NO DISCRIMINACION Y LIBRE DETERMINACION COMO NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS EFECTOS DE SU DENEGACION SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS ESTADOS QUE VIOLAN O DESCONOCEN ESAS NORMAS IMPERATIVAS

I

1. El presente estudio tiene por objeto el análisis de la cuestión dirigida a determinar si la no discriminación y el derecho a la libre determinación de los pueblos constituyen actualmente normas imperativas de Derecho Internacional, es decir, de *jus cogens*.

Este análisis habrá de ser hecho con la finalidad de, sobre la base de las conclusiones a que se llegue, extraer consecuencias respecto de la legitimidad internacional de los Estados que violan o desconocen, grave y sistemáticamente, esas normas imperativas de Derecho Internacional.

II

2. En primer término se ha de estudiar el concepto y la naturaleza de las llamadas normas imperativas de Derecho Internacional (*jus cogens*), el surgimiento y la aceptación de la idea de su existencia en el Derecho de Gentes de nuestros días, su reconocimiento en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y la admisión y generalización del concepto, sin que para ello hayan obstado las discrepancias ideológicas y doctrinarias sobre el fundamento y la naturaleza del Derecho Internacional.

En segundo lugar se analizará la cuestión de si la no discriminación y el derecho a la libre determinación de los pueblos pueden ser considerados casos de *jus cogens*.

En tercer término se entrará al estudio, en función de las conclusiones a que se haya llegado sobre el asunto anteriormente indicado, de las consecuencias de la violación del *jus cogens* sobre los tratados internacionales y, en general, sobre cualquier acto jurídico internacional o con proyección internacional, con respecto a la existencia y validez de esos tratados y de estos actos. Luego se estudiarán las consecuencias de dichas violaciones sobre la responsabilidad internacional del Estado y respecto de la posible responsabilidad penal internacional de los individuos que ejecutan actos delictivos tipificados como tales por lesionar el principio de no discriminación y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Finalmente, en cuarto lugar se explorará preliminarmente la cuestión de si la infracción grave y sistemática de estos casos de *jus cogens* afecta la legitimidad misma, considerada desde el punto de vista internacional de los Estados que han ejecutado una política planeada y dirigida a la violación, constante y global, de estas normas imperativas de Derecho Internacional.

III

3. Sin duda, la existencia en el Derecho Internacional actual de normas imperativas de Derecho Internacional general, *jus cogens*, constituye uno de sus más importantes elementos caracterizantes.

Si estas normas imperativas existen, si se acepta que hay un *jus cogens* cuya violación acarrea la nulidad de los acuerdos internacionales que lo infringen, se está admitiendo que hay un orden público internacional y que este orden público es el reflejo de la realidad de una Comunidad Internacional, manifestada en la aceptación del concepto "Humanidad" como verdadero sujeto de Derecho Internacional, con intereses pro-

prios, perfectamente individualizados, no necesariamente iguales a los de los Estados considerados de manera particular y separada.

4. Los conceptos de *jus cogens* y de orden público internacional estrecha y directamente vinculados, no son, sin embargo, idénticos.¹

El *jus cogens* es la contrapartida de *jus dispositivum*. Es un concepto que se refiere, de manera directa, aunque no exclusiva, al Derecho de los Tratados en cuanto supone una limitación a la libertad contractual de las Partes² y que implica la negación de la concepción voluntarista que hizo que en el pasado se sostuviera que no existía límite, en razón de materia, para la capacidad contractual de los Estados.

El concepto de orden público internacional es más amplio y comprensivo.³ La idea misma de orden público, tanto interno como internacional, supone que en toda comunidad regida por el derecho tiene que haber necesariamente normas superiores a la voluntad de los sujetos que integran esa comunidad. Como consecuencia de ello, se llega a la afirmación de la irregularidad de todo acto contrario a ese orden público. Estas ideas, originadas en el Derecho Interno, pueden ser aplicadas al caso de los actos jurídicos internacionales y de la Comunidad Internacional.⁴ El concepto de orden público internacional se refleja en todos los campos y materias del Derecho Internacional e incluye la idea del *jus cogens* que, *prima facie*, se situaría, como ya dijimos específicamente, en

1. Herman Mosler: "The International Society as a Legal Community", *Recueil des Cours. Académie de Droit International*, 140, 1971, IV, pp. 35-36.
2. Krystina Marek: "Contribution à l'étude du *jus cogens* en Droit International". *Hommage à Paul Guggenheim*. Genève, 1968, p. 447.
3. Sir Humphrey Waldock: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, II, p. 60; Reynaldo Galindo Pohl: *Jus cogens*, IV Curso de Derecho Internacional. Comité Jurídico Interamericano, 1977, p. 209.
4. Henri Rollin: "Vers un Ordre Public Réellement International". *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*. Pedone, Paris, 1960, p. 439.

el Derecho de los Tratados. Sin embargo, dada la íntima relación de los dos conceptos y el hecho de que cuando se infringe el *jus cogens* se afecta necesariamente el orden público internacional,⁵ es posible admitir que la expresión *jus cogens* sea utilizada también de una manera más amplia, como fórmula que individualiza a aquellos elementos esenciales del orden público internacional, cuya violación apareja no sólo la nulidad de los tratados que lo infringen, sino también la de todos los actos jurídicos internacionales, cualquiera que sea su naturaleza normativa, que lo violan⁶ y que puede, eventualmente, llegar a proyectarse, incluso sobre la legitimidad internacional de los Estados que actúan de determinada manera, específicamente calificada, en violación de este orden público internacional.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso de la "Barcelona Traction", afirmó rotundamente que existen obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional en su conjunto y que, teniendo en cuenta la importancia de los derechos en causa, "todos los Estados pueden considerarse que tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*".⁷ Estos derechos de la "Comunidad Internacional en su conjunto", que imponen obligaciones *erga omnes*, constituyen la manifestación concreta de la existencia de un orden público internacional, de "una cierta zona de *jus cogens*".⁸

5. Eduardo Jiménez de Aréchaga: "International Law in the Past Third of a Century". *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1978, I, p. 69, edición española; *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos. Madrid, 1980, p. 86. En la Comisión de Derecho Internacional no se efectuó una distinción precisa entre orden público y *jus cogens*, pero se expresó una clara tendencia favorable a sostener su íntima relación e incluso a su equiparación (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, vol. I, p. 67 y ss.).
6. En contra: Krystina Marek, *op. cit.*, p. 447.
7. *Cour Internationale de Justice*. Arrêt du 5 février, 1970.
8. Adolfo Miaja de la Muela: "Aportación de la Sentencia del Tribunal de La Haya en el caso 'Barcelona Traction' (5 de febrero de 1970) a la Jurisprudencia Internacional", *Cuadernos de la Cátedra J. Brown Scott*. Universidad de Valladolid, 1971, p. 72. Es particularmente in-

De tal modo, la expresión *jus cogens*, sin perjuicio de lo expresado en el comienzo de este párrafo y con las reservas conceptuales necesarias, puede ser utilizada en una acepción más amplia que aquella que limita su aplicación exclusivamente al campo del Derecho de los Tratados.

5. Aunque el *jus cogens* es un concepto jurídico, cuyo origen se remonta a una época muy anterior a la nuestra,⁹ y en cierto modo, es una idea que deriva de la admisión de la existencia de la Comunidad Internacional, a los fines de este estudio analizaremos únicamente sus más próximos e inmediatos precedentes.

La escuela voluntarista que predominó en el siglo XIX y en la primera parte del siglo XX no aceptaba limitaciones a la autonomía de voluntad de los Estados para celebrar tratados. Sólo algunos autores aislados preconizaban el principio, derivado del Derecho Interno, según el cual es nulo todo tratado que tiene un objeto ilícito.

Sin perjuicio de algunos precedentes anteriores,¹⁰ indicaciones de cambio de esas ideas predominantes, aparecieron después de la experiencia del nazismo y la Segunda Guerra Mundial. En los años treinta, Salvioli había expuesto la idea, en 1933, en su curso de la Academia de Derecho Internacional;

interesante señalar que la sentencia del 5 de febrero de 1970 entraña un criterio radicalmente opuesto sobre este asunto, con el sostenido por la desafortunada y errónea sentencia de la misma Corte del 18 de julio de 1966, que afirmó que Liberia y Etiopía no tenían un interés legítimo para plantear la cuestión de la violación por Sudáfrica del Sur.

9. Antonio Gómez Robledo: *Introducción a las Reelecciones de Francisco de Vitoria*. Porrúa. México, 1974, p. XLVI; Erik Suy: "The concept of *jus cogens* in Public International Law". *The Carnegie Endowment for International Peace*. Geneva, 1967.
10. Rollin, H.: "Vers un Ordre Public Réellement International". *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*, cit., p. 415, recuerda a Vattel, Rivier y Fauchille. Dionizio Anzilotti había adelantado la idea en 1914 y confirmó la tesis en su *Curso*, en 1928, como lo recuerda Roberto Ago ("Droit des Traités a la Lumière de la Convention de Vienne". *Recueil des Cours*, 1971, III, p. 32, nota 35). Y Galindo Pohl (*op. cit.*, p. 219) refiere que en 1878 Bluntschli había sostenido que la inmoralidad es causa de ilicitud de los tratados.

Verdross había escrito en Austria, sometida ya a Hitler, pero publicado en Estados Unidos, un artículo bajo el significativo título de: "Forbidden treaties in International Law",¹¹ y lord Mac Nair, en su *Law of Treaties*, había encarado el tema.¹²

En 1953, el profesor Lauterpacht presentó su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional, proponiendo, bajo el título *Legalidad del objeto de un tratado*, una causal de nulidad, que decía así: "Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su ejecución implica un acto ilegal conforme al Derecho Internacional, declarado tal por la Corte Internacional de Justicia".¹³ En su comentario, Lauterpacht explicaba que, en principio, los Estados son libres de modificar por tratados, entre ellos, las reglas del Derecho Internacional consuetudinario. "La piedra de toque para saber si el objeto de un tratado es ilícito no es la incompatibilidad pura y simple con las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, sino la incompatibilidad con ciertos principios absolutos de Derecho Internacional que pueden ser considerados como constituyendo principios de orden público internacional".

El relator siguiente, sir Gerald Fitzmaurice, retuvo esta causal de nulidad bajo el mismo título, pero dio una formulación más precisa a la idea, limitando la nulidad a los tratados que violaron una regla de *jus cogens*. Decía que es siempre posible que "dos o más Estados convengan en aplicar *inter-se* una norma o régimen que difiera o se aparte de las normas del Derecho Internacional consuetudinario que tienen el carácter de *jus dispositivum*. . . Unicamente cuando un Tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones

-
11. *American Journal of International Law*, 1937, vol. 31, p. 571, y "Trattati contra 'bonos mores'" (*Rivista di Diritto Internazionale*, 1937, XVI). Años atrás, G. Morelli había publicado su trabajo "Norme Dispositive di Diritto Internazionale" (*Rivista di Diritto Internazionale*, 1932, XI).
 12. Lord Mac Nair: *The Law of Treaties*, 1938, pp. 112, 213-214.
 13. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1953, II, p. 154.

absolutos e imperativos de las normas del Derecho Internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, puede haber una causa de invalidez".¹⁴

El último relator, Sir Humphrey Waldock, aun cuando reconoció que la mayor parte de las reglas de Derecho Internacional no tienen el carácter de *jus cogens* y, por tanto, los Estados pueden celebrar convenios que se aparten de ellas, retuvo, sin embargo, esta causal de nulidad, explicando que "las normas de derecho contenidas en la Carta sobre el uso de la fuerza y el desarrollo —aunque sea a título de ensayo— de un derecho penal internacional, presupone la existencia de un orden público internacional que comprende reglas que tienen el carácter de *jus cogens*".¹⁵

6. Estas ideas, que varios de los autores de la década de los cincuenta, como Scelle, Sibert y Cavaré, habían también expuesto, fueron compartidas por la Comisión de Derecho Internacional, que en su proyecto de Convención sobre Derecho de los Tratados incluyó lo relativo al *jus cogens*, concepto que finalmente la Conferencia de Viena de 1969 recogió en la Convención sobre Derecho de los Tratados.

7. La Convención de Viena contiene una definición, o más bien una descripción del *jus cogens* en su artículo 53, directamente derivada del proyecto de sir Humphrey Waldock, que dice: "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".

14. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, II, p. 27.

15. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, II, p. 60.

Esta descripción puede ser calificada de circular, porque su principal elemento es el de no admitir acuerdo en contrario, en tanto que establece como efecto jurídico que si se intenta tal acuerdo, entonces el tratado será nulo. Tal descripción no aprehende la esencia misma del *jus cogens* desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa. No es que ciertas reglas sean de *jus cogens* porque no permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, sino que no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas porque éstas poseen el carácter de reglas de *jus cogens*.

8. La esencia o la raíz del *jus cogens* radica en que la Comunidad Internacional reconoce ciertos principios que salvaguardan valores de importancia vital para la Humanidad y que traduce normativamente esos valores en reglas imperativas de Derecho Internacional. Esas reglas interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a un Estado o a un grupo de Estados, sino que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto.¹⁶ Pero, como ha dicho el embajador Yasseen, citando a Verdross y a de Visscher: "...il ne suffit pas à notre sens que la norme concerne un intérêt commun il faut que cet intérêt soit fondamental ou essentiel".¹⁷

Tales principios, según la Convención de Viena, deben ser reconocidos por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto. No significa esto que el *jus cogens* deba nacer de un acto expreso de la Comunidad Internacional de Estados, sino que el *jus cogens* preexistente debe ser aceptado y reconocido como tal por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto.¹⁸

16. Eduardo Jiménez de Aréchaga: *op. cit.*, pp. 78-82.

17. M. K. Yasseen: *op. cit.*, p. 208.

18. Galindo Pohl: *op. cit.* 215; F. Capotorti: "L'Extinction et la Suspension des Traités", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, p. 523.

La expresión "aceptado y reconocido por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto" no se encontraba en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. Fue incluida en el curso de las deliberaciones de la Conferencia.

El presidente del Comité de Redacción de la Conferencia, embajador Yasseen, explicó así su significado: "No se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la Comunidad Internacional en su conjunto".¹⁹

Años después, cuando el profesor Roberto Ago, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la Responsabilidad Internacional, explicó en la Comisión las modificaciones introducidas por el Comité de redacción a su proyecto del artículo 18, dijo —en igual sentido—, en el párrafo 41 de su declaración: "Con respecto a la noción de «Comunidad Internacional en su conjunto» el relator especial precisa que de ninguna manera implica unanimidad de los miembros de la Comunidad Internacional. Como se desprende del debate de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, lo que se requiere es que los grandes grupos de Estados de que se compone la Comunidad Internacional, a saber, los diferentes componentes esenciales de esta Comunidad, reconozcan el carácter imperativo de determinada norma, aun cuando algunos Estados aislados tengan una opinión diferente. Por el contrario, debe evitarse que un solo grupo de Estados, que pudiera ser mayoritario en determinado momento, pueda imponer sus opinio-

19. *Documentos de la Conferencia*: 80 Sesión Plenaria, p. 12; M. K. Yasseen: "Réflexions sur la détermination du *ius cogens*". *L'élaboration du Droit International Public*. Colloque de Toulouse. Société Française pour le Droit International. Pedone. Paris, 1974, p. 207.

nes y hacer fracasar, por sus únicos puntos de vista, la norma *pacta sunt servanda*. A falta de tal garantía, la introducción de las nociones de «norma imperativa» o de «crimen internacional» no constituiría un progreso real, sino que contribuiría a dividir a la Comunidad Internacional”.

9. Pese a la importancia histórica que tiene la referencia hecha al *jus cogens* y a los efectos de su violación por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, es útil recordar que el *jus cogens* es un concepto que existe y que produce sus efectos por sí mismos. Su ser es una realidad autónoma y, por tanto, es independiente y no depende en su existencia de su reconocimiento por la Convención de Viena o por ningún otro tratado. Con una “boutade”, pero que expresa una verdad, podría decirse que la existencia del *jus cogens* es de *jus cogens*.²⁰

En consecuencia, incluso con respecto a los Estados que aún no son Partes en la Convención de Viena y a los tratados celebrados por estos Estados entre sí o con terceros Estados Partes en la Convención, debe concluirse que esos instrumentos son nulos si violan el *jus cogens*.

10. El contenido del *jus cogens* cambia y evoluciona constantemente, de acuerdo con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y con las modificaciones que sufre la Comunidad Internacional y los conceptos básicos en que ésta se asienta. Por eso es que al final del artículo 53 prevé la modificación del *jus cogens* por “una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”. Y también por esa razón es que el artículo 64 prevé el llamado *jus cogens superveniens* al disponer: “Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esta norma es nulo y terminará. Se trata de un caso de nulidad superviniente, o

20. En contra: Krystina Marek, *op. cit.*: “Il peut exister ou ne pas exister” (p. 447).

mejor dicho, de posible extinción de un tratado como consecuencia del surgimiento de una nueva norma de *jus cogens*".²¹ De tal modo, un tratado que es lícito y válido en el momento de su conclusión deviene posteriormente ilícito e inválido. Es por eso que los actos ya ejecutados, en este caso de extinción superviniente, permanecen en pie. El surgimiento de la nueva norma de *jus cogens* no invalida retroactivamente actos ya concluidos que en el momento de serlo no eran contrarios al Derecho Internacional general entonces en vigor.²²

11. La admisión de la idea de la existencia del *jus cogens* no se vincula ya necesariamente a una determinada escuela del pensamiento jurídico. Autores pertenecientes a tendencias doctrinarias distintas y Estados fundados en concepciones políticas absolutamente diversas aceptan actualmente la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional.²³

La admisión del *jus cogens* por la Comisión de Derecho Internacional y por la Convención de Viena no estuvo así ligada a ninguna concepción doctrinaria o filosófica. Se basó en estimar que el origen del *jus cogens* resulta del hecho de que toda Comunidad Internacional, llegada a un determinado grado de evolución y de madurez, reconoce, como consecuencia necesaria de ello, la existencia de normas imperativas.²⁴

De tal modo, es erróneo hoy afirmar la preceptiva vinculación del Derecho Natural con el *jus cogens*. Para algunos, este criterio puede ser correcto,²⁵ y el autor del presente estu-

21. Capotorti: *op. cit.*, pp. 520-525.

22. Eduardo Jiménez de Aréchaga: *op. cit.*, p. 8.

23. Héctor Gros Espiell: *El Derecho a la Libre Determinación. Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas*. Naciones Unidas. Nueva York, 1980 (S.79.XIV.5), párrafo 77.

24. R. Galindo Pohl: *op. cit.*, p. 207. Véase asimismo el interesante análisis de esta cuestión en G. Tunkin: "International Law in the International System". *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1975, IV, y en M. K. Yasseen: *op. cit.*, p. 205.

25. El profesor René Jean Dupuy, representante de la Santa Sede en la Conferencia de Viena, dijo al respecto: "Le Saint Siège ne peut que se rallier à toute tentative de placer au-dessus du pouvoir certains

dio, por su concepción filosófica, se encuentra entre ellos,²⁶ pero puede sostenerse que en la actual Comunidad Internacional, compleja y diversa en su composición y en las ideas políticas, filosóficas, sociales, económicas y culturales de los sujetos que la integran, debe reconocerse que es posible admitir la existencia de un *jus cogens* sin que sea necesario recurrir a la idea del Derecho Natural.

Aunque hay opiniones contrarias al *jus cogens*, casi todas anteriores a 1969,²⁷ la enorme mayoría de los autores y de los Gobiernos actuales aceptan, expresa o implícitamente, esta idea, sea cual fuere la raíz teórica o filosófica de su pensamiento jurídico internacional.²⁸

principes fondamentaux. Dans sa doctrine, ce rôle est assumé par le droit naturel. Certes, le *jus cogens* ne doit pas être confondu avec le droit naturel, puis-qu'il ne s'agit pas en l'occurrence de règles immuables. Il le contient cependant. Les principes tels que la prohibition de l'esclavage et du génocide sont entrés dans le droit positif; mais ces impératifs du droit naturel ont été raffiniés et consacrés par le droit positif sans perdre pour autant leur valeur de règles fondamentales répondant à une exigence de la conscience universelle. On peut même affirmer que cette intégration progressive du droit naturel dans le droit positif est hautement souhaitable, car elle lui apporte une précision croissante" (P. Reuter: *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, Armand Collin, 1970, p. 85). A favor de la identificación del Derecho Natural y del *Jus Cogens*: M. G. Monroy Cabra: *Derecho de los Tratados*; Temis, Bogotá, 1978, pp. 161-164; José Joaquín Caicedo Castillo: "La teoría del *jus cogens* en el Derecho Internacional". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, números 206-207. Bogotá enero-junio de 1975, pp. 206-207. En contra: Krystina Marek: "Contribution à l'étude du *jus cogens* en Droit International", en *Hommage à Paul Guggenheim*. Genève, 1968, p. 447; Michel Virally: "Réflexions sur le *jus cogens*", *Annuaire Français de Droit International*, 1966, p. 15.

26. Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, párrafo 84.
27. Por ejemplo: G. Schwarzenberger: "International *Jus Cogens*". *Texas Law Review*, 1965; Morelli: "A propósito delle norme internazionali cogenti". *Rivista di Diritto Internazionale*, 1968; Nissot: "Le concept de *jus cogens*". *Revue Belge de Droit International*. Hay autores que no niegan, en principio, la posibilidad de la existencia del *jus cogens*, pero que son contrarios a su reconocimiento por considerarlo peligroso y carente de ventajas (Krystina Marek: "Contribution à l'étude de *jus cogens* en Droit International", en *Hommage à Paul Guggenheim*. Genève, 1968, p. 459).
28. Entre la enorme bibliografía sobre este punto: B. G. Ramcharan: *The international Law Commission: its approach to the codification and*

12. La violación del *jus cogens* implica la nulidad absoluta del tratado que lo infringe. Esta conclusión resulta del texto y de la historia fidedigna de los artículos 45 a 53 de la Convención de Viena. Mientras que cuando hay error, dolo o corrupción se producen casos de nulidad relativa y esa nulidad sólo puede ser alegada por el Estado afectado, en los casos de coerción y de violación del *jus cogens*, el tratado como un todo se declara nulo y el Estado agraviado o cualquier otro Estado puede alegar la nulidad del tratado.²⁹

Esta nulidad absoluta, verdadera inexistencia del acto,³⁰ implica que éste fue ilícito y nulo desde el momento que se concluyó, y no puede por ello producir efectos.

progressive development of international law. La Haya, Nijhoff, 1977, pp. 143 a 148; P. Reuter: "Introduction au Droit des Traités". Armand Collin. París, 1972, pp. 141 y 142; L. A. Alexidze: "Problem of *jus cogens* in contemporary international law". *Soviet Year-Book of International Law*, 1969; Moscú, Soviet Association of International Law, 1970, pp. 146 a 149; Ch. De Visscher: "Positivisme et *Jus Cogens*". *Revue Générale de Droit International Public*, 75º año, t. 75, enero-marzo 1971, pp. 5 y ss.; Tunkin: "*Jus Cogens* in contemporary international law". University of Toledo. *Law Review*, 1971, p. 107; S. E. Nahlik: "*Jus Cogens* and the Codified Law of Treaties". *Temis*. Symbolae García Arias, 33-36. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1973-1974, pp. 85 a 111; A. Ch. Kiss: "Le Droit International peut-il encore être considéré comme volontariste?" (*ibid.*, pp. 75 a 84); A. Verdros: "Jus dispositivum and *jus cogens* in International Law". *American Journal of International Law*, 1966, p. 55; R. Ago: "Droit des Traités à la Lumière de la Convention de Vienne", *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1971, III, pp. 321-323; M. Virally: "Réflexions sur le *Jus Cogens*". *Annuaire Français de Droit International*, 1966, p. 1. En cuanto a la aceptación por Estados cuya organización responde a diferentes sistemas ideológicos y políticos, la casi unánime admisión del *jus cogens* quedó demostrada en la Conferencia de Viena, en la VI Comisión de la Asamblea General y en la discusión de mi informe en la Subcomisión y en la Comisión de Derechos Humanos. (Véase: Pedro Antonio Ferrer Sanchis: "Los conceptos *jus cogens* y *jus dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional". *R.E.D.I.*, 1972, p. 746; M. Pérez González: *Los Gobiernos y el "jus cogens"*. *Estudios en honor del profesor Luis Sela Sempil*. Oviedo, 1970, p. 133; Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, párrafos 81, 82 y 83; Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, párrafos 79-81).

29. Eduardo Jiménez de Aréchaga: *op. cit.*, p. 86; Dicsona: *Contribution à une Etude sur les Normes Impératives en Droit International*, p. 124. En contra: Rozakis: "*Jus Cogens*" in *the Law of Treaties*, p. 115.
30. Yaroslav Zorek: "Annulation ou inexistence?". *Le Monde*, 11 abril 1963.

No existe, asimismo, obviamente, posibilidad de validar un tratado violatorio del *jus cogens* mediante la renuncia o la conducta posterior del Estado víctima.

13. Cuando un tratado está en violación de una norma preexistente del *jus cogens*, la nulidad absoluta que es su consecuencia afecta necesariamente a la totalidad del tratado (Art. 44, párrafo 5, de la Convención de Viena).

En cambio, cuando un tratado entra en conflicto con una norma de *jus cogens superveniens*, y se dan, además, las circunstancias previstas en el párrafo 3 del artículo 44 de dicha Convención, se puede demandar la declaración de nulidad no de todo el tratado, sino únicamente de las disposiciones de éste en conflicto con el *jus cogens*.³¹

IV

14. Corresponde ahora entrar al estudio de la no discriminación racial y del derecho a la libre determinación de los pueblos como normas imperativas de Derecho Internacional general.

Hay que comenzar por analizar la cuestión de los métodos o procedimientos por medio de los cuales se crea o se establece y reconoce la existencia de estas normas imperativas de Derecho Internacional.

No existe ninguna norma de Derecho Internacional positivo que establezca cuáles son las formas de creación del Derecho requeridas para que nazca o aparezca una norma de *jus cogens*. Debe entenderse, en consecuencia, y así lo ha comprendido la doctrina, que el *jus cogens* puede tener un origen convencional, es decir, encontrarse en un tratado multilateral; puede resultar de un proceso consuetudinario, resultado de la práctica de los Estados; puede también nacer de una declaración —que reúna especiales caracteres— de la Asam-

31. Capotorti: *op. cit.*, p. 525.

blea General de las Naciones Unidas o puede ser reconocido por la jurisprudencia internacional.³²

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no contiene una enumeración de casos de *jus cogens*, ya que siguió el criterio adoptado por la Comisión de Derecho Internacional, que rechazó la idea original de incluir dicha enumeración.³³

Esta falta de precisión respecto de cuáles son los casos de *jus cogens*, particularmente trascendentes por los efectos que su violación provoca sobre la nulidad de los tratados, obligó en la Conferencia de Viena a incluir una disposición, el artículo 66a), que prevé la competencia preceptiva de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la aplicación o la interpretación de sus artículos 53 al 64, es decir, entre otras situaciones posibles, sobre la determinación de los casos de *jus cogens*.³⁴

15. Hay actualmente una amplia coincidencia en el sentido de que hoy el principio de no discriminación constituye un caso de *jus cogens*.

En primer término hay que señalar que la no discriminación es un elemento constitutivo del concepto de los Derechos Humanos, ya que todo hombre tiene todos los derechos y libertades que corresponden al ser humano sin que sea admitida distinción o discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, etc. (Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 2, párrafo 2, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Cultu-

32. José Antonio Pastor Ridruejo: *La Determinación del Contenido del "Jus Cogens"*. IHLADI, Madrid, 1972.

33. El proceso seguido en la Comisión de Derecho Internacional está relatado en: Héctor Gros Espiell: *op. cit.*, párrafo 71 y notas 43 y 44.

34. Eduardo Jiménez de Aréchaga: *op. cit.*, p. 83; T. O. Elias: "The Modern Law of Treaties". Sitjhoff, Leyden, 1974, pp. 192-193.

rales; artículo 2, párrafo 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de la discriminación racial [Resolución 1.904 (XVIII) de la Asamblea General]; artículos 2 y 3 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de la discriminación racial [Resolución 2.106 A (XX) de la Asamblea General]; párrafo final del preámbulo del Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación); párrafos 2 y 3 del preámbulo de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, UNESCO, 14 de diciembre de 1960; Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer [Resolución 2.263 (XXII) de la Asamblea General], y Declaración sobre la raza y el prejuicio racial, UNESCO, 27 de noviembre de 1978).

Si se acepta esta concepción, que el autor considera correcta, todas las tesis que sostienen que el respeto de los Derechos Humanos es un caso de *jus cogens*³⁵ contendrían, implícita y necesariamente, la conclusión de que la no discriminación lo es.

La no discriminación no es, estrictamente, un derecho específico, sino más bien un principio que se aplica a todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Este principio de no discriminación que constituye hoy un elemento inherente y necesario de la idea misma de los derechos y libertades del hombre ha sido calificado, con razón, como "principio fundamental de los Derechos Humanos".^{35bis}

35. La enorme mayoría de los autores que enumeran casos de *jus cogens* incluyen el respecto de los derechos humanos como uno de estos casos. (Véase: M. K. Yasseen: *op. cit.*, p. 208 y R. Ago: *Droits des Traités à la Lumière de la Convention de Vienne, cit.*, p. 324, nota 37).

35bis. Marc Bossuyt: "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels". *Revue des droits de l'homme*, vol VIII, 4. Pedone, Paris, 1975, p. 805; Marc Bossuyt: "L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme". Bruylant, Bruxelles, 1976; Egbert Vierdag: *The concept of discrimination in International Law*. Nijhoff, 1975, pp. 74-75.

En consecuencia, este principio fundamental, que integra imperativamente la idea misma de los Derechos Humanos, es un principio de *jus cogens*.

Pero algunos autores incluyen además, expresamente, a la no discriminación racial entre los casos de *jus cogens*, como por ejemplo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Tenekides y Brownlie.³⁶

Lo evidente es que, ya sea por constituir un elemento integrante del respeto de los derechos humanos o por tipificar un caso especial, la doctrina acepta hoy, casi unánimemente, que la no discriminación racial constituye un caso de *jus cogens*.

El autor del presente estudio, pese a conceptuar que la no discriminación integra el verdadero y real concepto de los derechos humanos, estima que hoy, por las características y necesidades actuales de la Comunidad Internacional, la no discriminación racial es un caso propio, específico y particular del *jus cogens*. Las características y necesidades actuales que imponen esta conclusión son la consecuencia del hecho de que la no discriminación racial ha sido encarada por el Derecho Internacional contemporáneo como una figura autónoma. Aunque necesariamente vinculada con la cuestión general de los derechos humanos, esta autonomía deriva de la necesidad de combatir por medios particulares y especialísimos una realidad existente, de naturaleza particularmente grave. Se proyectaría así la condena de la discriminación racial a diversos sistemas y realidades políticos, económicos, sociales y culturales en los que esta discriminación se tolera, se acepta o se fomenta. Si la Humanidad ha encarado una cruzada contra la discriminación racial, como la forma de tipo de discrimina-

36. Eduardo Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, cit.; George Tenekides: Estudio preparado por el Seminario de Acciones de Recurso al Alcance de las Víctimas de Discriminación Racial y sobre las actividades que se han de emprender a nivel regional. Ginebra, 9-20 de julio de 1979. ST/HR/ser. A/3, documento BP/2; Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*. Oxford, 1966, pp. 416-417.

ción hoy día más grave, más virulenta y peligrosa para la Comunidad Internacional, una de las armas de esta cruzada es considerar como norma imperativa de Derecho Internacional el principio de no discriminación racial.

La Corte Internacional de Justicia, en la sentencia del caso de la "Barcelona Traction" (1970), afirmó el criterio de que el respeto de los derechos humanos, con referencia especial a la discriminación racial, constituye una cuestión en la que todos los Estados tienen un interés legítimo. En un pasaje que ya se ha hecho célebre dijo:

Une distinction essentielle doit particulièrement être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vue l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes. Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors de la loi des actes d'agression et *du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y comprise la protection contre la pratique de l'esclavage et de la discrimination raciale*, certains droits de protection se sont intégrés au droit international général (Réservés à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Avis consultatif, C. I. J., *Recueil*, 1951, p. 23); d'autres se sont conférés par des instruments internationaux de caractère ou quasi universel.³⁷ (El subrayado no está en el original).

En 1951, la Corte Internacional de Justicia ya había sostenido que hay principios que obligan incluso fuera de todo vínculo convencional. Esta idea, que se expuso en la opinión

37. Cour Internationale de Justice. Arrêt du 5 février, 1970. *Recueil*, 1970, p. 32.

consultiva sobre Reservas a la Convención de Genocidio, es el origen de desarrollos posteriores, como los que se hallan en la sentencia de la "Barcelona Traction" y de la opinión consultiva sobre Namibia. En la opinión consultiva de 1951 sobre Reservas a la Convención de Genocidio, dijo la Corte:

Los orígenes de la Convención revelan la intención de las Naciones Unidas de condenar y reprimir el genocidio como "un crimen de Derecho de Gentes" que implica la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros; negación que ofende a la conciencia humana, inflige grandes pérdidas a la humanidad y que es contrario, a la vez, a la ley moral, al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas [Resolución 96 (I) de la Asamblea General, 11 de diciembre de 1946]. Esta concepción implica una primera secuencia: los principios que fundamentan la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso fuera de todo vínculo convencional.³⁸

Si la no discriminación es un caso de *jus cogens*, el "apartheid", quizá la más monstruosa aplicación actual de la discriminación racial, calificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas [Resolución 2.074 (XX)] como un crimen contra la humanidad, constituye asimismo un caso específico y particular de violación del *jus cogens*. Por lo demás, no es errado afirmar que el "apartheid" incluye en sí mismo el germen del genocidio,³⁹ que constituiría también un caso autónomo de *jus cogens*.

La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva sobre Namibia (1971), luego de rechazar los argumentos del gobierno sudafricano tendentes a justificar el "apartheid", dijo:

38. Cour Internationale de Justice. Avis consultatif. *Recueil*, 1951, p. 23.

39. Hernán Santa Cruz: *La Discriminación Racial*. Naciones Unidas, Nueva York, 1976, S.76.XIV.2, p. 299; Ian Brownlie, *op. cit.*, pp. 416-417.

En vertu de la Charte des Nations Unies, l'ancien mandataire a été engagé à observer et à respecter, dans un territoire ayant un status international, les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour tous sans distinction de race. Le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte.⁴⁰

Este párrafo, en el contexto de la opinión consultiva, puede interpretarse como dando al principio de no discriminación racial, fundamento de la condena del "apartheid", un valor eminente y determinante, de cuya violación resulta la extinción del mandato de Sudáfrica sobre Namibia. Uno de los jueces que concurrieron con su voto a esta opinión consultiva, Fouad Ammoun, interpretó así la opinión de la corte:

Aussi la Cour n'a-t-elle pas omis d'aborder, outre la violation des stipulations du mandat, les deux autres motifs de sa révocation. En se référant, comme la résolution 2145 (XXI), à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Cour a affirmé le caractère impératif du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ainsi que des droits de l'homme dont elle a dénoncé la violation par les autorités sud-africaines. Son raisonnement et ses conclusions, auxquels j'ai dit que j'adhère, me paraissent cependant compatibles avec des explications complémentaires qui, exprimées dans les opinions individuelles, sont de nature à renforcer lesdites conclusions.⁴¹

40. "Cour Internationale de Justice". Avis consultatif du 21 juin 1971. *Recueil* 1971, párrafo 131, p. 57.

41. Cour Internationale de Justice. Avis consultatif du 21 juin 1971. Opinion individuelle de M. Ammoun. *Recueil*, 1971, p. 72.

El proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, preparado por el profesor Roberto Ago, decía en el párrafo 3, a) y b), del artículo 18: "Asimismo, se considerará «crimen internacional» el incumplimiento grave por un Estado de una obligación internacional establecida por una norma de Derecho Internacional general, aceptada y reconocida como esencial por la Comunidad Internacional en su totalidad y que tenga por objeto: . . . b) el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión".⁴²

El texto elaborado por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional, tipificó como crimen internacional en el párrafo 3, c) del artículo 18: "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 y el *apartheid*. Estos casos, según el párrafo 2 del artículo 18, constituyen "la violación de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional que su violación está reconocida como crimen por esa Comunidad Internacional en su conjunto. . .".

En el proyecto del Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional se mantuvo lo esencial de la idea original del proyecto Ago, pero se hizo referencia expresa al "apartheid" y al genocidio como casos de *jus cogens*. En el párrafo 46 de su declaración explicativa sobre este proyecto del Comité de Redacción, el profesor Ago dijo:

Sólo se han mencionado en el apartado c) del párrafo 3 la esclavitud, el genocidio y el "apartheid", pero existen evidentemente otros crímenes internacionales resultantes de la violación de obligaciones relacionadas con la salvaguardia del ser humano, como, por ejemplo, la matanza de prisioneros de guerra o la deportación de poblaciones. Si el Comité de Redacción no ha

42. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976. Vol. II.

proporcionado más ejemplos ha sido para no dar la impresión de que la lista del apartado c) pretendía ser exhaustiva y para no abordar los crímenes previstos en las convenciones de derecho humanitario, esfera en la cual es quizá muy difícil establecer una distinción entre los crímenes internacionales y los otros hechos internacionales ilícitos.⁴³

Varias de las opiniones, criterios y resoluciones citados en los párrafos siguientes, con respecto al carácter de *jus cogens* de la libre determinación, se refieren también al igual carácter que posee el principio de no discriminación racial. Para no alargar este estudio nos remitimos por tanto, a las referencias que sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos se hacen en los párrafos 16, 17 y 18, dándolos por aplicables al caso de la no discriminación racial.

16. En cuanto al derecho a la libre determinación de los pueblos, debe entenderse también que hoy constituye un caso de *jus cogens*.

El autor del presente estudio ha sostenido firmemente este criterio en su informe para las Naciones Unidas titulado "El Derecho a la Libre Determinación, Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas".

Ya la Comisión de Derecho Internacional, en 1963, en el comentario al proyectado artículo 37 sobre Derecho de los Tratados, decía que el principio de la libre determinación podría ser citado como ejemplo de *jus cogens*. Pero como la Comisión decidió no incluir ningún ejemplo de casos de *jus cogens* en ese artículo, la referencia a la libre determinación quedó sólo en el informe.⁴⁴ Cuando el artículo 37 pasó a ser

43. Juan Antonio Carrillo Salcedo: *La distinción entre Crímenes y Delitos Internacionales*. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. I.H.L.A.D.I. Madrid, 1979; pp. 15-18.

44. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su Decimoquinto Período de Sesiones. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963. Vol. II, pp. 231 y 232, documento A/5.509, cap. II, secc. B, art. 37, párrafos 1 a 5 del

el artículo 50 del nuevo proyecto, la Comisión reiteró el comentario anterior.⁴⁵ Al discutirse en la Sexta Comisión de la Asamblea General el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, varios oradores expresaron su opinión favorable al criterio de que el principio de libre determinación tenía el carácter de *jus cogens*, entre otras, las Delegaciones de Checoslovaquia, Pakistán, Perú, República Socialista Soviética de Ucrania y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.⁴⁶

En la Asamblea General, comentando el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, la delegación del Uruguay hizo una expresa y amplia referencia de la libre determinación como caso de *jus cogens*.⁴⁷

Es bien significativo que la única manifestación expresa contra el carácter de *jus cogens* del principio de la libre determinación fue hecha por el Gobierno de Portugal que, en 1964, decía al respecto: "Tampoco cree que se ganaría mucho con hacer figurar algunos casos que constituyen delitos con-

comentario. (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 63.V.2.).

45. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º Período de Sesiones, *ibid.*, 1966, vol. II, pp. 271 y 272, documento A/6.309, Rev. 1, parte II, cap. II, secc. C, art. 50, párrafos 1 a 6 del comentario. (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 67.V.2.).
46. Documentos Oficiales de la Asamblea General. Vigésimo Primer Período de Sesiones. Sexta Comisión. Actas resumidas de las sesiones, 905ª sesión.
47. Carlos María Velázquez: *El Uruguay y las Naciones Unidas*. Madrid, 1980, p. 43. En la sesión 1.302 de la Asamblea General (XIX Período de Sesiones), dijo el delegado del Uruguay: "Para los pequeños Estados en particular, un reconocimiento expreso por parte de la Comunidad Internacional de que los principios como el de la igualdad de los Estados, la libre determinación, la integridad territorial y la no intervención, constituyen piezas esenciales del orden público internacional y que, por consiguiente, como lo determinara la Comisión de Derecho Internacional en el citado Informe (A/5.509), no pueden ser objeto de negociación, transacción o compromiso, imponiéndose, en caso de su violación, la nulidad de los tratados que a tal violación condujeron, representa una garantía preciosa. Acaso, en un mundo en el que las diferencias de poderío son tan grandes, la única garantía eficaz de protección contra las presiones a que los pequeños Estados se ven incesantemente sometidos en el curso de la historia".

tra el derecho internacional u otros actos que violen los derechos humanos o el principio de la libre determinación, por cuanto considera que esos conceptos han sido adulterados por la realidad, por lo que cualquier mención de ellos no contribuiría a liberarlos de la crisis por la que atraviesan".⁴⁸

Similares precisiones a las efectuadas en la Comisión de Derecho Internacional se hicieron en el primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁹

Es indudable que la no inclusión de ejemplos en el texto que luego sería el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto como consecuencia de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, como de los de la Conferencia sobre Derecho de los Tratados, no significó negar el carácter de *jus cogens* a los casos mencionados en el proceso de redacción de los artículos, sino que tuvo como razón el deseo de dejar abierta la cuestión para que la determinación del contenido del *jus cogens* "se formara, esencial aunque no exclusivamente, en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales".⁵⁰

En la doctrina de hoy el criterio de que la libre determinación constituye un caso de *jus cogens* cuenta con amplio

48. Nota verbal de 27 de agosto de 1964. Véase M. Pérez González: "Los Gobiernos y el *Jus Cogens*: las normas imperativas de Derecho Internacional en la Sexta Comisión". *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*. Homenaje al profesor Luis Sela Sempil. Oviedo, 1970, p. 133.

49. E. De la Guardia y M. Delpech: "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena", Buenos Aires. *La Ley*, 1970, p. 426; J. Nisot: "Le *Jus Cogens* et la Convention de Vienne sur les Traités". *Revue Générale de Droit International Public*. París, Pedone, 1972, núm. 3.

50. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su Decimoquinto Período de Sesiones. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963; vol. II, p. 232, documento A/5.509, cap. II, secc. B, art. 37, párrafo 3, del comentario (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 63.V.2), y el estudio de la cuestión hecha por J. A. Pastor Ridruejo: *La determinación del contenido del "jus cogens"*. Madrid, IHLADI (Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional), 1972, p. 10.

apoyo, ya sea como consecuencia de conceptualizar que ese carácter es propio del principio de la libre determinación de los pueblos,⁵¹ o por considerar que, por tratarse de una condición o requisito previo del ejercicio y efectividad de los derechos humanos, posee, como consecuencia de esto, tal calidad.⁵² Las opiniones contrarias o, mejor dicho, aquellas que omiten incluir la libre determinación entre los casos de *jus cogens*, son hoy minoritarias.⁵³

-
51. El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional en su XI Congreso (Madrid, 1977), declaró que: "El principio de la libre determinación de los pueblos es un dato inmediato de la conciencia humana, y es parte integrante, en la categoría de *jus cogens*, del Derecho Internacional positivo". Véase también: Alexidze: *loc. cit.*, p. 148; R. Ago: Quinto Informe sobre la Responsabilidad de los Estados. "El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional". *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, primera parte, documento A/CN.4/291 y Add. 1 y 2, p. 34, párrafo 99, p. 53, párrafo 141 y p. 59, párrafo 155 (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.V.5, Part. I); I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966; p. 417; A. Kiss: *loc. cit.*, p. 83; G. Abi-Saab: *The concept of "jus cogens" in International Law*. Geneva, "Carnegie Endowment for International Peace", 1967; p. 13; J. J. Caicedo Perdomo: "La teoría del *jus 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*, números 206-297, enero a junio de 1975, p. 272; A. Gómez Robledo: "El derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación". *IHLADI*, Madrid, 1976; A. Moreno López: *Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos: principio eje del Derecho Internacional Contemporáneo*. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1977; R. Galindo Pohl: *Jus Cogens*. O.E.A. Comité Jurídico Interamericano. Cuarto curso de Derecho Internacional. Washington, D. C., 1977.
52. R. Ago: "Droit des Traités à la Lumière de la Convention de Vienne: Introduction". *Académie de Droit International. Recueil des Cours*, 1971, III, t. 134, se refiere a los derechos de la persona humana y el *jus cogens* (p. 324, nota 37). Véase también: Nahlik: *loc. cit.*, p. 101; T. O. Elias: "The Modern Law of Treaties". Sijthoff. Leyden, 1974, p. 185.
53. En 1973, Sir Gerald Fitzmaurice no incluyó a la libre determinación en su lista ("The future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today". Institut of International Law. Special Report, 323-324). En 1977, M. M. Whiteman ("*Jus Cogens* in International Law, with a projected list". *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1977, vol. 7, N° 2, pp. 609 a 626), incurre en la misma lamentable omisión.

La Comisión de Derecho Internacional aprobó en 1976, en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, un artículo que califica como crimen internacional "una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial".⁵⁴

Esta disposición se originó en el proyecto del profesor Roberto Ago, que calificaba como crimen internacional "el incumplimiento grave por un Estado de una obligación internacional establecida por una norma de derecho internacional general aceptada y reconocida como esencial por la comunidad internacional en su totalidad y que tenga por objeto: a) respeto del principio de la igualdad jurídica de los pueblos y de su derecho a disponer de sí mismos".⁵⁵ La Comisión de Derecho Internacional ha aceptado así que la violación del derecho a la libre determinación de los pueblos constituye una infracción gravísima, un crimen internacional, y ha admitido así, tácitamente, que este principio es uno de los casos que en el Derecho Internacional actual es posible calificar de *jus cogens*.

En la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en el año 1976, varios expertos, al comentar el informe del autor del presente estudio, sostuvieron el carácter de *jus cogens* del derecho a la libre determina-

54. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º Período de Sesiones. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, p. 73, documento A/31/10, art. 19, párrafo 3, apartado b) (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S. 77.V.5, parte II). El proyecto del profesor Ago fue discutido en las sesiones 1.371*, 1.402* y 1.403* (*ibid.*, vol. 1. Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.V.4). Al principio de la libre determinación se refirió especialmente al Sr. Ramangasoavina (*ibid.*, p. 79, A/CN.4/SR.1.374, párrafo 20).

55. *Ibid.*, vol. II, primera parte, p. 59, documento A/CN/4/291. Add. 1 y 2, art. 18, párrafo 3, apartado a) (Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.V.5, parte I).

ción de los pueblos. En 1977, el tema fue ampliamente tratado, y los señores Ortiz Martín, Caicedo Perdomo, Navarro Richardson, Dadiani, Cassese, Yusef y el representante de la Organización de Liberación de Palestina, afirmaron expresamente este carácter del principio de la libre determinación de los pueblos. En 1978 hicieron igual afirmación los señores Amadeo, Olguin, Martínez Cobo, Dadiani, Singhvi, Abu Sa-yeed, Pirezada, Jimeta y el observador de Irak.⁵⁶

En la Comisión de Derechos Humanos, en 1977, al examinarse el antes citado informe, el representante de la República Árabe Siria compartió el punto de vista del relator especial, en el sentido de que el derecho a la libre determinación de los pueblos constituye un caso de *jus cogens*.⁵⁷ El informe de la Comisión se refiere, asimismo, a esta cuestión de manera particular.⁵⁸ En 1978, en el treinta y cuatro Período de Sesiones, se hicieron en la Comisión reiteradas referencias aprobatorias al criterio de considerar el derecho a la libre determinación de los pueblos como un caso de *jus cogens*.⁵⁹ En 1980, en el treinta y seis Período de Sesiones, la cuestión se trató con referencia a los Acuerdos de Camp David y al Tratado de Washington. En esa ocasión, "algunas delegaciones" añadieron que el principio de la libre determinación era de *jus cogens*.^{59bis}

En su Programa de Acción, la Conferencia Mundial para combatir el Racismo y la Discriminación Racial (14-25 de

56. Véase el Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 30º Período de Sesiones (E/CN.4/1.261), párrafo 163.

57. Véase E/CN.4/SR.1.410, p. 15, y E/CN.4/SR.1.411, p. 12.

58. Véase el Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre su 33º Período de Sesiones (Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 62º Período de Sesiones, Suplemento Nº 6 (E/5.927), párrafo 136.

59. Véase el Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre su 34º Período de Sesiones (*Ibid.*, 1978, Suplemento Nº 4 (E/1978/34), párrafos 121 y 122.

59bis. Comisión de Derechos Humanos: Informe sobre el 36º Período de Sesiones, Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales 1980. Suplemento Nº 3, E/CN.4/1.408, párrafo 158.

agosto de 1978), encargó a todos los gobiernos que adopten en el plano nacional, entre otras, la siguiente medida: "El fomento, por el cauce de las legislaciones nacionales del uso por los tribunales e instituciones nacionales de los instrumentos de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados relativos al racismo y a la discriminación racial, especialmente por cuanto el principio de la no discriminación se ha convertido en una norma imperativa de Derecho Internacional" (Sección A, párrafo 1, iv). En el plano internacional, "la Conferencia recomienda que el Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones organice un coloquio internacional sobre la prohibición del «apartheid», el racismo y la discriminación racial y la libre determinación en el Derecho Internacional, en el que se preste especial atención a los principios de la no discriminación y la libre determinación como normas imperativas de Derecho Internacional" (Sección B, párrafo 29). Estos párrafos del Programa de Acción fueron adoptados sin votos, y el conjunto del documento (Declaración y Programa de Acción), por 88 votos contra cuatro, con dos abstenciones. Sólo un país hizo reservas sobre lo expresado en los párrafos 1, iv y 29 de las secciones A y C del Programa de Acción.⁶⁰

17. La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de Amistad y de la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970.

[Resolución 2.625 (XXV)], enumera, define y solemnemente proclama siete principios, que "constituyen principios básicos de Derecho Internacional", según lo expresa el párrafo 3 de la propia Declaración

60. Véase el Informe de la Conferencia Mundial para combatir el Racismo y la Discriminación Racial (Publicación de las Naciones Unidas, A/Conf. 92/40, N° de venta F.79.XIV.2), pp. 16, 25, 82, 91, 100, 109 y 125.

Entre ellos se encuentra "la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta", deber que obliga a "cooperar para promover el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y de la intolerancia religiosa" y el "principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos", en virtud de que "todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho, de conformidad con las disposiciones de la Carta".

Se ha discutido, frente a lo declarado en la Resolución 2.625 (XXV), si estos principios poseen el carácter de *jus cogens*.

El autor del presente estudio, con ciertas precisiones limitativas, entiende que sí. Sostuvo este criterio en el párrafo 75 de su informe ya citado sobre "el derecho a la libre determinación de los pueblos". Sus conclusiones son, *mutatis mutandi*, aplicables no sólo al principio de libre determinación, sino también a la no discriminación. Dijo en el citado párrafo:

La cuestión fue también incidentalmente tratada en el vigésimo quinto Período de Sesiones de la Asamblea General durante el proceso de elaboración de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [Resolución 2.625 (XXV)].⁶¹ El representante de Irak estimó que los principios fundamentales de Derecho Internacional enunciados en la Declaración, entre los que se encuentra el de la libre determinación de los pueblos, pueden ser considerados como verdaderas reglas de *jus cogens* al respecto.⁶²

61. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Vigésimoquinto Período de Sesiones. Sexta Comisión. Actas resumidas de las sesiones, 1.180ª sesión.

62. *Ibid.*, 1.183ª Sesión.

Esta opinión coincidía en esencia con la expuesta por el representante de los Estados Unidos de América en el Comité Especial.⁶³ Los términos de este debate han sido, asimismo, objeto de un análisis por la doctrina.⁶⁴ A juicio del relator especial, aun aceptando el carácter heterogéneo de la Declaración, que incluso contiene criterios de *lege ferenda*, referencias a las soluciones deseables del futuro Derecho Internacional y, consiguientemente, admitiendo que no todos sus enunciados y desarrollos tienen el carácter de *ius cogens*, los principios fundamentales que la Declaración enumera, extraídos de la Carta —y, por ende, los principios de no discriminación y de la libre determinación de los pueblos—, tal como fueron enunciados por la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General, poseen tal carácter. Estos principios —que la propia Declaración califica de "básicos" o "fundamentales", y que con igual carácter están referidos en el párrafo 3 de la Declaración adoptada en ocasión del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas y en los párrafos 2, 3, 4, 5 y el 6 de la Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional, es decir, tres de los documentos fundamentales adoptados sin oposición con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Organización—, en sí mismos, dejando de lado las formulaciones accesorias, las consecuencias y los corolarios que

63. Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados. Actas resumidas de la 110ª Sesión y la 114ª Sesión, 1970 (A/AC.125/Sr. 110-114).

64. Véase: M. Sahovic: "Codification des principes du Droit International des relations amicales et de la coopération entre les Etats". Académie de Droit International. *Recueil des Cours*, 1972, III, Leyden, A. W. Sijthoff, 1972, t. 137, pp. 302 y 303; C. D. Johnson: "Toward self-determination: a reappraisal as reflected in the declaration on friendly relations". *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. III, 1973, pp. 146 a 163; G. Arangio-Ruiz: "The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of principles of friendly relations". Académie de Droit International. *Recueil des Cours*, 1972, II, Leyden, A. W. Sijthoff, 1972, t. 137, p. 441; R. Rosenstock: "The Declarations of principles of International Law concerning friendly relations a survey". *The American Journal of International Law*, vol. 65, N° 5, octubre de 1971. Washington, D. C., pp. 713 a 735; P. H. Houben: "Principles of International Law concerning friendly relations and cooperation among States" (A.J.L.L., vol. 61, N° 3, julio de 1967, pp. 703 a 736).

se encuentran heterogéneamente enumerados a continuación de cada uno de ellos en la Declaración aprobada por la Resolución 2.625 (XXV), constituyen manifestaciones actuales de lo que en el Derecho Internacional de hoy son reglas de *jus cogens*.

18. La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 33/79 (Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial), adoptada el 16 de diciembre de 1978, aprobó "la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia" (párrafo 2). Como ya hemos señalado en el párrafo 16 del presente estudio, la Conferencia, en su Programa de Acción, consideró "a los principios de no discriminación y libre determinación como normas imperativas de Derecho Internacional".

De tal modo, la Asamblea General, es decir, el más eminente y representativo órgano de la Comunidad Internacional, proclama estos principios como de *jus cogens*, y para ahondar en el examen de la cuestión y explorar todas las consecuencias, pidió a UNITAR que organizara un coloquio al respecto (párrafo 9 del capítulo III de la Resolución 33).

V

19. Es preciso ahora entrar a estudiar las consecuencias que se derivan de la violación de las normas imperativas de Derecho Internacional, es decir, del *jus cogens*.

20. En primer término se sitúa la cuestión de los tratados internacionales celebrados por escrito entre Estados violatorios del *jus cogens*.

Es ésta la única situación a la que se aplica la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que para ésta "se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (artículo 2, 1.ª).

Todo Tratado Internacional celebrado por escrito entre Estados, violatorio del *jus cogens*, es nulo, y todo Tratado de igual naturaleza y forma que entre en colisión con una norma superviniente de *jus cogens* se extinguirá y dejará de tener efecto, según lo dispuesto por los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena.

Ya hemos estudiado estas dos normas en los párrafos 8 y 10 del presente estudio. De igual modo se ha analizado precedentemente la cuestión de la nulidad absoluta por infracción del *jus cogens*, su naturaleza y consecuencias (párrafo 12) y los caracteres del caso que se tipifica cuando un Tratado o una o varias disposiciones de un Tratado pasan a violar una norma de *jus cogens* superviniente (párrafo 13). A todo lo expresado, con carácter general, en los párrafos citados nos remitimos ahora en cuanto a la nulidad de los Tratados entre Estados que violan las normas del *jus cogens* referentes a la no discriminación racial o al derecho de los pueblos a la libre determinación.

21. La nulidad de estos Tratados existe, a nuestro juicio, no sólo en el caso de los acuerdos celebrados entre Estados Partes en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sino también cuando se trata de acuerdos entre Estados no Partes o entre un Estado Parte y uno que no lo es. En efecto, ya expresamos que el *jus cogens* es un concepto autónomo e independiente y que su existencia no deriva de su reconocimiento por la Convención de Viena (párrafo 9 del presente estudio). Pero acéptese o no esta afirmación, que implica sostener la nulidad de todo Tratado Internacional que viole los principios de no discriminación y/o libre determinación, aunque se trate de un acuerdo entre Estados que no sean Partes de la Convención de Viena, a igual conclusión puede llegarse sin necesidad de compartir el fundamento que hemos dado a esta conclusión con base en otra argumentación.

En efecto, es cierto que el artículo 53 de la Convención de Viena fue aprobado por setenta y dos votos a favor, tres en

contra y dieciocho abstenciones, por lo que, no habiendo sido adoptado sin oposición, no pudo considerarse, en ese momento, como una codificación del derecho consuetudinario existente en la materia, según el criterio expuesto sobre la propia Convención de Viena por la Corte Internacional de Justicia en el caso de Namibia.⁶⁵ Pero la aceptación posterior, prácticamente universal, del principio contenido en el artículo 53 de esta Convención y el desarrollo de la idea del *jus cogens* y de sus efectos entre 1969 y 1980, especialmente por obra de la Asamblea General como portavoz de la Comunidad Internacional, permiten concluir que el artículo 53 ha cristalizado ya hoy en una costumbre internacional y que, por tanto, constituye una norma internacional universalmente válida.⁶⁶

22. En el párrafo 87 de nuestro informe sobre "El Derecho a la Libre Determinación" hemos afirmado:

Aunque la Convención de Viena se refiere sólo a los Tratados entre los Estados, es indudable que, desde un punto de vista teórico y doctrinario, la misma conclusión respecto de la nulidad de estos Tratados en el caso de que sean violatorios de una norma imperativa de Derecho Internacional general debe aplicarse a los Tratados entre Estados y organismos internacionales y a todos los actos jurídicos internacionales, cualquiera que sea su naturaleza, por ejemplo, las resoluciones de los organismos internacionales.

Es ahora necesario desarrollar y fundar esta afirmación. Analizaremos primero la cuestión del *jus cogens* y otros Trata-

65. C. I. J.: *Recueil*, 1971, párrafo 94, p. 47.

66. El profesor Paul Reuter, en su Octavo Informe sobre la "Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre dos o más Organizaciones Internacionales" (A/CN.4/319, 1979) ha dicho, comentando la Parte V de la Convención de Viena de 1969 (Nulidad, Terminación y Suspensión de la Aplicación de los Tratados), en la que se encuentran los artículos 53 y 64: "No obstante, diez años después de la firma de la Convención, las disposiciones de la Sección 5, parecen hoy generalmente admitidas y la Corte Internacional de Justicia ha confirmado el valor como costumbre de algunos de los artículos más importantes".

dos y acuerdos internacionales, es decir, de los Tratados entre Estados y organismos internacionales y de acuerdos entre organismos internacionales, y luego, el asunto del *jus cogens* con referencia a los actos internacionales unilaterales y a las resoluciones de los organismos internacionales.

23. Es sabido que la Convención de Viena se aplica sólo a los tratados celebrados por escrito entre Estados.

Con respecto a los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales, no hay motivo alguno para aplicarles un régimen distinto en cuanto a su nulidad, en el caso de que sean violatorias de una norma imperativa de Derecho Internacional.

En primer lugar hay que señalar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no excluye necesariamente la aplicación de los criterios sustentados por sus artículos 53 y 64 a otros tratados además de los expresamente previstos por el artículo 2, 1, a. En efecto, su artículo 3, b, dice: "El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, o entre esos sujetos de Derecho Internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará: ...b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enumeradas en la presente Convención a que estuvieran sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de esta Convención". Esta norma debe interpretarse, en el caso, en el sentido de que si la nulidad de los acuerdos internacionales violatorios del *jus cogens* es un criterio que resulta del Derecho Internacional actual, es posible la aplicación de ese criterio a los tratados no referidos especialmente por la Convención de Viena.

Consiguientemente nada impide considerar que los tratados entre Estados y organismos internacionales y los tratados entre organismos internacionales que violen los principios de la no discriminación racial o de la libre determinación de los

pueblos son nulos. Esta conclusión se funda, además, en el hecho de que si se ha considerado por la Comisión de Derecho Internacional que la violación de una norma de *jus cogens*, como la no discriminación racial, el "apartheid", el genocidio —y también la libre determinación de los pueblos— tipifica un crimen internacional, ello significa que se ha conceptualizado que la infracción de una norma imperativa de Derecho Internacional provoca también otras consecuencias además de las referidas especialmente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados con respecto a la nulidad de los tratados entre Estados.

De tal modo la violación del *jus cogens* tiene que traducirse en la nulidad de todos los tratados que lo violen, y no solamente de aquellos acuerdos celebrados por escrito entre Estados

24. Es sabido que la Comisión de Derecho Internacional encomendó al profesor Paul Reuter el estudio del tema "Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales". Los sucesivos informes que se han venido considerando por la Comisión de Derecho Internacional, habrán de culminar en la preparación de un proyecto de artículos que constituirán un instrumento paralelo a la Convención de Viena de 1969. Los últimos informes del profesor Reuter contienen ya el proyecto del articulado de la futura Convención.

Desde su primer Informe, el Relator Especial señaló el necesario paralelismo y el principio de la identidad de soluciones, salvo cuando ello fuera posible, entre la Convención de 1969 y la futura Convención. Dijo al respecto:

Desde el punto de vista tanto práctico como histórico, el estudio del derecho de los tratados de las organizaciones internacionales se presenta como complemento y prolongación de la Convención de 1969; ésta es la base y el punto de partida de las investigaciones. De ello se sigue, naturalmente, una consecuen-

cia importante que debe señalarse a título preliminar: es necesario proceder con cautela antes de seguir cualquier orientación que discrepe de dicha Convención y que no forme con ella un todo armonioso.⁶⁷

De una manera más precisa y neta dijo en su segundo Informe:

Dans les travaux de la sous-commission que a précédé la désignation d'un rapporteur spécial, il été admis que l'objectif à atteindre était l'extension et, à défaut, l'adaptation des articles de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités aux accords des organisations internationales, en restant fidèle à l'esprit, aux formes et à la structure de cette Convention.⁶⁸

En congruencia con esta directiva general, la solución adoptada para la nulidad de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales por infracción del *jus cogens*, ha sido la misma que la establecida por la Convención de Viena para los tratados entre Estados.

El artículo 53 del proyecto Reuter dice:

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 los presentes artículos, 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.

67. Paul Reuter: Primer Informe. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, vol. II, p. 210.

68. Paul Reuter: Segundo Informe. *Anuaire de la Commission du Droit International*, 1973, vol. II, p. 75.

Y el comentario del Relator Especial sólo indica que:

En el título y el cuerpo de este artículo del proyecto sólo hay modificaciones de redacción. "La comunidad internacional de Estados en su conjunto" es una noción unitaria que no obliga a mencionar las organizaciones internacionales además de los Estados.⁶⁹

El artículo 64 del proyecto Reuter dice:

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Y el comentario únicamente agrega:

Este artículo del proyecto no requiere ninguna modificación de fondo o de redacción para aplicarlo a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales.⁷⁰

25. La doctrina no ha negado que los tratados no incluidos en la Convención de Viena de 1969 no sean nulos por infracción del *jus cogens*. Incluso aquellos autores que entienden que el *jus cogens* es únicamente una limitación de la libertad contractual, no han expresado que esta limitación se deba aplicar sólo al caso de los tratados celebrados por escrito entre Estados. A esta posición que no niega la posibilidad de la nulidad de los tratados entre Estados y organismos internacionales y entre organismos internacionales por violar el *jus cogens*, debe agregarse la de aquellos autores que expresamente admiten y fundan esta posibilidad, como R. Galindo Pohl⁷¹ y, naturalmente, el profesor Paul Reuter.

La Comisión de Derecho Internacional, al aprobar en su sesión de 1979 el criterio del proyecto presentado por el profesor Reuter se ha afiliado a esta posición.

69. Paul Reuter: Octavo Informe. A/CN.4/319, 1979.

70. Paul Reuter: Noveno Informe. A/CN.4/327, 1980.

71. R. Galindo Pohl: *op. cit.*, p. 207.

El autor del presente estudio sostiene, obviamente, en virtud de los argumentos ya expuestos, este mismo criterio.

26. Si se acepta este punto de vista, los tratados entre Estados y organismos internacionales y entre organismos internacionales, violatorios de una norma imperativa de Derecho Internacional, son nulos. Para estos tratados las consecuencias de esta nulidad absoluta, sus caracteres y su régimen procesal han de ser los mismos que para los tratados entre Estados según lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena. El profesor Reuter ha confirmado, en los párrafos 4 y 5 de las "Consideraciones Generales" de su octavo Informe, este criterio. Ha dicho al respecto:

Una última observación general se refiere a la posición de los Estados Miembros de la Organización con relación a los tratados en los que ésta es parte. En la Convención de Viena se precisaron con gran rigor y detalle los casos en que un Estado podría aducir una causal de nulidad de un tratado o motivo para ponerle término, retirarse o suspender su aplicación. Las soluciones adoptadas (artículos 46 y 47; artículos 48 a 50; artículos 50 a 53; artículo 60; artículo 62) aplican un concepto sencillo: el derecho de invocar esas causales o motivos depende del interés que se reconozca al Estado y éste varía según la causal o el motivo invocados. Así, todo Estado puede invocar la violencia como causal de nulidad, en tanto que solamente el Estado víctima del error puede invocar este último. No obstante, un Estado Miembro de una organización internacional ¿no tendría un interés legítimo en ampararse en una causal o un motivo que afectasen a un tratado en que esa organización fuera parte?

Como se indicará posteriormente (comentario al artículo 46 del proyecto, párrafo 17) y a reserva de los tratados que se refieren a las normas específicas de una organización determinada, la respuesta a esta pregunta es negativa. Si se admitiese esa facultad de un Estado Miembro se negaría la personalidad jurídica separada de la organización y se conferiría a cada Estado Miembro, actuando a título individual, el derecho de hacer va-

ler, sin considerar la posición de la Organización y de los demás Estados Miembros de ésta, una facultad que corresponde en realidad a la Organización. Por lo demás, de manera muy limitada y que no ha convencido a todos sus Miembros, la Comisión ha dado cierta cabida en el artículo 36 bis del proyecto a la idea de que los Miembros de una organización están en una situación particular con respecto a los tratados en los que ésta es parte. En realidad, los Miembros de una organización internacional gozan en los casos más graves (violencia o violación de una regla imperativa absoluta) de una fuerte protección que comparten con todos los Estados y con todas las organizaciones internacionales, ya que la nulidad se establece *erga omnes*, y esta protección debe considerarse suficiente en general.⁷²

Es decir, que en los casos de nulidad de un tratado en que una organización internacional es parte por violación de una norma imperativa de Derecho Internacional o por violencia, la nulidad puede ser demandada por todos los Estados y por todas las organizaciones internacionales, ya que es una nulidad que se establece *erga omnes*. En los otros casos de nulidad (error, dolo o corrupción), la nulidad —que es relativa— sólo puede ser invocada por la organización internacional afectada o por el Estado involucrado, si se trata de un acuerdo entre un Estado y una organización internacional.

27. Con respecto a la extinción por aparición de una norma de *jus cogens superveniens*, el régimen para los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales es, asimismo, igual que el previsto por el artículo 64 de la Convención de Viena para los tratados celebrados por escrito entre Estados. Nos remitiremos a todo lo dicho en los párrafos 8, 10, 12 y 13 del presente estudio, con especial referencia a la supervivencia de las consecuencias del tratado extinguido, por haber entrado en colisión con una norma superviniente de *jus cogens*.

72. Paul Reuter: Octavo Informe. A/CN.4/319, 1979.

28. Pero los efectos de la violación de una norma imperativa de Derecho Internacional, no pueden limitarse a la nulidad de los tratados. Es un error considerar hoy que el *jus cogens* es sólo un instituto que tiene únicamente como consecuencia la de limitar la libertad contractual de los Estados. Ya en 1957 Sir Gerald Fitzmaurice vislumbró la cuestión y señaló que: "There are cases in which overriding rules of *jus cogens* produce a situation of irreducible obligation and demand that illegal actions be ignored or not allowed to affect the obligations of other States".⁷³ Y en 1966, Ian Brownlie expresó al respecto: "Apart from the law of treaties the specific content of a norm of this kind (*jus cogens*) involves the irrelevance of protect, recognition and acquiescence: prescription cannot purge this type of illegality".^{73bis}

29. Si se entiende, en consecuencia, que el *jus cogens* no es solamente una limitación de la libertad contractual, sino que es un principio necesario, que se aplica, en lo pertinente, a todos los actos jurídicos, los actos unilaterales del Estado con efectos internacionales, que sean violatorios de una norma imperativa de Derecho Internacional, habrán de ser necesariamente afectados por esta circunstancia.

Con razón ha dicho R. Galindo Pohl:

La Comisión de Derecho Internacional estudió las consecuencias del *jus cogens* en el caso de los tratados. Silenciando las consecuencias en otras esferas, no negó éstas, sino que simplemente se abstuvo de considerarlas porque estaban fuera de su tema de estudio. Como la C. D. I. estudió sus efectos en los tratados, con frecuencia se han restringido sus efectos a la contratación internacional. Si bien esos efectos fueron los únicos que examinó la C. D. I., también los actos unilaterales con efectos internacionales pueden verse afectados por el *jus cogens*.⁷⁴

73. Sir Gerald Fitzmaurice: "The General Principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law". *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1957, II, 92, p. 122.

73bis. Ian Brownlie: *op cit.*, p. 418.

74. R. Galindo Pohl: *op. cit.*, pp. 207 y 208.

El *jus cogens* "no 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".⁷⁵ Esta expresión del embajador Yasseen, que fue presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Viena, permite situar correctamente la cuestión y de ella se deduce que no pueden circunscribirse hoy, como ya hemos afirmado, los efectos del *jus cogens* sólo a la nulidad de los tratados.

30. La doctrina ha entendido que los actos unilaterales de los Estados, violatorios del Derecho Internacional, pueden ser ineficaces, nulos e ilícitos, o mejor dicho, no oponibles a los demás Estados.⁷⁶ Si bien se ha sostenido con razón que "la validez de un acto unilateral no depende *prima facie* de otros actos jurídicos, en el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional", ello "no quiere decir que un acto unilateral sea *per se* y en todos los casos lícito y que no pueda ser declarado nulo".⁷⁷

La propia Corte Internacional de Justicia, en el caso Wimbledon, dijo: "En todo caso un reglamento de neutralidad no puede prevalecer sobre las disposiciones de un Tratado";⁷⁸ con lo que aceptó tácitamente que si hay oposición entre un tratado aplicable a la situación y un acto unilateral de un Estado, ese acto puede ser nulo o que, por lo menos, no produce efectos internacionales válidos.

75. Mustapha Kamil Yasseen: *Réflexions sur la détermination du jus cogens*. Société Française pour le Droit International. L'élaboration du Droit International. Pedone. París, 1974, p. 205.

76. Adolfo Miaja de la Muela: *Introducción al Derecho Internacional Público*, 4ª edición. Madrid, 1968, pp. 144-156; Adolfo Miaja de la Muela: "Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XX, 1967, p. 429; R. Mónaco: *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, 1969, p. 57; Erik Suy: *Les actes juridiques unilatéraux en Droit International Public*, 1962; Charles Rousseau: *Droit International Public*, t. I. París, 1970, p. 418.

77. Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I. Madrid, 1978, p. 148.

78. C.P.J.I.: Serie A, Nº 1, p. 29.

El acto unilateral no es autónomo desde el punto de vista internacional, en el sentido no sólo de que su nacimiento no depende ni ha estado sujeto al Derecho Internacional, sino además, porque sus efectos únicamente se producen en el momento en que entra en contacto con un acto, hecho o situación exterior, que es lo que permite fijar su significación y atribuirle un efecto jurídico determinado.⁷⁹ Es por ello, que cuando un acto unilateral viola el Derecho Internacional, no se llega a configurar una causa de nulidad sino más bien un caso de no oponibilidad internacional del acto unilateral violatorio del Derecho de Gentes.

Si esto es así, en caso de una violación genérica del Derecho Internacional, la conclusión ha de ser la misma cuando un acto unilateral está en contradicción con una norma de *jus cogens*. En tal caso es obvio que ese acto no habrá de producir efectos válidos desde el punto de vista jurídico internacional y la Corte Internacional de Justicia, que en su jurisprudencia ha examinado muchas veces los efectos y el valor internacionales de actos unilaterales de los Estados,⁸⁰ podrá así declararlo.

31. En cuanto a las resoluciones de las organizaciones internacionales violatorias de normas imperativas de Derecho Internacional, no hay ninguna razón para que no pueda aceptarse que también ellas son nulas.

Muchas veces se han planteado problemas de "constitucionalidad" o de "legalidad" de estas resoluciones,⁸¹ pero como

79. Charles de Visscher: *Problèmes d'interprétation judiciaire en Droit International Public*. París, 1963, p. 182.

80. Entre otros casos: "CPJI Affaire du vapeur Wimbledon, Serie A, N° 1"; "CIJ Affaire du temple de Préah Vihear, 1962"; "Affaire des Pêcheries, 1951"; "Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, 1959"; "Affaire relative au droit de passage sur territoire indien, 1960"; "Affaire des essais nucléaires, 1974".

81. Charles Rousseau: *Droit International Public*, cit., t. I, p. 436; Hans Kelsen: *The Law of the United Nations*. London, 1951; pp. 699, 703 y 704.

la Corte Internacional de Justicia lo ha expresado, ella carece "de poderes de control judicial o de apelación en lo que concierne a las decisiones tomadas por los órganos de las Naciones Unidas de que se trata" (la Asamblea general o el Consejo de Seguridad).⁸²

Esta afirmación, evidentemente cierta, no obsta para que pueda sostenerse que una resolución de un organismo internacional que viole los principios de no discriminación racial o de libre determinación de los pueblos, en cuanto casos de *jus cogens*, contiene un vicio intrínseco que afecta necesariamente su validez.

32. La violación de una norma imperativa de Derecho Internacional no sólo se proyecta en la cuestión de nulidad de los actos jurídicos. Tiene consecuencias también respecto de la responsabilidad internacional, en especial en el caso de la responsabilidad internacional de los Estados. El autor ha dicho en el párrafo 106 de su informe para las Naciones Unidas, ya anteriormente citado:

La violación por un Estado del derecho a la libre determinación de los pueblos constituye una causa de responsabilidad internacional. El incumplimiento por un Estado de una obligación derivada del reconocimiento por el Derecho Internacional del derecho de los pueblos a la libre determinación, en especial la violación del deber de no establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial, es un crimen internacional, precisamente calificado como tal, que origina una responsabilidad internacional sujeta a un régimen específico.

Las violaciones de los principios de no discriminación racial y de libre determinación de los pueblos tipifican, de acuerdo con la codificación en proceso que se sigue en la Comisión de Derecho Internacional, crímenes internacionales,

82. C. I. J.: *Recueil*, 1971; párrafo 89; p. 46.

es decir, actos ilícitos particularmente graves, diferenciables por ello de los delitos internacionales.⁸³

Pero acéptese o no la distinción entre crímenes y delitos internacionales a los efectos del régimen de responsabilidad internacional del Estado, lo que no puede dudarse es que la violación de una norma de *jus cogens* constituye un acto ilícito internacional, que, si se dan los demás extremos exigidos por el Derecho de Gentes, se traduce en la configuración de una responsabilidad internacional para el Estado que ha infringido esa norma imperativa de Derecho Internacional.

El Estado que viola los principios de no discriminación racial y de libre determinación de los pueblos podrá, en consecuencia, previa determinación de la existencia de todos los demás extremos requeridos, ser responsabilizados internacionalmente.

33. En el párrafo 107 de su informe para las Naciones Unidas, ya antes citado, el autor expresó:

Ciertos actos delictivos, particularmente graves, de los individuos, cometidos en una actividad cumplida en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos, para establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial y extranjera, deberían ser objeto de consideración por el Derecho Penal Internacional, y el día en que se elabore un código de estos delitos internacionales ser especialmente previstos. Deberá también regularse lo relativo a la jurisdicción a que tendrán que estar sometidos.

34. La cuestión de la responsabilidad penal internacional individual ha sido estudiada, con respecto a la discriminación racial, en el "Informe del Grupo Especial de Expertos en virtud de la Resolución 8 (XXVI) de la Comisión de De-

83. Ya hemos hecho referencia a los Informes del profesor Roberto Ago, sobre Responsabilidad Internacional y a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional al respecto. Nos remitimos a lo antes expresado.

rechos Humanos. Estudio sobre la cuestión del *apartheid* desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional".⁸⁴ El autor comparte los puntos de vista de este grupo de expertos, integrado por Ibrahim Boye (Senegal), Félix Ermacora (Austria), Branimir Jankovic (Yugoslavia), Luis Marchand-Stens (Perú) y Nahmud Nasser Rattansej (Tanzania), y estima que sus conclusiones pueden ser aplicadas no sólo a los casos de discriminación racial, sino también, *mutatis mutandi*, a ciertos actos individuales cumplidos como consecuencia de la violación del derecho a la libre determinación de los pueblos.

35. Es esta una materia que en parte puede conceptuarse de *lege lata*. En primer término, como consecuencia de la confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estado y por las sentencias del Tribunal de Núremberg por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En efecto, la Asamblea General confirmó estos principios en la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946. En la Resolución 177 (II), del 21 de noviembre de 1947, la Asamblea confió a la Comisión de Derecho Internacional la enunciación de los principios que había previamente confirmado. La Comisión presentó un texto con siete principios, el primero de los cuales decía:

Toda persona que cometa un acto que constituya delito de Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción.⁸⁵

La Asamblea general no llegó a votar sobre esta propuesta de la Comisión de Derecho Internacional. Pero este extremo no significa que los Principios de Núremberg no constituyan hoy normas vigentes y válidas de Derecho Internacional. Como ha dicho Castañeda: "El encargo a otro ór-

84. Documento E/CN.4/1.075, del 15 de febrero de 1972.

85. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1950; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2º Período de Sesiones, 1950, A/1.316, p. 11.

gano de formularlos no deroga ni resta autoridad a la confirmación previa de los principios de la Asamblea. El significado indudable que tiene la Resolución 95 (I) es que la Asamblea confirmó los principios del Estatuto y de las sentencias del Tribunal de Nüremberg, como expresión del Derecho Internacional".⁸⁶

En segundo lugar, porque la conclusión es la misma respecto de los casos en que el Derecho Internacional positivo ha aceptado la responsabilidad penal internacional de los individuos de manera expresa y especial.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, abierta a la firma y ratificación por la Resolución 260 (III) de la Asamblea General,⁸⁷ dispone en su artículo IV:

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Esta Convención no hace más que reiterar, precisar y concretar el principio afirmado anteriormente por la Resolución 95 (I), que declaró que "el genocidio es un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deben ser castigados...". Esta Resolución, así como las Resoluciones 180 (II) y 260 (III), son "declarativas de principios jurídicos, que son expresión del Derecho Internacional", como la Corte Internacional de Justicia lo reconoció en su opinión consultiva del 28 de mayo de 1951.⁸⁸

86. Jorge Castañeda: *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*. El Colegio de México, 1967; p. 198; cfr. Lino Di Qual: *Les Effets des Resolutions des Nations Unies*. París, 1967; pp. 243-247.

87. Nicodime Ruhashyankiko: *Estudio sobre la cuestión de la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, E/CN.4/Sub.2/L.623, cap. II.2 (El principio de la responsabilidad penal individual), párrafos 125-134.

88. Jorge Castañeda: *op. cit.*, p. 199.

Y la Convención Internacional sobre la Eliminación y la Represión del Crimen de "Apartheid", adoptada y abierta a la firma y a la ratificación por la Asamblea General en su Resolución 3.068 (XXVIII), dispone en su artículo III:

Sont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'Etat, qu'ils résident sur le territoire de l'Etat dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre Etat, qui: a) Commettent les actes mentionnés à l'article II de la présente Convention, participent à ces actes, les inspirent directement ou conspirent à leur perpétration; b) Favorisent ou encouragent directement le perpétration du crime d'apartheid ou y coopèrent directement.

Por lo demás, el "apartheid" ha sido declarado por la Asamblea General como crimen contra la Humanidad en reiteradas resoluciones,⁸⁹ que por su naturaleza producen ple-nos efectos jurídicos generales. Y el Consejo de Seguridad, en la Resolución 392 (1976), adoptada por unanimidad, reafirmó "que la política de «apartheid» es un crimen contra la conciencia y la dignidad de la Humanidad y perturba seriamente la paz y la seguridad internacionales".

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad, adoptada y abierta a la firma, a la ratificación y a la adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2.391 (XXXIII), del 26 de noviembre de 1968, hace imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que han sido cometidos:

...los actos inhumanos resultado de la política del "apartheid", así como el crimen de genocidio, tal como está definido en la Convención de 1948 para la prevención y la represión del cri-

89. La lista de estas resoluciones se encuentra en: Hernán Santa Cruz: *La Discriminación Racial*. Estudio Revisado, 1976. Nueva York, 1977, S.76.XIV.2, p. 232.

men de genocidio, aunque esos actos no constituyan una violación del derecho interno del país en el que se han cometido (artículo 1).

Como la discriminación racial lleva al "apartheid" y éste contiene el germen del genocidio, debe concluirse que los autores de actos delictivos cometidos por aplicación de una política de discriminación racial son penal e individualmente responsables según el Derecho Internacional vigente.

Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que la Asamblea General no haya adoptado aún el Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, preparado en 1954 por la Comisión de Derecho Internacional,⁹⁰ ni se haya establecido el Tribunal cuya creación fue encarada en 1951 y 1953 por las Naciones Unidas,⁹¹ ya que los casos de genocidio y de "apartheid", tipos penales derivados de la discriminación racial, han sido expresamente tipificados como delitos por el Derecho Internacional vigente.

36. En cambio, no existe norma expresa que configure internacionalmente una responsabilidad penal individual para los individuos que cometen ciertos actos, particularmente graves, como consecuencia de la aplicación de una política dirigida a impedir el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. Esta cuestión deberá ser encarada por la Comunidad Internacional, como aconsejamos en el párrafo 270 de nuestro informe, tantas veces citado ya.⁹²

90. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 6º Período de Sesiones, 1954, A/2.693.

91. En 1950 y en 1952, la Asamblea General creó dos Comisiones de Jurisdicción Penal Internacional, con diferentes integraciones, para preparar el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional. Los Informes de las dos Comisiones (A/2.136 y A/2.645) fueron considerados por la Asamblea General en 1951 y 1953, sin que se adoptara ninguna decisión final.

92. *El Derecho a la Libre Determinación*. Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas, S.79.XIV.5, párrafo 270: "Es necesario llegar a configurar, mediante la adopción de los instrumentos convencionales pertinentes, la responsabilidad penal internacional de los individuos que cometen actos delictivos de particularísima gravedad, que deberán

VI

37. Corresponde ahora entrar a la parte más difícil y novedosa de este estudio, a la exploración preliminar de la cuestión de si la infracción grave y sistemática de los principios de no discriminación racial y de la libre determinación de los pueblos, en cuanto casos de normas imperativas de Derecho Internacional (*jus cogens*), afecta la legitimidad, considerada desde el punto de vista internacional, de los Estados que han ejecutado una política sistemática de violación de estas normas imperativas de Derecho Internacional.

La cuestión fue encarada por la Resolución 12 (XXXV), del 6 de marzo de 1979, de la Comisión de Derechos Humanos, adoptada por 23 votos contra 3 y 6 abstenciones, que recomendó al Consejo Económico y Social que pidiera a la Asamblea General:

- (iv) To arrange for a study to be made of the South African Government's legitimacy in view of its policy of *apartheid* and in particular its systematic refuse to apply the principles of the Charter of the United Nations, of international law and of the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, and then to draw from that study all appropriate conclusions of law and of fact.

Sólo hemos de efectuar una exploración preliminar de la cuestión, ya que se trata de un enfoque novedoso, prácticamente inédito hasta hoy.

38. Si la Comunidad Internacional existe como tal como sinónimo de la Humanidad en sentido jurídico, y se puede

en el futuro ser tipificados como tales por el derecho internacional, resultantes de violaciones del derecho a la libre determinación de los pueblos, dirigidas a establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial o extranjera".

conceptuar que es hoy un verdadero sujeto de Derecho Internacional,⁹³ debe aceptarse, como ya lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de la "Barcelona Traction", que los Estados tienen obligaciones respecto de esta Comunidad Internacional y que estas obligaciones existen *erga omnes*.⁹⁴

Si los Estados tienen obligaciones respecto de la Comunidad Internacional, es obvio que, correlativamente, la Comunidad Internacional posee derechos con referencia a los Estados que la integran.

Y si los Estados violan esas obligaciones, particularmente aquellas que se derivan de "normas imperativas de Derecho Internacional", aceptadas y reconocidas por la "Comunidad Internacional de Estados en su conjunto", y que han adquirido una relevancia particular y una singular significación porque son la traducción normativa de los valores esenciales y básicos de la Comunidad Internacional, en un determinado momento de su evolución histórica, incurren en una situación de ilicitud frente al orden jurídico general de esa Comunidad Internacional, que por virtud de los derechos que posee respecto de los Estados que la integran podrá, al extraer las consecuencias que se derivan de la situación ilícita en que se hallan estos Estados, actuar en la forma requerida por la existencia de tal situación.

39. El *jus cogens* de la Comunidad Internacional, que en cierta forma puede ser considerado como la proyección normativa del bien común universal,⁹⁵ incide necesariamente en

93. Héctor Gros Espiell: *El Derecho de todos los hombres a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad*. Estudio preparado para la UNESCO. Coloquio de México, 12-15 agosto, 1980; Mohammed Bedjaoui: *Pour un nouvel ordre économique International*. UNESCO. París, 1979 (*Un nouveau droit de l'humanité: L'humanité nouveau sujet du Droit International*, pp. 243-247).

94. C.I.J.: *Arrêt*, du 5 février, 1970, p. 32.

95. Sobre la noción del bien común aplicado a la Comunidad Internacional, Suzanne Bastid: "Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales". *L'évolution du Droit Public*. Etudes offertes à Achille Mestre. Sirey. París, 1956, pp. 43-51;

la cuestión de la legitimidad internacional de los Estados que integran esa Comunidad.

Un Estado que viola sistemática y reiteradamente el *jus cogens*, es decir, los supuestos básicos que la Humanidad afirma para su existencia, se está colocando en una situación de ilicitud global que afecta la cuestión de su legitimidad internacional. Ese Estado, en efecto, estaría constituido en base a un sistema de valores incompatible con aquellos aceptados por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto y absolutamente inconciliables con el bien común de la Humanidad.

Todas estas ideas se refieren al caso de violación de normas imperativas de Derecho Internacional, normas que, por esencia, son universales en cuanto tienen que haber sido aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto. No puede pretenderse que una organización regional quiera aplicar a un Estado de la región los criterios que aquí afirmamos como posibles, cuando se refieren a la Comunidad Internacional universal.

40. La violación por ciertos Estados de los principios de la no discriminación racial y del derecho a la libre determinación de los pueblos, es decir, de normas imperativas de Derecho Internacional general, ha sido denunciada reiteradamente como ilegal por todos los órganos competentes de las Naciones Unidas, en especial, por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad. Cuando se comprueba la ilegalidad de una situación por el órgano competente para determinarla, esa comprobación tiene necesariamente que producir consecuencias jurídicas. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia: "Quand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale,

René Jean Dupuy: "L'Organisation Internationale et l'expression de la volonté générale". *Revue Générale de Droit International Public*, 1957, N° 4, p. 2.

cette constatation ne peut rester sans conséquence".⁹⁶ Ya en 1951 la Corte, luego de haber comprobado que una determinada situación era contraria a una regla de Derecho Internacional, había dicho: "Cette décision entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière".⁹⁷

41. La comprobación de la situación de ilegalidad esencial en que se encontrarían ciertos Estados por haber violado normas imperativas de Derecho Internacional, ¿podría traducirse en la declaración de la ilegitimidad internacional de esos Estados?

Nada obsta para que la Asamblea General de las Naciones Unidas, actuando como portavoz de la Comunidad Internacional, proclame que, en virtud de la violación sistemática del *jus cogens* en cuanto a la infracción de la no discriminación racial o del derecho de los pueblos a la libre determinación, un Estado se ha colocado en una situación de ilegitimidad internacional.

El concepto de ilegitimidad internacional es, en cierta forma, nuevo. Sin embargo, hay que precisar que aunque este concepto es novedoso para el Derecho Internacional contemporáneo, fue utilizado en otras épocas y que en situaciones históricas pretéritas esta idea fue concebida y aplicada. La aceptación de que es posible declarar la ilegitimidad internacional de un Estado, implica necesariamente la admisión de varios supuestos.

Supone, en efecto, el reconocimiento del ser de la Comunidad Internacional de la Humanidad, como sujeto de Derecho Internacional y la necesaria existencia de normas imperativas de Derecho Internacional. En efecto, sólo si se ha llegado a un grado de desarrollo del Derecho de Gentes en el cual se da una Comunidad Internacional, que ha superado la etapa en que era nada más que una suma de Estados, para

96. C.I.J.: Opinión consultiva, del 21 de junio de 1971. *Recueil*, 1971; párrafo 117, p. 54.

97. C.I.J.: *Recueil*, 1951, p. 82.

devenir un sujeto de Derecho titular de deberes y de derechos e institucionalización del bien común universal, es posible plantear el problema de la ilegitimidad internacional de los Estados que violan sistemática y gravemente los supuestos esenciales de esa Comunidad, cuya traducción normativa es el *jus cogens*. No se trata del caso tipificado por la infracción por un Estado de una simple norma de Derecho Internacional, situación considerada tradicionalmente por el Derecho de Gentes, que, para encararla y resolverla, elaboró todo un sistema que el Derecho Internacional clásico sistematizó en instituciones y principios todavía hoy plenamente válidos. El caso es diferente. Es el que se presenta cuando por haber violado sistemática, reiterada y gravemente el *jus cogens*, un Estado se coloca prácticamente fuera del sistema de valores fundamentales que constituyen la esencia misma de la Comunidad Internacional, de su existencia actual y de su supervivencia misma.

En la etapa actual de desarrollo del Derecho Internacional, no puede ya considerarse que la legitimidad internacional de un Estado deriva sólo de su existencia política, ni de los supuestos internos en virtud de los que un Estado se ha constituido como tal. Hoy el enfoque puede y debe ser otro, ya que los Estados, en cuanto sujetos de Derecho Internacional, forman parte e integran una Comunidad, respecto de la cual tienen deberes ineludibles e irrenunciables y que condicionan, mediante su propio *jus cogens*, la legitimidad de la actuación de los Estados en esa Comunidad. Y ha de ser la Asamblea General de las Naciones Unidas, el órgano más representativo de la Comunidad Internacional, el único verdaderamente universal, el que habrá de poder efectuar un reconocimiento declarativo de esa ilegitimidad en que, por sus propios actos, se ha colocado un Estado.

42. Naturalmente estas ideas todavía novedosas en nuestro actual Derecho Internacional, no han de ser aceptadas sin discusión. Pero fundadas en los conceptos de Comunidad Internacional y de *jus cogens*, constituyen criterios, abiertos

ahora al debate y a la crítica, que pueden provocar fecundas consecuencias renovadoras y resultados prácticos de innegable importancia.

Sin embargo, es preciso señalar que la cuestión es sumamente delicada y que para evitar aplicaciones apresuradas y peligrosas, requiere un análisis objetivo y sereno y que su eventual aplicación se haga en base a "standards" generales y no discriminatorios.

43. ¿Cuáles podrán ser las consecuencias de la declaración de ilegitimidad internacional de un Estado que viola reiterada y sistemáticamente el *jus cogens*?

Las consecuencias pueden ser múltiples y diversas. Enumeraremos sólo algunas, que habremos de considerar únicamente a título de ejemplo.

44. En primer lugar, un Estado Miembro de las Naciones Unidas que se encuentra en esta situación de ilegitimidad, podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad, ya que no hay duda de que ese Estado ha "violado repetidamente los Principios contenidos en la Carta" (Artículo 6). La decisión de expulsión es una decisión política, podrá o no ser adoptada según sea o no conveniente, de acuerdo con la apreciación de los dos órganos que deben intervenir, pero lo que nos interesa señalar es que respecto del Estado expulsado —que ya no será Miembro—, "la Organización deberá hacer lo necesario para que se conduzca de acuerdo con los Principios de la Carta, en la medida necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales" (Art. 3, 6). Por lo demás, es evidente que los tratados que el Estado expulsado celebre y los actos unilaterales que emita en violación del *jus cogens*, serán nulos, aunque ya no sea Miembro de las Naciones Unidas, porque la nulidad de estos tratados no depende de que sus Partes sean o no Miembros de las Naciones Unidas ni tampoco de la hipótesis extrema de que no sea Parte en la Convención de Viena (véase párrafo 23 *ut supra*).

45. En segundo término, la ilegitimidad internacional de un Estado habrá de traducirse en el no reconocimiento de ese Estado por la Comunidad Internacional y por los demás Estados, y en el no reconocimiento de las consecuencias de la acción internacional de ese Estado.

El instituto del no reconocimiento de un Estado que ha nacido en violación del Derecho Internacional no es desconocido en el Derecho de Gentes.⁹⁸ Ha sido aplicado esencialmente al caso de los nuevos Estados, planteado difícilísimos problemas respecto de su naturaleza —constitutiva o declarativa—, que nos interesa ahora analizar en función del presente estudio. Sólo queremos señalar que el no reconocimiento de un Estado puede ser hoy encarado como una competencia natural de la Comunidad Internacional al llegar a un determinado grado de su evolución y perfeccionamiento. Como ha dicho Blix, estudiando una de las situaciones en que se aplicó el no reconocimiento, el caso del Manchukuo: "El no reconocimiento fue la respuesta de la Comunidad Internacional".⁹⁹ Nada obsta para que el no reconocimiento se aplique, no sólo al caso de un Estado que nace en violación del Derecho Internacional, sino también al de un Estado ya existente que, como consecuencia de la violación sistemática, grave y constante de normas de *jus cogens*, ha sido considerado internacionalmente ilegítimo. Es más, podría decirse que el no reconocimiento de ese Estado es la consecuencia natural, obvia y necesaria de su ilegitimidad internacional. Sir Gerald Fitzmaurice relacionó ya en 1957, en su curso en la Academia de Derecho Internacional, los conceptos de "no reconocimiento" y de *jus cogens*. Estudiando en el párrafo 73 el tema "Does International Law ever validate an illegality?", dijo: "Secondly there are cases in which overriding rules of *jus cogens* produce a situation of irreducible obligation and demand that illegal actions be ignored or not allowed to affect the

98. Hans Blix: "Contemporary Aspects of Recognition". *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1970; vol. 130, p. 657.

99. Hans Blix: *op. cit.*, pp. 659-677.

obligations of other States".¹⁰⁰ Esta relación entre las instituciones del "no reconocimiento" de una situación y el *jus cogens*, vislumbrado ya por Fitzmaurice, abre ahora nuevas perspectivas que deben explorarse, teniendo en cuenta, sin embargo, que la situación de ilegitimidad internacional del Estado y de su no reconocimiento, no puede ni debe afectar la aplicación de los convenios humanitarios ni de otras normas internacionales destinadas a proteger a su propia población o a otros grupos humanos afectados o involucrados en esa situación.¹⁰¹

46. Pero no se trata únicamente del no reconocimiento del Estado internacionalmente ilegítimo. Debe también considerarse el no reconocimiento de ciertas consecuencias internacionales de las acciones que un Estado internacionalmente ilegítimo haya podido realizar. Tampoco este enfoque es inédito, dado que el Derecho Internacional conoce perfectamente la cuestión del no reconocimiento de situaciones expresamente calificadas, como pueden ser, por ejemplo, las adquisiciones territoriales que han sido la consecuencia de una agresión. El no reconocimiento de la ilegal ocupación de Namibia, cuestión que se ha proyectado en múltiples situaciones de tipo político, económico (apropiación de recursos naturales), financiero (inversiones extranjeras), etc., y el no reconocimiento de la situación internacional existente en Rhodesia durante largos años, como consecuencia de la declaración ilegal de su independencia de manera unilateral contra los intereses y los derechos del pueblo de Zimbabwé,¹⁰² son ejemplos de situaciones análogas, que pueden aplicarse al caso del no reconocimiento de las consecuencias de la acción de un Estado internacionalmente ilegítimo.

100. Sir Gerald Fitzmaurice: *op. cit.*, p. 122.

101. Sir Gerald Fitzmaurice: *op. cit.*, p. 125.

102. Véase, por ejemplo, Hans Blix: "Contemporary Aspects of Recognition". *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1970; vol. 130, p. 657, y Sir Gerald Fitzmaurice: *op. cit.*, cap. II.

47. Cuando la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva del 21 de junio de 1971, analizó las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua del Africa del Sur en Namibia, no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, extrajo corolarios de fundamental importancia del "no reconocimiento de la presencia del Africa del Sur en Namibia".¹⁰³ Estas conclusiones fundadas en la aplicación del instituto del no reconocimiento de las consecuencias de una situación internacional ilegal, calificada como tal por el órgano competente de las Naciones Unidas, son perfectamente aplicables a todos los casos en que un Estado, por violación de las normas imperativas del Derecho Internacional sobre no discriminación racial y libre determinación de los pueblos, pueda llegar a ser calificado como internacionalmente ilegítimo. La Corte, analizando la situación respecto de Namibia, con referencia tanto a los Estados Miembros, como a los no Miembros de las Naciones Unidas, dijo en los párrafos 123 y 126 de su opinión consultiva:

Conformément au devoir de non-reconnaissance imposé par les paragraphes 2 et 5 de la Résolution 276 (1970), les Etats Membres doivent s'abstenir d'accréditer auprès de l'Afrique du Sud des missions diplomatiques ou des missions spéciales dont la juridiction s'étendrait au territoire de la Namibie; ils doivent en outre s'abstenir d'envoyer des agents consulaires en Namibie et rappeler ceux qui s'y trouvent déjà. Ils doivent également signifier aux autorités sud-africaines qu'en entretenant des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Afrique du Sud ils n'entendent pas reconnaître par là son autorité sur la Namibie.

Pour ce qui est des Etats non Membres, et bien que ces Etats ne soient pas liés par les articles 24 et 25 de la Charte, les paragraphes 2 et 5 de la Résolution 276 (1970) les invitent à s'associer à l'action des Nations Unies concernant la Namibie. De l'avis de la Cour, la cessation du mandat et la déclaration de

103. C.I.J.: *Recueil*, 1971, p. 55.

l'illégalité de la présence sudafricaine en Namibie sont opposables à tous les Etats, en ce sens qu'elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international; en particulier aucun Etat qui établit avec l'Afrique du Sud des relations concernant la Namibie, ne peut escompter que l'Organisation des Nations Unies ou ses Membres reconnaîtront la validité ou les effets de ces relations ou les conséquences qui en découlent. Des lors qu'il a été mis fin au mandat par décision de l'Organisation Internationale chargée du pouvoir de surveillance à son égard et que le maintien de la présence sudafricaine en Namibie a été déclaré illégal, il appartient aux Etats non Membres d'agir conformément à ces décisions.¹⁰⁴

48. En tercer término, la ilegitimidad internacional de un Estado, al ser declarada por la Comunidad, se habrá de proyectar obligatoriamente en una serie de consecuencias ineludibles respecto de las relaciones de los restantes Estados con el Estado en cuestión. Ningún Estado podrá mantener relaciones diplomáticas, consulares, económicas ni de ninguna otra índole con un Estado declarado internacionalmente ilegítimo. También en este caso podrán aplicarse analógicamente las conclusiones de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 21 de junio de 1971.

49. En cuarto y último lugar, la declaración de ilegitimidad internacional de un Estado puede llegar a fundar la acción del Consejo de Seguridad y, eventualmente, de la Asamblea General, en el caso de que decidiera actuar, considerando todas las circunstancias del caso, de acuerdo con lo previsto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (arts. 39-50). El ejercicio de la acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad podrá traer como consecuencia la suspensión de la calidad de miembro de ese Estado, por la decisión de la Asamblea a recomendación del Consejo (art. 5).

104. C.I.J.: *Recueil*, 1971, pp. 55 y 57.

VII

50. En la necesaria lucha contra la discriminación racial y la denegación del derecho a la libre determinación de los pueblos, el análisis de todas las consecuencias de la admisión del instituto del *jus cogens* puede tener una gran importancia práctica y política.

La aceptación de que la no discriminación racial y el derecho de los pueblos a la libre determinación son casos de normas imperativas de Derecho Internacional, se traduce en resultados jurídicos de enorme trascendencia y en conclusiones que deben ser utilizadas como armas de la comunidad internacional contra el racismo y el colonialismo.

Este estudio constituye un análisis preliminar de esas cuestiones. Su único mérito es el de ser un intento de encararlas de manera global y sistemática. El autor sólo desea que su modesto esfuerzo pueda constituir un aporte para esclarecer la consideración del tema.