogens élargi*) no sólo va en detrimento de la autonomía del *ius cogens* en su campo específico, el único que legítimamente le corresponde, sino que introduce la confusión en un sistema de conceptos e ideas donde hasta ahora reinó la más completa claridad. Dejemos la palabra a la autora:

¿Había realmente que esperar a la independencia de los nuevos Estados y al debate sobre el *ius cogens* para que el derecho internacional limite la voluntad

18 Visscher, Charles de, *Les effectivités du droit international public*, París, 1967, p. 117.

19 *Ibidem*, p. 117.

20 Marek, Krystyna, “Contribution à l’étude du *ius cogens* en droit international”, *Melanges Guggenheim*, pp. 426-459.

suprema de los Estados? En todo tiempo el derecho internacional, si es que existe, no ha hecho sino esto; de otro modo no existiría. Esta limitación de la voluntad soberana de los Estados puede ser relativamente débil, pero no por ello deja de constituir la esencia misma del derecho internacional. La existencia de este último implica que los Estados le están sometidos, así sea de una manera insuficiente. Esto lo aceptan aún los tribunales y los autores más voluntaristas.²¹

La historia diplomática está llena, y la autora se cuida bien de subrayarlo, de declaraciones de todo género, en los más altos foros y tribunales, hasta por la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que los Estados están sometidos al derecho internacional, así al convencional como al consuetudinario. Que las normas en cuestión puedan ser solamente *de iure dispositivo*, es algo que no infirma en lo más mínimo su fuerza obligatoria. Introducir un *décalage* cualquiera entre normas de uno y otro tipo, decir que las normas imperativas son más obligatorias que las dispositivas, es algo que no tiene sentido y que puede llevar a la creencia, errónea desde luego y que podría ser funesta, de que el derecho dispositivo es fuente de obligaciones puramente potestativas, aquellas cuyo cumplimiento depende por entero de la libre voluntad del sujeto obligado.

A estas razones añádense aún estas otras que Krystyna Marek enuncia en el siguiente pasaje:

En segundo lugar, si insistimos en la necesidad de conservar para el *ius cogens* su significación propia, no es únicamente por la satisfacción estética de la autonomía de las nociones, sino porque esta noción no tiene importancia o interés más que para la cuestión de la libertad contractual. En un sistema en que el contrato o la ley se confunden, en que los contratantes son igualmente legisladores, de lo que se trata es de operar, en la medida de lo posible, una distinción en su actividad contractual legítima o no legítima, toda vez que esta distinción no está inmediatamente dada, como es el caso en derecho interno. Por el contrario, en lo que concierne a los actos unilaterales, la actividad de un solo Estado no tiene en absoluto necesidad de esta construcción. Desde el momento en que un solo Estado no puede jamás legiferar en derecho internacional, ninguna confusión puede tener lugar con respecto a la creación legítima o ilegítima de normas por parte de dicho Estado. Un Estado único en derecho internacional no es sino sujeto, por lo que sus actos y omisiones

21 *Ibidem*, p. 440.

están inmediatamente sometidos a una calificación en el sentido de su licitud o ilicitud. No hay necesidad de que intervenga aquí un *iuris cogens*, no solamente superfluo, sino creador de complicaciones y de confusiones.²²

El Estado en su actividad singular, por lo tanto, puede violar el derecho internacional, pero no derogarlo, y por esto no tiene sentido trasladar la noción de inderogabilidad (de la norma imperativa) del derecho de los tratados a los actos unilaterales. En confirmación de lo cual, la propia autora apela a la autoridad de Verdross, quien, cuando la comisión de derecho internacional discutió el tema de la extensión del *ius cogens* a los actos unilaterales, dijo lo siguiente:

Un solo Estado no puede derogar jamás a una regla de derecho internacional... Si hacemos una clara distinción entre violación y derogación, no es posible la derogación de una norma de derecho internacional sino por otra norma de derecho internacional. Las palabras “aún por acuerdo de los Estados” supondrían la idea de que una derogación, aparte de la que tiene lugar por acuerdo entre los Estados, sería posible también de otra manera, lo cual, de hecho, es imposible.²³

No hay por qué tratar de explicar o glosar exposiciones tan claras. La de Verdross, en particular, hace ver el porqué no puede haber derogación de una norma de derecho internacional sino por la vía contractual, y nos ilustra asimismo sobre la concordancia radical entre el texto español del artículo 53 de la Convención de Viena y los textos inglés y francés. Hablar, en efecto, de “derogación” en estos últimos textos es lo mismo que hablar, en el texto español, de “acuerdo en contrario”, en cuanto que toda posible derogación de una norma de derecho internacional tiene que ser hecha por un acuerdo, y nunca por un acto unilateral.

La polémica Suy-Marek prosigue hasta hoy con abogados o contradictores de la extensión del *ius cogens* a los actos unilaterales. Jerzy Sztucki, por ejemplo, toma partido por la tesis de Krystyna Marek, al decir lo siguiente:

La superioridad de las normas de *ius cogens* no consiste en que no puedan ser violadas legalmente, ya que lo mismo puede decirse de todas las normas jurídicas, tanto imperativas como dispositivas, sino en que no pueden ser le-

22 *Ibidem*, p. 441.

23 *Ibidem*, I núm. 48.

galmente derogadas ni siquiera por un acuerdo entre las partes que lo acepten. Cualquier otra interpretación del *ius cogens* equivaldría a la degradación y reducción de todo el organismo jurídico a normas perentorias como las únicas que no pueden ser violadas.²⁴

En el otro extremo, por el contrario, estaría, al parecer, Paul Reuter, cuya actitud (muy en consonancia, por lo demás, con el espíritu francés) es de lo más sorprendente y paradójico. Por una parte, y al igual que casi todos los juristas franceses, Paul Reuter piensa que “la noción de normas imperativas, de *ius cogens*, es apta, por su misterio y sus contradicciones, a servir de vehículo a toda especie de aspiraciones a la vez vivas y confusas (descolonización, desarrollo, desarme) y a movilizar consideraciones ideológicas”.²⁵

Por otra parte, sin embargo, el eminente autor parece mostrarse partidario del *ius cogens* ampliado, digámoslo así, en el siguiente pasaje:

Es muy cierto que la noción completa de *ius cogens* no ha sido pensada ni profundizada en los debates de Viena. Si tales normas existen, se oponen o no únicamente a un tratado que pudiera violarlas, sino que se oponen aún a una acción unilateral que las ignorara, así fuera a título de represalias. Es la antigua norma que prohíbe las represalias contrarias a las normas de humanidad e insertada muy juiciosamente, a moción de Suiza, en el artículo 60.5 pero sin que nadie haya dicho que esta disposición debía generalizarse a todas las normas imperativas. Cualquiera ve, sin embargo, que en este terreno hay fuerzas nuevas que trabajan con ocultos designios políticos y en la confusión...²⁶

Podríamos seguir acopiando indefinidamente testimonios doctrinales en pro o en contra de la ampliación del *ius cogens* más allá del derecho de los tratados, pero no creemos que haga falta. La Convención de Viena, dado su objeto específico, no podía decir nada sobre esto, y por el momento es el caso de repetir lo que acostumbra decirse en casos semejantes: *adhuc sub iudice lis est*.

24 Sztucki, Jerzy, *Ius cogens and the Vienna Convention on the law of treaties*, Springer, 1974, p. 68.

25 Reuter, Paul, *Introduction au droit des traités*, París, 1972, pp. 142 y 143.

26 *Ibidem*, p. 21.

5. *Ius cogens y estado de necesidad*

No podríamos, sin embargo, dar fin al tratamiento de esta cuestión sin aducir la reciente e importante contribución que, aunque sin haberse planteado el tema expresamente, encontramos en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su trigésimosegunda sesión (5 de mayo-25 julio de 1980).

En otros trabajos, la Comisión prosiguió con el proyecto de artículos, que hace muchos años viene elaborando, sobre la responsabilidad internacional de los Estados; ahora bien, entre los artículos nuevos que la Comisión presentó a la consideración de la Asamblea General figura el artículo 33, consagrado al estado de necesidad. La Comisión no podía esquivar el tratamiento de esta cuestión, no obstante ser una de las más difíciles en derecho internacional, toda vez que el estado de necesidad suele invocarse como circunstancia exculpante de la responsabilidad del Estado por hechos que, de no mediar dicha circunstancia, tendrían que ser calificados como hechos ilícitos.

La Comisión, procediendo con gran cautela, reconoce (artículo 33.1) que el estado de necesidad puede invocarse como una causa excluyente de la ilicitud del hecho de un Estado (ilicitud bien probada en circunstancias normales) con tal que:

- “a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y
- b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación”.

En seguida, la Comisión, en el citado artículo, rechaza categóricamente la posibilidad de apelar al estado de necesidad en varios casos, entre ellos el siguiente:

“En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

- a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general...”.

Lo que la Comisión, en concreto, tuvo en mira al redactar el precepto arriba transcrito, han sido los diferentes casos, bien conocidos en la his-

toria, en que el estado de necesidad fue invocado para cohonestar actos tales como la anexión, ocupación o invasión del territorio de otro Estado, o en una palabra, como lo dice la Comisión en su comentario, “acciones que consistían todas, de una u otra manera, en un atentado por la fuerza contra la existencia misma de otro Estado o contra la integridad de su territorio o contra el ejercicio independiente de su soberanía”.²⁷

Lo que la CDI tuvo presente —y en primer lugar sin duda alguna— fue el célebre caso del paso del ejército alemán por Bélgica y Luxemburgo en agosto de 1914, que el canciller Bethmann-Hollweg pretendió justificar con la conocida frase: *Non kennt kein Gebot*, o sea, puntualmente, la invocación del estado de necesidad.

Para descalificar por completo, para excluir todo del ámbito lícito del estado de necesidad esta especie de actos, la Comisión no encontró mejor expediente que respaldarse en la institución, con ser tan reciente, del *ius cogens*, expresando al efecto (artículo 33, parte 2a.) que ningún Estado podrá invocar el estado de necesidad para infringir lícitamente una obligación internacional en los casos en que esta obligación “dimana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

El artículo 33 del proyecto no descende, como es natural, a ninguna casuística, pero la CDI, en su comentario (parte 22) dice que la prohibición del empleo de la fuerza es “a más típica e indiscutible prohibición de *ius cogens*”.²⁸ Y en otra parte del mismo comentario, la propia Comisión, refiriéndose a la naturaleza de las normas imperativas, dice lo siguiente: “Esto significa evidentemente que esas normas son tan esenciales para la vida de la comunidad internacional que es todavía más inconcebible admitir que un Estado pueda decidir unilateralmente la inobservancia de las obligaciones que le incumben, por extremo que sea el estado de necesidad en que se encuentre”.²⁹

Está claro, por consiguiente, y era lo único que por el momento queríamos mostrar, que la Comisión de Derecho Internacional, tanto en el artículo del proyecto como en el comentario, ha concebido las normas *iuris cogens* como aplicables también, más allá del derecho de los tratados, a los actos unilaterales.

27 *Informe de la CDI*, 5 de mayo-25 de julio de 1980, p. 97.

28 *Idem*.

29 *Ibidem*, par. 37, p. 114.

Un miembro tan distinguido de la CDI como el profesor Yasseen, dijo años más tarde, en el coloquio de Toulouse, que el *ius cogens* “uno plantea solamente el problema de la autonomía de la voluntad del Estado, sino que igualmente y sobre todo, plantea una cuestión de jerarquía de normas de derecho internacional”.³⁰ Estas palabras no sólo confirmaban la apertura del *ius cogens* a un ámbito vastísimo, más allá del derecho de los tratados, sino que señalaban lo más profundo o revolucionario de las nuevas normas imperativas, es decir el haber transformado el antiguo derecho internacional horizontal, por estar constituido de normas igualmente derogables, en una estructura vertical y jerárquica.

6. Consideraciones finales

Si nos hemos extendido un poco en la cuestión que antecede, ha sido sobre todo por el deseo de hacer ver cómo la supremacía del *ius cogens* sobre todos los actos jurídicos que, de uno u otro modo, atañen a la vida de relación entre los Estados, nos introduce de lleno en la esencia del *ius cogens*, en su función actual y en su proyección para el futuro; todo lo cual bien puede entenderse como la filosofía del *ius cogens*.

Cuando todo se ha dicho y redicho, lo que queda en pie, desde cualquier filosofía que se tenga, es que el *ius cogens* no es sino la expresión jurídica de la comunidad internacional en el momento en que ¡al fin!, toma ella conciencia de sí misma y de los valores en cuyo reconocimiento descansa y se constituye. Es de nuestros días, en efecto, cuando la comunidad internacional ha pasado a ser, como dice Gros Espiell, “un verdadero sujeto de derecho internacional”,³¹ y no, como antes, un conglomerado de entidades dispersas, sin otro vínculo entre sí que el de los contratos o tratados, bilaterales la mayor parte, a cuya celebración les llevara su interés recíproco.³²

De esta nueva concepción, la de la comunidad internacional como sujeto de derecho internacional, y por más que no lo diga en estos términos

³⁰ Yasseen, “Réflexion sur la détermination du *ius cogens*”, *Société française pour le droit international*, París, Pedone, 1974, p. 205.

³¹ Gros Espiell, H., *No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional*, Anuario 6 del IHLADI, p. 74.

³² En otros publicistas podemos encontrar concepciones análogas, por ejemplo en Bedjaoui, quien habla de “l’humanité nouveau sujet du droit international”, *Pour un nouvel ordre économique international*, pp. 243-247.

precisos, se ha hecho eco la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*. En un pasaje de la sentencia, que con razón ha tenido gran publicidad, la Corte ha dicho lo siguiente:

Una distinción esencial debe particularmente establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. En atención a la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerarse en posesión de un interés jurídico al efecto de que estos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.³³

Entre estas obligaciones de los Estados *erga omnes*, la Corte incluye expresamente “los derechos fundamentales de la persona humana”. Y veinte años antes, en su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la Prevención y Represión del Genocidio, la propia Corte de La Haya había dicho que “los principios que sirven de fundamento a la convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, aun en ausencia de todo vínculo convencional”.³⁴

No hace ni medio siglo, todo este lenguaje hubiera sido incomprensible. ¿Cómo podía pensarse entonces que hubiera entre los Estados otros vínculos fuera de los vínculos convencionales, o a lo más y siempre a condición de que se reconociera la tipicidad específica de la costumbre vínculos resultantes de la acción paralela, pero siempre voluntaria, de los Estados?, ¿y qué decir, en fin, del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana, *erga omnes* y fuera de todo vínculo convencional?

Con razón dice el jurista uruguayo antes citado, Héctor Gros Espiell, que la comunidad internacional, tal como se la entiende actualmente, es un término “sinónimo de la Humanidad en sentido jurídico”.³⁵ De la humanidad, puntualicémoslo, no en tanto que conglomerado físico de los individuos pertenecientes a la especie humana, sino en cuanto reconocimiento del hombre, como valor supremo, en todos los órdenes del pen-

33 CIJ, Artículo del 5 de febrero de 1970, *Recueil*, 1970, p. 32.

34 CIJ, Avis consultatif, *Recueil*, 1951, p. 23.

35 Gros Espiell, H., *No discriminación y libre determinación... cit.*, Anuario 6 de IHLADI.

samiento y la conducta. La comunidad internacional contemporánea, según lo hemos hecho ver en lo que procede, está transida de axiología.

En la perspectiva de la historia, es un mundo aún muy joven —tan joven que apenas si ha superado el *status nascendi*— el que hoy se nos muestra con todos estos caracteres. Si la idea de humanidad es actualmente el alma, como si dijéramos, de la comunidad internacional, no hay sino que recordar que esta idea no entra en la conciencia jurídica del concierto europeo (al cual se reducía la comunidad internacional) sino a principios del siglo XIX, exactamente en el Congreso de Viena. Hasta allí, en efecto, no sólo continuaba aceptándose la institución servil, sino que continuaban vigentes tratados tan infames como el Tratado de Asiento estipulado en la paz de Utrecht (1713), entre España e Inglaterra, y por virtud del cual se estipulaba la entrega periódica, entre las partes, de tantos o tantos miles de esclavos, como hoy se hace con miles o millones, de barriles de petróleo, ni más ni menos. Alrededor de cien mil esclavos, a lo que se calcula, fueron vendidos cada año y descargados en las posesiones españolas del Caribe.

Pero ni siquiera en 1815 se decreta la abolición de la esclavitud, y todavía hasta 1885 hay legalmente esclavos en un Estado en apariencia tan cristiano como el Brasil. Sin llegar a tanto, lo que se hace, por lo menos, en el Congreso de Viena es condenar el tráfico de esclavos, en la “Declaración sobre la abolición de la trata de negros”, del 8 de febrero de 1815. En los documentos anexos se condena tal práctica como algo “que repugna a los principios de humanidad y de la moral universal”, y se expresa “el deseo de poner término a un azote que por tan largo tiempo ha desolado el continente africano, degradado a Europa y afligido a la humanidad”.

Por primera vez se escuchaban, en un foro internacional, estas palabras, que no eran, sin embargo, sino un buen deseo y una condenación moral. Muchos años habían de pasar antes de llegar finalmente al Acta antiesclavista de Bruselas (1890) que proscribía la esclavitud en todas sus formas. Y muchos años más habían de transcurrir todavía hasta alcanzar la Declaración de Derechos Humanos (París, 1948) y luego, ayer apenas, puede decirse, en 1976, la entrada en vigor de los pactos internacionales de derechos humanos. Y junto con esto, la necesidad de cooperar, todos los Estados entre sí, al logro de tales fines; lo que se traduce, en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3) en el deber de cooperación inter-

nacional en todos los órdenes (económico, social, cultural y humanitario) y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Ha sido éste el tránsito, como se ha dicho, de la coexistencia a la cooperación en el ámbito internacional, o en palabras de Antonio Truyol y Serra:

El derecho internacional ya no puede contentarse con delimitar entre ellas las competencias estatales; debe enfrentarse con el establecimiento de un orden comunitario adecuado a las dimensiones del planeta, cuyo objetivo primordial e inmediato no es otro que el de una promoción equilibrada y armónica del desarrollo de la humanidad considerada como un todo.³⁶

De las dos ideas o valores fundamentales que quedan declarados: paz y humanidad, ha surgido así el orden jurídico internacional contemporáneo, y no puede ser diverso, si bien se mira, el origen del *ius cogens*. Por algo las normas imperativas en que todos convienen, son la proscripción de la fuerza en las relaciones internacionales, y junto con esto, la tutela y promoción de los derechos fundamentales de los hombres y de los pueblos. La sociedad internacional, una vez que ha llegado a la plenitud de su autoconciencia, siente que normas como éstas deben imponerse inexorablemente.

Quedaría aún por ver, para terminar, si la noción de *ius cogens* coincide o no, o hasta qué punto, con la noción de orden público internacional. Es una cuestión, sin embargo, que hemos de dejar de lado, no sólo por las dimensiones que ha adquirido este trabajo, sino por ser un problema, a lo que pensamos, hasta cierto punto académico. ¿Qué ganamos con imponer nuevos nombres, cuando lo que importa es aprehender bien la esencia de la cosa?

Lo que importa, en otras palabras, es la convicción compartida por todos, de que el *ius cogens* es un elemento esencial de todo orden jurídico digno de este nombre. Así lo han dicho innumerables autores, entre ellos el jurista soviético Alexidze: *Ius cogens is a necessary component of any legal order*.³⁷ Nadie se levantará hoy para desmentir esta apreciación, ni aquellos que reducen a una o dos las normas imperativas.

36 Truyol y Serra, Antonio, *La sociedad internacional*, Madrid, 1974, pp. 96 y 97.

37 *Soviet yearbook of international law*, 1969, p. 146.

A todo lo largo de este trabajo tuvimos en todo momento la ambición de poder dar al final una definición esencial, por sus caracteres intrínsecos, del *ius cogens*. Con honradez y con tristeza confesamos que hemos debido renunciar a este desiderátum. Una definición esencial, en efecto, supondría la inclusión, en ella, de los valores individuales y comunitarios, par cuya tutela se erige, en cada momento histórico, la norma imperativa. Ahora bien, el inventario de estos valores no está concluido aún en el momento actual, y la definición esencial de *ius cogens*, por consiguiente, es aún prematura.

De momento, y después de haberlo pensado mucho, nos quedaríamos con esta definición que el malogrado jurista español, Antonio de Luna, daba del *ius cogens*, en los siguientes términos: “El mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado”.

Con esta definición concuerda sustancialmente la que en la Conferencia de Viena esbozó el representante de México, licenciado Eduardo Suárez, en los términos siguientes:

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.³⁸

38 A/CON/39/11, par. 7, p. 319.