

## IUS COGENS Y IUS NATURALE

1. La pareja de términos que hoy nos es habitual, *ius cogens-ius dispositivum*, no la conocieron, con esta terminología, los romanos. Del derecho romano suele citarse tan sólo un texto, por ventura el único, en que el *ius cogens*, aunque en caso oblicuo, aparece del modo siguiente:

*"Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur"* (Dig. 39.5).

Es una sentencia, a lo que se dice, de Papiniano, y lo único que se hace en ella es caracterizar lo más típico del contrato de donación, o sea la ausencia de toda norma compulsoria para determinar la voluntad del donante; pero ni por asomo se pretende describir un complejo normativo que llevaría la denominación de *ius cogens*.

Con todo ello, los romanos conocieron bien el *ius cogens*, sólo que la pareja conceptual antedicha, *ius cogens-ius dispositivum*, la expresaron ellos en la siguiente: *ius publicum-ius privatum*. La coincidencia no es exacta por completo, por cuanto que en el mismo derecho privado interfieren a menudo normas de derecho público, pero el paralelo puede aceptarse en lo sustancial.

El *ius publicum*, en efecto, no puede en ningún caso derogarse o modificarse por voluntad de los particulares. Es lo que expresan máximas romanistas como las siguientes:

*"Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Privatorum conventio iuri publico non derogat"*.

A las vueltas del tiempo, estos principios o máximas pasaron al derecho positivo de todos los Estados de tradición romanista, siendo ejemplar, a este respecto, el artículo 6 del Código Napoleón:

*"On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"*.

De este modo, las leyes prohibitivas y de interés público, como dice el Código Civil mexicano, constituyen hasta hoy el *ius cogens* en el derecho interno de todos los Estados, de aquellos por lo menos de mentalidad jurídica occidental.

En cuanto al término mismo de *ius cogens*, con su correlativo de *ius dispositivum*, parece haber sido introducido por los pandectistas (Glück y Windscheid principalmente), los cuales traducen aquellos nombres, en

su lengua vernácula, por *zwingendes und nachgiebiges Recht*. El primero es de cumplimiento inexorable, en tanto que el segundo no es sino derecho supletivo de la voluntad de las partes, la cual es, en realidad, la última instancia decisoria.

2. Mientras que todo esto ocurría en el derecho interno, ¿qué pasaba con el derecho internacional?

En el *ius gentium* clásico —*ius inter gentes*, mejor dicho— el que nace con Vitoria y con Grocio, hay, seguramente, un *ius cogens*, sólo que, en ausencia del legislador que no existe, por definición, en el campo de las relaciones internacionales, es el *ius naturale* el que asume, en aquellas circunstancias históricas, la función del *ius cogens*.

Vitoria, en efecto, declara que el *ius inter gentes* o es derecho natural, o se deriva del derecho natural: “*vel est ius naturale, vel derivatur a iure naturali*”. Al derecho natural pertenece, desde luego, el *ius naturalis societatis et communicationis*, que para Vitoria es, en la *Relectio de Indis prior*, la piedra angular sobre la que edifica el nuevo derecho de gentes.

Este podría ser el *ius cogens naturale*, al que se añade, en la *Relectio de potestate civili*, el *ius cogens positivum*, el que resulta de la decisión de la comunidad internacional (*totus orbis*). Esta decisión, en efecto, tiene, para Vitoria, fuerza de ley: *habet vim legis*. El *totus orbis* de Vitoria es el más remoto antecedente de “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, la cual, según la convención de Viena sobre el derecho de los tratados (artículo 53) debe intervenir para sancionar una norma imperativa (*ius cogens*).

Grocio, a su vez, habla de un *ius necessarium*, que para él es sinónimo de *ius naturale*, y que está por encima del arbitrio humano, por oposición al *ius voluntarium*, el cual, como su nombre lo indica, expresa la libre determinación de los Estados en su vida de relación. En particular, Grocio reduce inequívocamente al derecho natural el principio *pacta sunt servanda*, norma suprema de la conducta internacional: *cum iuris naturae sit stare pactis*.

Esta supremacía, esta verticalidad, pudiéramos decir, del *ius naturale* sobre el *ius positivum*, se mantiene, sin oposición alguna, hasta bien entrado el siglo XIX. Su último gran exponente, en derecho internacional, fue el jurista suizo Emer de Vattel, cuya filiación iusnaturalista acúsase inequívocamente desde el título de su obra: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Para Vattel también, como para Grocio, hay un “derecho de gentes necesario”, cuya naturaleza la expresa Vattel de la manera siguiente:

“Desde el momento en que este derecho es inmutable, y la obligación

que impone necesaria e indispensable, las naciones no pueden hacer en él ningún cambio por sus convenciones, ni eximirse de él ellas mismas o entre sí." (Vattel, "Preliminaires", *op. cit.*, *supra*, pars. 8 y 9.)

Vattel escribía esto a mediados del siglo XVIII (1748), y por más de un siglo aún, señoreó por completo el pensamiento jurídico. La Revolución francesa, contra lo que pudiera creerse a primera vista, no significó en esto la menor ruptura. Al derecho natural teológico había sucedido, es verdad, el derecho natural inmanente al hombre y a la razón humana —la *lex rationis* en lugar de la *lex Dei*— pero con menor fuerza impositiva. En un tris estuvo que el Código Napoleón no empezara con el siguiente artículo:

"Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, y que no es sino la razón natural en cuanto que gobierna a todos los hombres."

El *ius naturale* fue así, en conclusión, un *ius cogens*, aunque sin esta denominación: un conjunto de normas de cumplimiento inexorable y, por ende, inderogables e inmodificables por convenios particulares, ni más ni menos que el actual *ius cogens* de la convención de Viena.

3. El gran auge de las ciencias naturales en el curso del siglo XIX, y el empleo exclusivo, por consiguiente, del método experimental, creó un clima propicio a la instauración de la filosofía positiva, la cual trasbordó, como era natural, al campo del derecho.

En el campo de las relaciones internacionales, como tenía que ser, no se reconocieron en adelante otras normas jurídicas fuera de aquellas expresamente creadas y aceptadas por la voluntad de los Estados en sus relaciones. No se habló más, mientras el positivismo mantuvo su apogeo, de normas superiores a la voluntad del Estado, la cual podía a su arbitrio crear o derogar cualesquiera ordenamientos. Exceptuábase a lo más el principio o norma *pacta sunt servanda*, y no tanto por considerarla de rango superior, sino por la imposibilidad lógica y material de su derogación. Si por hipótesis, en efecto, se estipulara entre los Estados el principio contrario, *pacta non sunt servanda*, habría que comenzar por el tratado que contuviera dicha estipulación, el cual, por lo mismo, no debería aplicarse, y por lo mismo también, todos los demás continuarían en vigor. Con todas las demás normas no había dificultad alguna. Entre los Estados no había otros vínculos que los contractuales, al arbitrio libérrimo de las partes. Y como para poner mayor énfasis aún en la supremacía de la voluntad estatal, el derecho internacional fue designado como un derecho de coordinación (algo así como los estatutos de un club) al lado del derecho interno, concebido como derecho de subordinación.

No por esto, sin embargo —hay que decirlo por un deber de justicia—,

se aceptó jamás que pudiera ser válido un tratado *contra bonos mores*, contra la moral internacional prevalente en cada circunstancia histórica. El positivismo, empero, tenía a todo una respuesta, y la encontramos, por ejemplo, en Dionisio Anzilotti, el príncipe del positivismo jurídico, quien reconoce de buen grado que un tratado internacional puede ser nulo por la ilicitud moral de su objeto, pero por esta razón: "porque los preceptos de la ética adquieren relevancia jurídica en la medida en que son asumidos expresa o tácitamente por el derecho". Por el derecho positivo, se entiende, ya que para el positivismo, como dice Bergbohm, el término "derecho positivo" es un término pleonástico.

Sea de ello lo que fuere, y colocándonos esta vez en un terreno puramente histórico o sociológico, lo que en realidad pasaba, en la Europa del siglo XIX, era que podía dispensarse cómodamente de una metafísica iusnaturalista, porque entre los pueblos europeos estaba vigente una representación de valores comunes que llenaban satisfactoriamente la función del antiguo derecho natural, y de cuyo reconocimiento resultaba una segura estabilidad en las relaciones internacionales. Con los pueblos extraeuropeos, con los del continente africano sobre todo, otros eran los patrones, de sujeción y vasallaje esta vez, pero entre los pueblos del viejo continente imperaban normas de respeto recíproco, para cuya vigencia no había necesidad de apelar a ninguna instancia superior al derecho positivo.

Salvo el intermedio de la Primera Guerra Mundial, la situación descrita se mantuvo más o menos idéntica hasta la Segunda Guerra Mundial, cuando cambió del todo, y no en función de las hostilidades, sino por obra del régimen nacionalsocialista. Cuando, en efecto, los juristas al servicio de la dictadura proclaman como norma suprema (*Grundnorm*) la siguiente: "La voluntad del *Führer* es creadora de derecho", y esta voluntad se traduce en los campos de concentración, de exterminio mejor dicho, impónese, con evidencia fulgurante, la convicción de que el derecho positivo no puede ser la última palabra, sino que puede y debe enjuiciarse a la luz de otras normas o criterios, llámense derecho natural, estimativa jurídica o como se quiera.

Nada tuvo de extraño, por consiguiente, que al término de la Segunda Guerra Mundial, y en Alemania precisamente, como también en Austria, haya tenido lugar el renacimiento del derecho natural, como es patente, entre otros, en Radbruch y en Verdross.

4. Un proceso análogo hízose sentir, aunque con mayor lentitud, en derecho internacional, y particularmente en el derecho de los tratados.

La práctica habitual, lo hemos dicho ya, era la absoluta libertad de contratación. Con arreglo a ella, y aun con respecto a un tratado que estableciera normas de derecho internacional general, podían las partes

derogar entre ellas estas normas en un tratado particular o restringido. Al igual que el derecho internacional en su conjunto, el derecho de los tratados era también, en su totalidad, *ius dispositivum*. Así lo estipulaba expresamente la Convención sobre Tratados suscrita en La Habana (1928) entre los Estados del continente americano, en el siguiente artículo:

“Artículo 18. Dos o más Estados pueden convenir en que sus relaciones se rijan por otras reglas que no sean las establecidas en convenciones generales celebradas por ellos mismos con otros Estados.”

Era, como se ve, la consagración del voluntarismo más absoluto; o si preferimos ponerlo de otro modo, la ratificación de un orden jurídico de completa horizontalidad, donde todas las normas tienen el mismo rango, y pueden ser indiferentemente abrogadas por convenios generales, particulares o, inclusive, bilaterales.

Frente al texto de la Habana se yergue hoy, bajo el epígrafe de “*ius cogens*”, el texto siguiente, adoptado en 1969, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad 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.

No es éste el lugar de hacer una exégesis del texto transcrito, sino de preguntarnos simplemente si este artículo responde a la concepción iusnaturalista o, por el contrario, positivista, del *ius cogens*.

Ya en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, de donde salió, en lo sustancial, el precitado artículo, se discutió largamente si las normas imperativas, sobre cuya adopción estaban todos de acuerdo, eran de derecho natural o de derecho positivo. Hubo quienes creyeron ver en el *ius cogens* una resurrección del derecho natural, en tanto que otros, y aunque con el mismo entusiasmo por la nueva institución, no pensaban que hubiera de excederse el derecho positivo para tener de su origen una explicación satisfactoria. Y una y otra interpretación eran igualmente plausibles, toda vez que en el proyecto de la CDI no se definía de ninguna manera la esencia o carácter de una norma imperativa, ni tampoco se ofrecían ejemplos concretos de tales normas.

Tal como salió el proyecto de la comisión de derecho internacional

para ser sometido a la consideración de la conferencia de Viena, el texto que luego pasó a ser el artículo 53 de la convención, despedía de sí —por lo menos así lo decían los positivistas— cierto tufillo iusnaturalista, por cuanto que, al no definirse ni por asomo la esencia o el origen de las normas imperativas, parecía como si tuvieran un origen arcano, que no podría ser sino, para decirlo con Géný, el “irreductible” derecho natural.

Fue por esto por lo que, para obviar a estos recelos, se acordó en la conferencia de Viena introducir una adición al texto de la CDI, al efecto de declarar que “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...”.

5. Con este nuevo texto, el positivismo pudo clamar victoria, pero la cuestión está muy lejos de haber sido resuelta.

La aceptación y reconocimiento, en efecto, son operaciones muy distintas de la creación, y más bien presuponen algo preexistente, lo que se reconoce y acepta. De modo, pues, que las normas imperativas bien pudieran ser de derecho natural, sólo que, para imponerse en la práctica, tienen que pasar por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Lo que lograron los positivistas, eso sí, fue que las normas imperativas, sea cual fuere su origen, han de ser positivizadas por la aceptación y reconocimiento de los Estados, para poder entrar en circulación, pero no por esto se ha resuelto la cuestión del origen último de tales normas. La discusión podrá ser interminable, porque de una y otra parte podrá pretenderse, con visos de verosimilitud, esto o lo otro.

Lo que yo creo, si puedo echar en esto mi cuarto a espadas, es que, desde el punto de vista práctico, no tiene la menor importancia el proceso generativo de las normas imperativas, porque al jurista práctico le bastará con comprobar que detrás de una norma de tal índole está la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional. Desde el punto de vista filosófico, en cambio, el problema es de lo más apasionante.

En el estado actual de mi meditación sobre este punto, yo diría que hay dos especies de *ius cogens*: un *ius cogens naturale*, aunque positivizado, si ha de entrar en circulación, y un *ius cogens positivum*, positivo de origen, en tanto que el primero es positivo por incorporación al *corpus iuris positivum*.

En ciertos casos podrá ser difícil el deslinde entre una y otra de las dos especies sobredichas; en otros, por el contrario, de lo más fácil. La prohibición de la esclavitud, del genocidio, por ejemplo, son, con toda

evidencia, normas *iuris cogentis naturalis*, mientras que la actual condición de los fondos marinos, que han sido declarados patrimonio común de la humanidad, es, a mi parecer, *ius cogens positivum*, que ha nacido por un acto constitutivo de la comunidad internacional, y no meramente declarativo, como en el *ius cogens* de la primera especie. Por derecho natural, en efecto, el lecho del mar, según dijeron los romanos, es *res nullius*, ofrecida al primer ocupante, en tanto que las aguas supra-yacentes son *res communis*.

Desde el punto de vista práctico, una vez más, es hoy perfectamente posible, con base en el artículo 53 de la Convención de Viena, admitir la existencia de un *ius cogens*, sin que sea necesario recurrir al derecho natural. Desde un punto de vista filosófico, por el contrario, no podremos dispensarnos de reflexiones análogas a las que con anterioridad quedan consignadas. Una manifestación muy interesante a este respecto, fue la que, en la conferencia de Viena, hizo el representante de la Santa Sede, profesor René-Jean Dupuy, al decir lo siguiente:

*Le Saint Siège ne peut que se rallier a toute tentative de placer au-dessus du pouvoir certains principes fondamentaux. Dans sa doctrine, ce role est assumé par le droit naturel. Certes, le ius cogens ne doit pas être confondu avec le droit naturel, puisqu'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 ratifiés et consacrés par le droit positif sans perdre pour autant leur valeur de règles fondamentales répondant a 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.*

Antonio GÓMEZ ROBLEDO