

Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad¹

Rafael Nieto Navia*

de l'Institut de Droit international

El derecho imperativo internacional (*jus cogens*)

Se considera que el artículo 38 (1) del Estatuto de la CIJ enumera exhaustivamente las fuentes del derecho internacional:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.²

Como puede verse las normas de *jus cogens* no aparecen mencionadas específicamente como fuente “formal” del derecho internacional. Esto hace necesario identificar tanto su evolución como concepto como el reconocimiento internacional de su existencia.

* Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ex juez del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y profesor de derecho internacional de la Pontificia Universidad Javeriana.

¹ Por solicitud del autor se publica esta versión del texto.

² *Artículo 59*. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Introducción doctrinal

“La noción de *jus cogens* no es tan nueva como a veces se pretende. En realidad, el derecho de gentes reconocía ya en la antigüedad la existencia de ciertas normas superiores que tan sólo desaparecieron con el positivismo del siglo XIX para reaparecer en el siglo XX, aunque sobre bases totalmente distintas, menos litigiosas”³.

El problema que se planteó en la Conferencia de Viena – que dio a luz la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la “Convención de Viena”) -- y, antes de ella, en los debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”), fue el de definir si los Estados pueden, en virtud de su autonomía de voluntad, celebrar tratados cualquiera que sea su objeto o si, en cambio, hay algún límite a esa autonomía.

El problema antes que jurídico es filosófico y, finalmente, sienta sus raíces en el concepto de soberanía. La existencia de principios que las partes no pueden derogar inter se al celebrar tratados, procede del derecho natural. En el orden interno el *jus publicum*, en oposición al *jus dispositivum*, está inserto como *conditio sine qua non* para la existencia de la comunidad estatal desde la época del Digesto y se concreta en la noción de orden público.

Lo que en el orden interno se da por sentado, la validez del derecho porque la ley se crea en virtud de poder del Estado ejercido sobre los ciudadanos⁴, no lo es en el orden internacional. Históricamente, el reconocimiento del derecho internacional como un sistema válido de reglas de derecho ha sido gradual⁵. La estructura formal como la entendemos en el orden interno, no existe en el internacional. Por esa razón, el orden internacional ha sido descrito como “*one of the possible sets of laws for ordering the world [being based] on the wills of all or many nations.*”⁶ En el análisis moderno hay dos opiniones sobre la validez del derecho: (i) Kelsen era

³Nahlić (Polonia), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer Período de Sesiones (1968), doc. A/Conf.39/11, 334 (“Conf. Viena 1968”). Ver en general Nieto Navia, R., *El Derecho imperativo (jus cogens) en el Derecho internacional a la Luz de la Convención de Viena de 1969*, en: Pontificia Universidad Javeriana 52 *Universitas* (junio 1977), Bogotá, 259 y ss.

⁴“In systems of municipal law the concept of formal source [of law] refers to the constitutional machinery of law-making and the status of the rule is established by constitutional law.” Brownlie, I., *Principles of Public International Law* (1998), p. 1.

⁵Ver en general, Oppenheim, L., *Oppenheim’s International Law*, Ninth Edition, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992, Vol. 1, pp. 3 et seq.

⁶Verdross, A., *Derecho Internacional Público* (ed. castellana, 1957), p. 8.

de la opinión que solamente las normas y no los hechos podían ser válidos, mientras que (ii) otros autores consideraron que hay principios que son válidos *per se* y que por consiguiente es posible, a través de la voluntad estatal, derivar de ellos normas positivas.⁷ La naturaleza misma de la comunidad internacional, formada por muchos Estados soberanos, hace que se caracterice por la ausencia de una estructura formal comparable a la interna.

Los Estados dentro de la comunidad se han vuelto cada vez más interdependientes y su libertad de acción que, por cierto, nunca fue absoluta, ha venido siendo recortada cada vez más⁸. La “institucionalización” de la comunidad internacional es cada vez más evidente, aunque, por supuesto, no se ha alcanzado, y el día está –y esté – lejano, la etapa de un solo soberano y un solo legislador. La interdependencia requiere una regulación. Ella se alcanza por acuerdos entre los Estados, pero también a través del reconocimiento por estos de la existencia de una cierta “conciencia” internacional que impone una regulación legal a los actos estatales y asegura el respeto a los valores básicos de la comunidad.⁹

Ya los estoicos en el siglo IV A.C. “dedujeron de la universalidad de la razón, que es independiente de nacionalidad y raza, un Estado universal en el cual todos los hombres serían iguales, si bien el ideal de igualdad absoluta estaba un poco empañado por la distinción entre el derecho natural absoluto y relativo”¹⁰.

Para la escolástica tardía española, la fundadora del derecho internacional moderno, y para Grocio y los clásicos había una serie de principios insertos en el hombre, según la concepción tomista¹¹ o descubiertos por la razón, llamados

⁷ Ver Kelsen, H., *The Basis of Obligation in International Law, en: Libro Homenaje al Profesor Barvia Trelles* (1958), 196 y Flores Olea, A., *Ensayo sobre la Soberanía del Estado* (1969), 120.

⁸ Sztucki, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, (1974), 35, 165.

⁹ Con base en este “código moral”, el reconocimiento internacional y el respeto por ciertos valores sociales puede significar que acuerdos particulares entre un número limitado de Estados se conviertan en “un estatuto político- jurídico cuyos efectos se extienden a Estados que han permanecido ajenos al acto del cual ha surgido el convenio” o se vuelvan “válidos”. De Visscher, C., *Teorías y Realidades en Derecho internacional público* (ed. castellana, 1962), 151 - 153.

¹⁰ Friedmann, W., *La nueva Estructura del Derecho internacional* (ed. castellana, 1967), 102).

¹¹ En efecto, dice Santo Tomás, “dado que todas las cosas gobernadas por la providencia están sujetas a la regla y medida de la ley eterna... es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás creaturas, el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia, en cuanto él mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente al debido orden de sus actos y de fin. Y tal participación de la ley eterna en la creatura racional es lo que llamamos ley natural. Y es que la ley natural, por la cual discernimos el bien y el mal, no es otra cosa sino la

jus naturale necessarium, que constituyen “una instancia metafísica que determina, en su carácter de verdad eterna, la validez y procedencia del acontecer y obrar”¹² humanos, inclusive el Derecho.

Wolf¹³ y Vattel¹⁴ señalaron que las naciones no pueden alterar el *jus naturale necessarium* a través del acuerdo *inter partes* con base en el *jus voluntarium*¹⁵. Para estos filósofos existía una comunidad internacional a la cual se subordinaban las soberanías, todo ello ordenado al bien común de la humanidad.

Sin embargo, después de Vattel surgen filósofos que desligan el concepto del derecho de toda noción trascendente, cuyo resultado es el Estado hegeliano y el “derecho internacional dispositivo” de Liszt¹⁶. Aunque la filosofía jurídica posterior discute ampliamente sobre el tema del objeto ilícito e ilegal de los tratados¹⁷ las expresiones *jus naturale necessarium* y *jus dispositivum* desaparecen y se impone en la doctrina el voluntarismo según el cual la ausencia de un legislador internacional deja en la voluntad de los Estados la creación de la norma y, en consecuencia, los tratados pueden tener el objeto que las partes quieran.¹⁸

El voluntarismo se desarrolló técnicamente “en dos direcciones: aquella de la auto-limitación (Jellinek) y aquella de la voluntad colectiva o *vereinbarung* (Triepel, Anzilotti), en la que el derecho internacional nace de la fusión de voluntades estatales en una voluntad común.”¹⁹

impresión de la ley divina en nosotros. De ahí resulta claro que la ley natural no es otra cosa sino la participación de la ley eterna en la creatura racional”. *Summa Theologiae*, Ia, IIae, 9.91.a.2. Ver en general, Nieto Navia, R., *La ley, la justicia y la guerra en Santo Tomás de Aquino*, en: Pontificia Universidad Javeriana, 73 Universitas (noviembre 1987), Bogotá.

¹² Flores Olea, V., *op. cit.*, 66.

¹³ *Jus Gentium* (1764), par. 5.

¹⁴ *Le Droit de Gens, Introduction* (1758), par.9. Puede verse la bellísima edición en castellano, *Derecho de Gentes o Principios de la Ley natural*, impresa en París en 1856. “Por lo mismo que este derecho es inmutable, y necesaria e indispensable la obligación que impone, no pueden las Naciones variarle por sus convenios, ni exceptuarse de él ellas mismas, o recíprocamente unas a otras”.

¹⁵ Verdross, A., *Jus dispositivum and Jus cogens in International Law*, en 60 *American Journal of International Law* (“AJIL”) (1960), 55 y ss.

¹⁶ *Derecho internacional público* (ed. castellana, 1898), 17.

¹⁷ Ver De la Guardia, E. y Delpech, M., *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969* (1970), 68 y ss, un análisis muy documentado sobre el tema. Ver también Tomberg, V., *La Problemática del Derecho internacional a través de la Historia* (ed. castellana, 1961), especialmente capítulos VI y IX).

¹⁸ Guggenheim, P., *Traité de Droit international public* (1953), 9; Morelli, G., *Nozioni di Diritto internazionale* (1951), 37

¹⁹ Rousseau, C., *Droit international public* (1953), 9; ver Jellinek, G., *Teoría del Estado* (ed. castellana 1914), 474 y ss.; Triepel, H., *Les Rapports entre le Droit interne et le Droit international*, I *Recueil des Cours de la Academie de Droit international* (“RCADI”) (1923), 83; Anzilotti, A., *I Corso de Derecho internacional* (ed. castellana, 1935) hace posteriormente la crítica de Triepel, 35. Puede verse sobre el tema Truyol y

Para otros autores el fundamento del derecho escapa a la voluntad humana y se encuentra bien en una norma fundamental hipotética (Kelsen), de contenido jusnaturalista (Verdross) o sociológico (Scelle)²⁰. “Toda sociedad –dice De Visser²¹– descansa a la vez sobre elementos materiales y sobre factores morales y es la resultante de una serie de solidaridades, lo bastante activas para requerir una organización del poder y lo bastante conscientes de la existencia de un bien común para suscitar la idea del derecho y el sentido de la obligación.”

Antecedentes jurídicos

El Pacto de la Sociedad de las Naciones²² estableció la obligación para sus miembros de no realizar tratados incompatibles con el mismo. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional dijo que esta debería aplicar “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”²³.

En el contrato de concesión celebrado en 1939 entre el jeque de Abu Dhabi y una compañía petrolera se decía que las partes “basan su participación en este convenio en la buena voluntad [*good will*], sinceridad [*sincerity of belief*] y en la interpretación del convenio de manera consistente con la razón”. La disputa que surgió posteriormente entre las partes fue resuelta por Lord Asquith of Bishopstone en fallo famoso²⁴ en el que aplicó “los principios enraizados en el buen

Serra, A., *I Fundamentos de Derecho internacional publico* (1970), 53 y ss. y Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho internacional publico* (2002), 83 y ss.

²⁰ Kelsen, H., *General Theory of Law and State* (1945), 110 y ss.; Verdross, A., *Derecho internacional publico*, cit. *supra* nota 5, 21 y ss.; “Nous pouvons [...] définir [le Droit]: un impératif social traduisant une nécessité née de la solidarité naturelle. C’est en ce sens qu’on peut dire que le Droit lui-même est naturel.” Scelle, G., *Précis de Droit international* (1932), 1ère partie, 3.

²¹ *Op.cit.* *supra* nota 8, 95.

²² Artículo 20.5.1. Lo mismo dice el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su artículo 38.1.c. “The Covenant of the League of Nations, as a whole, and more particularly its Article 20..., would possess little value unless treaties concluded in violation of that undertaking were to be regarded as absolutely null and void, that is to say, as being automatically void. And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even to-day, to create a jus cogens, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void.” (Opinión disidente de Schücking en el caso Oscar Chinn, CPJI Ser. A/B, N. 63, 149-150).

²³ Ver en general, Friedmann, W., *The Uses of “General Principles” in the Development of International Law*, 57 AJIL.

²⁴ 1 *International and Comparative Law Quarterly* (1952), 247 y ss; 47 *AJIL* (1953), 156. V. Friedmann, W., *La Nueva ... cit. supra* nota 9, 236; *idem*, *The Uses ... , cit. supra* nota 22; Kunz, J., *El Sistema del Derecho internacional*, en el *Libro Homenaje al profesor Barcia Trelles* (1958), 101.

sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas” que él llamó “derecho natural moderno”²⁵.

En su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio la Corte afirmó: “In such a Convention the contracting States *do not have any interest of their own*; they merely have, one and all, *a common interest*, namely the accomplishment of *those high purposes* which are the *raison d’être* of the Convention”,²⁶ con lo cual reconoció la existencia de una categoría especial de normas de derecho internacional general.

A pesar del positivismo rampante del siglo XIX y bien entrado el siglo XX, el derecho internacional se ha transformado hacia una comunidad internacional que prevalece sobre los intereses particulares de los Estados.²⁷ Producto del pensar de nuevo (*rethinking*)²⁸ respaldado por el bagaje doctrinal de muchos autores contemporáneos que pensaban que existía un derecho obligatorio para los Estados cuya violación contractual hacía ilegal o ilícito el objeto de los tratados,²⁹ fue el proyecto sobre *jus cogens* que la CDI llevó a Viena.

La idea en la CDI

En la CDI dos de los relatores, Brierly³⁰ y Lauterpacht³¹, se habían pronunciado a favor de la existencia de normas imperativas. El segundo de los nombrados abogó

²⁵ El derecho aplicable debió ser resuelto por el árbitro. Kunz, J., *El Sistema ...*, *cit. supra* nota 23, *ibid.* El Iraian Oil Agreement de 1954 dispuso en su artículo 46 la aplicación de principios comunes a las partes y, a falta de estos, los generales de derecho.

²⁶ ICJ Reports (1951), 15 y ss., 23. Las itálicas no son del original. V. Verdross, A., *Jus Dispositivum ...* *cit. supra* nota 14, 229.

²⁷ V. Kunz, J., *La Crise et les Transformations du Droit des Gens*, 88, II, RCADI (1955), 1-104 y *The Changing Law of Nations*, 51 AJIL, 77-83.

²⁸ Kunz, J., *El Sistema ...* *cit. supra* nota 23, 88.

²⁹ Desde Bluntschli, J.G., *Le Droit international codifié* (1874), 238-240; Dena, G., *Derecho internacional público* (ed. castellana 1946); Fauchille, P., *Traité de Droit international public* (I, 1ère partie 1922, I. 3ème partie 1926), I, 1ère partie 22 y ss., pasando por Verdross, A., *Forbidden Treaties in International Law*; 31 AJIL (1937), 571 y ss., hasta la mayoría de los americanos como Accioly, H., *Tratado de Derecho internacional público* (ed. castellana 1945), 435-436 (v. igualmente la edición de 1958, 594) y Ruiz Moreno, I., II *Derecho internacional público* (1940), 297, entre otros. En contra Morelli, G., *op.cit supra* nota 17., 37 y Guggenheim, P., *op. cit. supra* nota 17, 57, entre otros también. Rousseau, C., 1 *Principes de Droit international public* (1944), 340-341 es de la misma opinión y aún después de Viena, en su edición de *Droit international public* en cuatro volúmenes publicados por Sirey, dice: “Au contraire l’appréciation de la ‘moralité’ d’un traité international conduit aisément à la réintroduction du droit naturel dans le droit de gens; [...] l’appel de la doctrine récente au *jus cogens* n’échappe pas entièrement à l’objection.” (Tome I (1971)), 143.

³⁰ *Règles générales du Droit de la Paix*, 58 RCADI (1936), 218-219.

³¹ *Règles générales du Droit de la Paix*, 62 RCADI (1937), 153 y ss.

por “un órgano de jurisdicción obligatoria para juzgar la moralidad o inmoralidad de las obligaciones contenidas en un tratado”.³²

Lauterpacht incluyó en su proyecto de 1953 un artículo que declaraba la nulidad de los tratados “cuyo cumplimiento conlleva un acto ilícito según el derecho internacional y si así lo declara la Corte Internacional de Justicia”.³³

Fue, sin embargo, el proyecto de 1963 del que fue relator Waldock, adoptado definitivamente en 1966, el que suscitó un gran debate doctrinal y una reunión en Lagonissi para discutir el tema.³⁴ Cuando el tema se discutió en Viena los delegados estaban preparados para el debate.

El Informe de la CDI³⁵ contenía los siguientes argumentos:

- a) Resulta cada vez más difícil sostener una cerrada posición voluntarista.
- b) Para una codificación del derecho de los tratados, debe partirse de la existencia de normas de *jus cogens*.
- c) No hay ningún criterio sencillo para identificar el *jus cogens* y la mayoría de las normas generales del derecho internacional no tienen ese carácter.
- d) Es la naturaleza del objeto y no la forma lo que da a una norma el carácter de *jus cogens*.
- e) La práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales deben ser las que formen el contenido del *jus cogens*. Por eso se prefirió no dar ejemplos en el texto de la Convención.³⁶

³² *Op. cit. supra* nota 30, 306-307.

³³ Artículo 15 (II ILC Yearbook (1953), 93).

³⁴ Schwarzenberger, G., *International jus cogens?*, 43 *Texas Law Review* (1965), 455 y ss., y *The Problems of International Public Policy, Current Legal Problems* (1965), en contra. El artículo de Verdross, citado arriba en la nota 13, es la respuesta a Schwarzenberger. Los trabajos de la reunión de Lagonissi están recopilados en *The Concept of “jus cogens” in International Law* (1967) (Lagonissi Conference) que reproduce el trabajo de Schwarzenberger citado en primer lugar en esta nota y, además, Suy, E., *The Concept of “jus cogens” in Public International Law*; Abi-Saab, G., *Summary Record of the Discussions on the Concept of “jus cogens” in International Law* y Murty, B-S., *Jus cogens in International Law*. En general la bibliografía especializada sobre el tema es posterior a 1963 y la mayor parte posterior a 1966. Waldock (II ILC Yearbook (1966), 20 y ss.), resume las opiniones de los Estados al proyecto.

³⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia, A/Conf.39/11/Add.2 (Documentos oficiales), 71.

³⁶ Aunque sí en el Informe. La CDI dio los siguientes ejemplos: a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional; y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar. Algunos de los miembros de la CDI citaron también “los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación” (Documentos oficiales, 72).

- f) Sería erróneo considerar el *jus cogens* como inmutable en el futuro.
- g) Sólo una norma de *jus cogens* puede modificar a otra del mismo carácter.
- h) La carencia de un órgano judicial competente para resolver controversias sobre el punto, ha obligado a un diseño general de la Convención, para todos los casos de nulidad, terminación y suspensión de los tratados, que desemboque en el artículo 33 de la Carta.³⁷

La discusión en Viena

En el curso de la Conferencia se aprobó una enmienda enderezada a insertar las palabras “reconocida por la comunidad internacional”, que fue incluida en la redacción definitiva del artículo. El Comité de Redacción añadió las palabras “en su conjunto”.³⁸

El artículo 53 (50 del proyecto) fue aprobado por 87 votos contra 8³⁹ y 12 abstenciones, en la siguiente forma:

Artículo 53. Tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

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.

Los artículos 64 y 71 se refieren a la aparición de nuevas normas de *jus cogens* y a las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición al mismo.

El señor Hubert, delegado francés, formuló en la Conferencia las siguientes observaciones al concepto y artículo sobre *jus cogens*:

³⁷ La CDI se refiere al hoy artículo 65 de la Convención (artículo 62 del proyecto). El artículo 33 de la Carta se refiere a los medios pacíficos de solución de controversias a saber: “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos”.

³⁸ A/CONF.39/C.1/L.306 y Add. 1 y 2 (Documentos oficiales, 187) y Documentos oficiales, 188.

³⁹ Australia, Bélgica, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y Turquía. “A rather impressive majority” según Sztucki, J., *op. cit. supra* nota 7, 158.

1. Imprecisión en cuanto al contenido, formación y efectos del *jus cogens*.
2. El sistema de solución judicial, que propusieron algunas delegaciones, no bastaría para evitar el peligro.
3. Si una mayoría de Estados puede crear *jus cogens*, se crea un legislador internacional sin control ni responsabilidad.
4. La imprecisión con que se establece el *jus cogens* no es un elemento de progreso sino, al contrario, puede perjudicar las relaciones internacionales.⁴⁰

El debate sobre el *jus cogens* fue, probablemente, el más difícil de la Conferencia. Para interpretar la noción, entonces, es necesario acercarse con prudencia, en los términos de los mismos criterios de interpretación de los tratados que contempla la misma Convención en sus artículos y, cuando haya que acudir a los medios complementarios, tener siempre en mente que la interpretación debe hacerse con criterio restringido, porque eso es lo que muestran los *travaux préparatoires*.

Estas críticas, como se ha esbozado, no eran nuevas y estaban dirigidas principalmente a las dificultades de identificación del *jus cogens*. Aún después de Viena se han levantado muchas dudas. Por ejemplo, Virally escribió en 1983 que es “difficile d’affirmer aujourd’hui si une seule règle de droit international a pu satisfaire le critère défini à l’article 53 de la Convention de Vienne.”⁴¹ En 1992 Weil escribió: “Tous ces facteurs⁴² se conjuguent pour interdire à l’heure actuelle encore – plus de vingt ans... après la Convention de Vienne – toute identification, même approximative, des règles de *jus cogens*.”⁴³

Concepto y contenido del *jus cogens*

Se hace entonces necesario precisar el concepto y el contenido del *jus cogens*.

Para que una norma de derecho internacional tenga la categoría de *jus cogens*, se requiere:

⁴⁰ Las observaciones de Hubert se encuentran en Conf. Viena, 99 y ss. “[L]a delegación francesa, por su parte, se niega a dar un salto en el vacío y aceptar una disposición que, por no fijar criterios bastante precisos, abre paso a la duda y a la coacción” (Id. *ibid*, 100). Francia finalmente votó en contra del artículo.

⁴¹ Virally, M., *Panorama du Droit international contemporain*, 183 RCADI (1983), 178. Virally era miembro de la delegación francesa a Viena

⁴² Principalmente la preocupación de que el sistema internacional viera afectado su equilibrio.

⁴³ Weil, P. *Le Droit international en quête de son identité*, 237 RCADI (1992), 271.

- a. Que sea una norma de derecho internacional general. La CDI explicó que el título excluía “el derecho internacional regional”.⁴⁴ “El criterio para estas reglas consiste en el hecho de que no existen para satisfacer necesidades de Estados individuales sino el más alto interés de toda la comunidad internacional”.⁴⁵ No toda norma de derecho internacional general, aun cuando sea un tratado de participación masiva, tiene el carácter de *jus cogens*.⁴⁶
- b. La norma debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Ese reconocimiento puede ser *expreso o tácito*. El *jus cogens* puede encontrarse en: i) Los principios generales de derecho que, por definición, son reconocidos por las naciones civilizadas;⁴⁷ (ii) La costumbre internacional. El *jus cogens* reposa fundamentalmente aunque no exclusivamente en el derecho consuetudinario;⁴⁸ iii) Tratados generales que los juristas llaman “tratados-ley”⁴⁹ o, modernamente, “law-making treaties”⁵⁰ para referirse a aquellos que contienen materias de puro derecho. Aunque sobran críticas a estas expresiones⁵¹, es evidente que hay convenciones que, por razón del objeto y contenido, se distinguen de otras en sus efectos, importancia y jerarquía. Así por ejemplo, la UPU, no obstante su utilidad, no puede ser asimilada en su valor jurídico a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 o los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (los “Convenios”). En general, este tipo de Convenciones recogen normas que ya existen y son obligatorias por vía consuetudinaria. Algunas llegan a ligar a terceros Estados

⁴⁴ I ILC Yearbook (1963), 214. Schwarzenberger sostuvo la posibilidad de crear *jus cogens interpartes*, de efecto limitado entre los contratantes (*The Problems of International Law* ... *cit. supra* nota 33, 194 y también en *Inductive Approach to International Law* (1965), 100 y *I International Law* (1957), 213 y ss.). En Lagonissi se opinó a favor de la existencia de un *jus cogens* regional (Lagonissi Conference, 106-107).

⁴⁵ Verdross, A., *Jus dispositivum* ... *cit. supra* nota 14, 220.

⁴⁶ Por ejemplo, la UPU o la OIT. V. Sztucki, J., *op. cit. supra* nota 7., 75.

⁴⁷ Artículo 38.1.c. del Estatuto de la CIJ. La función de los principios generales, en el Estatuto, es supletoria, pero no por generales son menos obligatorios (Verdross, A., *Derecho internacional* ... *cit. supra* nota 5, 126). El hecho de que “**todos** los Estados civilizados declaren no obligatorios los acuerdos inmorales (**contra bonos mores**)” (Verdross, *op. cit. supra* nota 5 143, subrayados del original), es un principio general de derecho, lo que se confirma con la opinión de Schücking, *cit. supra* nota 21 y la de Anzillotti: “Jamais la Court n’appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes moeurs” (CPJI, Ser. A/B, 41).

⁴⁸ Lord McNair, *The Law of Treaties* (1961), 214 y 215, Katz y Tunkin en Lagonissi Conference 100 y 102. Algunos autores tienden a circunscribir el *jus cogens* a la costumbre (V. Sztucki, J., *op. cit. supra* nota 7, 74 cita a Mónaco, Wengler y Dahm).

⁴⁹ Trepel y Bergbohm.

⁵⁰ Briery, J. L., *The Law of Nations* (1949), 59 y ss.; Jessup, A., *Modern Law of Nations* (1948), 133 y ss.

⁵¹ Incluso en la CDI. V. Sztucki, J., *op. cit. supra* nota 7, 7, nota 22.

por la misma vía.⁵² No basta, sin embargo, que se trate de un tratado general para que se pueda hablar de *jus cogens*. Debe cumplir los otros requisitos y obtener una participación tal que no quepa duda de que se trata de la comunidad universal de Estados en su conjunto.⁵³ La expresión “en su conjunto” pierde dimensión e importancia como materia de discusión si la fuente principal es la costumbre y, como en ésta, significa generalidad o la mayoría amplia, sin que se pueda ni se deba cuantificar.⁵⁴ Lo que es importante es que “only some subjects of international law, acting alone or in conjunction with others” no pueden crear *jus cogens*⁵⁵ y luego imponer su interpretación a la mayoría o a otros Estados. De igual manera, unos pocos sujetos de derecho internacional, actuando solos o en unión de otros, no pueden en teoría vetar una decisión tomada por la mayoría.⁵⁶

⁵² Como sucede, por ejemplo, con la Convención de Viena de 1969 y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1981. En su opinión disidente en los Casos sobre la Plataforma continental del Mar del Norte, Lachs sostuvo que la no participación de Estados en tratados generales, obedece normalmente a factores externos – los procedimientos constitucionales, por ejemplo – por lo cual ello no menoscaba su capacidad para constituir “sólida base para la formación de una regla general de derecho” (ICJ Reports (1969), 227-228). Ya Kelsen había dicho que “general multilateral treaties to which the overwhelming majority of the states are contracting parties, and which aim at an international order of the world”, los tratados multilaterales que tienen como parte una abrumadora mayoría de los Estados del mundo y cuyo propósito es instaurar un orden internacional mundial, constituyen una excepción a la regla *Pacta tertiis* (*Principios de Derecho Internacional* (ed. castellana, 1965, 296). V. también Brownlie, I., op.cit supra nota 3., 628. Lo mismo contempla la Convención de Viena en su artículo 38. Sin embargo, no basta la mayoría. Hay que analizar también si los Convenios generales tienen reservas y qué tipo de reservas para que, por vía consuetudinaria, lleguen a convertirse en obligación para terceros Estados no partes.

⁵³ La CDI opinó que “cualquier modificación a una norma de *jus cogens* se efectuaría hoy, probablemente, por la vía de la conclusión de un tratado general multilateral” (II ILC Yearbook (1963), 199).

⁵⁴ “... el Comité de Redacción ha querido subrayar que no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehusa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ellos no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto” (Yasseen, Presidente del Comité de Redacción en la Conferencia de Viena, Conf. Viena 1968, 519). Esta afirmación, sin embargo, no carece de críticas. Para la formación de la costumbre se requiere la *generalidad* en su aceptación, con lo que se quiere decir que la *generalidad* de los Estados la acepten pero sin oposición y con la convicción de que tal práctica refleja una obligación legal (*opinio juris sive necessitatis*). En su formación, “customary law does not need clear and unequivocal support by all States [...]; strong opposition, on the other hand, excludes the formation of new law” (Bernhardt, R., *Customary International Law*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), 900). Si tal es la situación, no hay razón para pensar que en el caso del *jus cogens* los requisitos deban ser otros.

⁵⁵ Tomuschat, C., *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, 241 RCADI (1993), 307.

⁵⁶ Esta interpretación es válida en el contexto de una conferencia internacional que tratara de identificar el *jus cogens* pues en este contexto un veto no sería aceptable. Sin embargo, carece de importancia en el caso de la costumbre. “Il ne s’agit pas d’une question de majorité ni d’acceptation

c. La norma no puede admitir acuerdo en contrario y solamente puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter.⁵⁷ Esta es la característica que distingue el *jus cogens* de otras normas de derecho internacional general. Aunque se consideró arriesgado ejemplificar el *jus cogens*, parece que “[i]t is easier to illustrate these rules than to define them”.⁵⁸ Para Maresca (Italia) “las normas que tiene n ese carácter absoluto son las que protegen a la persona, que aseguran el mantenimiento de la paz y la existencia e igualdad de los Estados. Se encuentra aquí de nuevo – afirmó – el *jus naturalis*, es decir, el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana”.⁵⁹

Mientras la comunidad internacional va decantando las normas de *jus cogens* a través de las decisiones judiciales, puede ensayarse la siguiente clasificación general de normas:

1. Aquellas tan fundamentales en la relación de la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario⁶⁰ como la buena fe.⁶¹

universelle: on demande plutôt qu’une règle donnée soit acceptée et reconnue comme imperative par de nombreux États qui soient assez représentatives des différents groupes politiques et géographiques qui forment la communauté internationale.” Capotorti, F., *Cours général de droit international public*, 248 RCADI (1994), p. 141.

⁵⁷ A pesar del artículo 103 de la Carta (“Artículo 103. En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.”) y aunque resulte difícil prever un conflicto entre la Carta y una norma de *jus cogens*, ésta debería prevalecer sobre la Carta. V. Virally, M., *Reflexions sur le Jus Cogens*, *Annuaire Français de Droit International* (1966), 26. De igual manera el Consejo de Seguridad y todos los órganos creados por los Estados están obligados por las normas de *jus cogens* (Zemanek, K., *Legal Foundations of the International System*, 266 RCADI (1997), 231).

⁵⁸ McNair, *op. cit. supra* nota 47, 215. Para los ejemplos de la CDI ver *supra* nota 34. Para los ejemplos dados por diversos delegados en Viena v. De La Guardia, E., y Delpech, M., *op. cit. supra* nota 16, 426. En su edición de 1938, McNair (*The Law of Treaties* (1938), 113), había dicho que “a treaty between two States the execution of which contemplates the infliction upon a third State of what customary international law regards as wrong, is illegal and invalid ab initio”, donde Lauterpacht encontró un ejemplo de *jus cogens* al cual añadió la Declaración de París de 1856 y la Convención sobre la Esclavitud de 1926. Fitzmaurice (II ILC Yearbook (1958), 40) citaba los casos donde las reglas contravenidas son reglas instituidas para la protección del individuo, el planteamiento de guerras de agresión y la hipotética convención en que se pacte por un Estado con otro “not to interfere in case the latter should command its vessels to commit piratical acts on the high seas”. Waldock fue el relator que pasó de lo particular a lo general (II ILC Yearbook (1963), 52).

⁵⁹ Conf. Viena 1968, 343. Bartos dijo en la CDI que los principios de *jus cogens* “pertenecen más a la llamada ley racional que a la ley positiva” (I ILC Yearbook (1963), 214).

⁶⁰ Que, por consiguiente, no obedecen *strictu sensu* a la definición del artículo 53.

⁶¹ Fattal (Libano) (Conf. Viena 1968, 328; Sorensen, M., *Manual de Derecho internacional público* (ed. castellana, 1973), 173; Pechota, Carnegie Endowment Conference on the Process of Change in international Law (Menton Conference), Report, 15.

2. Aquellas indispensables para la estabilidad del orden jurídico, como la norma *Pacta sunt servanda* y los principios generales.⁶²
3. Aquellas que tienen propósitos humanitarios.⁶³
4. Las existentes en el interés de la comunidad internacional, como las llamadas *derecho constitucional internacional* u *orden público internacional*, como algunas de la Carta.⁶⁴ Los “Propósitos y Principios” de la Carta⁶⁵ tal como aparecen en los artículos 1.2,⁶⁶ 2, párs.1, 2, 3, 4 y 5⁶⁷ y 51⁶⁸, incluyen, entre otros, el respeto a la igualdad de derechos y a la autodeterminación de los pueblos;⁶⁹ la igualdad soberana de los Estados; el cumplimiento de las obligaciones en buena fe; el

⁶² Sztucki, J., *op. cit. supra* nota 7., 72, menciona el principio *res inter alios acta*.

⁶³ Verdross, A., *Jus dispositivum* ... cit. *supra* nota 14, 220-222. Ciertamente la clasificación es genérica. Se trata de aquellas normas como la prohibición de la esclavitud, del comercio o trata de mujeres y niños, de la violación de los derechos de los prisioneros de guerra, citadas por Verdross, y del genocidio (Fattal, cit. *supra* nota 53).

⁶⁴ En el Preámbulo de la Carta se lee: “NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

⁶⁵ Cf. Verdross, A., *Jus dispositivum* ... cit. *supra* nota 14, 222; Maresca (Italia), Conf. Viena 1969, 110.

⁶⁶ “1. 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

⁶⁷ “1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.”

⁶⁸ “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

⁶⁹ Bedjaoui, M., *Commentaire à l'article 73 de la Carte*, en: J-P. Cot and A. Pellet, *La Charte des Nations Unies* (1985), 1074.

arreglo pacífico de las diferencias;⁷⁰ y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza contra otros Estados en contra de los principios de la Carta.⁷¹

5. Aquellas a las cuales ningún Estado puede sustraerse y que lo vinculan aún sin la manifestación del consentimiento, como sucede con los Estados nuevos, tales como las que establecen la libertad de los mares y las encaminadas a la protección de la independencia de los Estados.⁷²

Determinado así el objeto y contenido del *jus cogens* es menester entrar al análisis de las normas de derecho internacional humanitario (“DIH”) y derechos humanos (“DH”) que pueden tener ese carácter.

Derecho internacional humanitario (“DIH”)⁷³

Introducción

El reconocimiento de las normas de *jus cogens* tiene particular relevancia en el caso del DIH. Como ya se ha dicho,

⁷⁰ De acuerdo con Charpentier, J., este principio es una regla de derecho consuetudinario que obliga a todos los Estados pero no es *jus cogens*. Llega a esta conclusión basado en el hecho de que durante la discusión sobre la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970) (UN. Rep, suppl. No. 4, Vol. 1, 363), una enmienda enderezada a considerar este principio como expresión de una convicción jurídica universal de la comunidad internacional, fue rechazada (Commentaire à l'article 2, paragraph 3 de la Carte, en: J-P. Cot and A. Pellet, *La Charte des Nations Unies* (1985), 105).

⁷¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports (1986) (“*Nicaragua case*”), 100-101. Bennouna, M., considera que el artículo 2.7 de la Carta (que prohíbe la intervención de la ONU “en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”) “a un caractère péremptoire” y “[l]a non-intervention par la force dans les luttes intestines est une norme imperative de Droit international” (*Le Consentement à la Ingérence Militaire dans les Conflits Internes* (1974), 120 and 79). En el *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran* (Judgment of 24 May 1980, ICJ Reports (1980), 42-43), la CIJ dijo: “Such events [setting at naught the inviolability of a foreign embassy] cannot fail to undermine the edifice of law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules developed to ensure the ordered progress of relations between its members should be constantly and scrupulously respected.” Aunque éste es un reconocimiento de la importancia de las reglas de comportamiento de la comunidad internacional, no significa que las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963 tengan carácter perentorio.

⁷² Suy, Lagonissi Conference, 106.

⁷³ V. en general, Nieto-Navia, R., *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, en: Vohrah, L.C., Pocar, F. et al. (ed.), *Man's Inhumanity to Man*, (2003), 595-640.

In the *law of war* there was a great need for absolute norms for the safeguarding of the minimum fairness, orderliness, civilization and humanity of warfare and to prevent superfluous devastation.⁷⁴

Estas “normas absolutas” han ido siendo gradualmente identificadas con el tiempo y ahora aparece que la prohibición del genocidio, conjuntamente con otras normas de de DIH son ahora aceptadas casi unánimemente como normas imperativas internacionales. Es esto lo que vamos a considerar a continuación.

El DIH en general

La expresión “derecho internacional humanitario” es relativamente reciente⁷⁵ no obstante el hecho de que los conceptos, que forman desde antiguo parte de las leyes de la guerra (*jus in bello*), han sido reconocidos desde hace tiempos.⁷⁶ EL DIH como hoy lo conocemos incluye ampliamente lo que se conoce como las “leyes de La Haya” y las “leyes de Ginebra”.⁷⁷ A finales del siglo XIX se hizo un esfuerzo concertado internacional para codificar las leyes de la guerra. Las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 tuvieron un gran efecto y llevaron, *inter alia*, a la promulgación de las Convenciones II (1899) y IV (1907)⁷⁸ conjuntamente con aquéllas relativas a la prohibición del uso de ciertas armas. Estos convenios se conocen como Leyes de La Haya.⁷⁹ Las Leyes de Ginebra comprenden los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,⁸⁰ así como los protocolos adopta-

⁷⁴ Hannikainen, L., *Peremptory Norms* (Jus Cogens) in *International Law*, (1988), 211.

⁷⁵ Abi-Saab, G., *The Specificities of Humanitarian Law*, en Swinarski, C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (1984), 265.

⁷⁶ Los conceptos son bastante viejos. Predecesores del DIH “moderno” fueron, por ejemplo, los Concilios de la Iglesia católica y la Escolástica tardía española. En la Edad media, la última desarrolló las teorías de la *bellum justum* y los primeros aquellos que prohibían la esclavitud de los prisioneros de Guerra (III Concilio Lateranense, 1179) o el uso de armas consideradas “demasiado mortíferas y detestadas por Dios” (II Concilio Lateranense, 1139). V. Nussbaum, H., *Historia del Derecho internacional* (ed. española, s.f.), 22 (original 1954).

⁷⁷ Para una discusión sobre este tema, v. *Judgement by the Appeals Chamber of the ICTY: Prosecutor v. Zejnir Delali_ et al., Judgement*, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, paras. 131 et seq.

⁷⁸ II Convención de La Haya relativa a las Leyes y Usos de la Guerra terrestre y su anexo relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra terrestre de 29 de Julio de 1899 y IV Convención de La Haya relativa a las Leyes y Usos de la Guerra terrestre y su anexo relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra terrestre de 18 de octubre de 1907.

⁷⁹ Algunos otras regulaciones y convenios también forman parte de las Leyes de La Haya.

⁸⁰ (I) Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas armadas en Campaña; (II) Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y

dos el 10 de junio de 1977.⁸¹ Finalmente, está la Convención sobre la Prevención y la Represión del Delito de Genocidio (1948). Aunque podría argüirse que esta convención no forma parte *strictu sensu* de las “leyes de los conflictos armados”, es sin duda alguna aplicable durante ellos.⁸² El artículo I dispone que el genocidio “ya sea cometido en tiempo de paz o *en tiempo de guerra* es un delito de derecho internacional” por el cual los individuos deben ser juzgados y sancionados.⁸³

En 1996, la CIJ reafirmó de manera específica la importancia que tiene el DIH en el derecho internacional. Como principio general, inicialmente dijo:

It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’ as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (I.C.J. Reports 1949, p. 22), that The Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.⁸⁴

Náufragos de las Fuerzas armadas en el Mar; (III) Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra; (IV) Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas civiles en Tiempos de Guerra. Para la CIJ, “the Geneva Conventions are in some respects a development, and in other respects no more than the expression” de los principios fundamentales del derecho humanitario (The *Nicaragua* case, para 218). El comentario del Comité internacional de la Cruz Roja dice: “[t]he Geneva Conventions form part of what are generally called the laws and customs of war, violations of which are commonly called war crimes”. V, Pictet, J. (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, (1958). A 12 de enero de 2006, 192 Estados son parte en los Convenios de Ginebra. Solamente Naurú, entre los Estados partes de la ONU o el Estatuto de la CIJ, no es parte en los Convenios .

⁸¹ Protocolo I: Protocolo adicional a los Convenios de 12 Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos armados internacionales. Protocolo II: Protocolo adicional a los Convenios de 12 Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos armados sin Carácter internacional. Estos Protocolos han recibido, a 12 de enero de 2006, un número mucho más limitado de ratificaciones, 163 y 159 respectivamente, en comparación con los Convenios.

⁸² En su Informe al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del Tribunal Penal internacional para la Antigua Yugoslavia (“ICTY”) el Secretario General incluyó en su lista esta Convención como formando “part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law...applicable in armed conflict.” *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808* (1993), UN Doc. S/25704, 2 May 1993 (“Secretary General’s Report”), para. 35.

⁸³ Itálicas añadidas.

⁸⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: Advisory Opinion, ICJ Reports (1996)* (“*Nuclear Weapons case*”), para. 79. En una Decisión de la Cámara de Apelaciones del ICTY, se dice que “[s]tate practice shows that general principles of customary international law have evolved with regard to internal armed conflict also in areas relating to methods of warfare...Two particular limitations may

Teniendo en cuenta la historia de estas normas y el camino hacia su reconocimiento como algo fundamental para el respeto de la persona humana y las ‘elementary considerations of humanity,’ la CIJ mencionó en particular la llamada “cláusula Martens” incluida en los Preámbulos a la II Convención de 1899 y IV de 1907, que se refieren a las *Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre*.^{85 86} Una versión moderna de esta cláusula aparece en el artículo I, para. 2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que dice:

“2. En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.”⁸⁷

La CIJ explicó que desde etapas muy tempranas el DIH “prohibited certain types of weapons either because of their indiscriminate effect on combatants and civilians or because of the unnecessary suffering caused to combatants, that is to say, a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives”. Se refirió al hecho de que el Tribunal militar internacional de Nüremberg había ya destacado en 1945 que las reglas humanitarias incluidas en las Resoluciones anexas a la Convención IV de La Haya de 1907 “were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war.”⁸⁸

be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather, the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts.” (The Prosecutor v. Du_ko Tadi_, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, paras. 125-126). Para una opinion diferente v. Meron, T., *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, 90 AJIL (1996), 238-249.

⁸⁵ Que disponen lo siguiente: “Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”. V. en general, Cassese, A., *The Martens Clause: Half a Loaf or simply Pie in the Sky?* Vol. 11, No. I, *European Journal of International Law*, (2000), 187-216.

⁸⁶ The *Nuclear Weapons* case, para. 78.

⁸⁷ <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList1036BE64996024BB62F41256E2F003D8BCE>. En http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/section_ihl_databases#listanchor1 pueden verse los textos de los Convenios de La Haya.

⁸⁸ *Trial of the Major War Criminals, 14 November 1945-1 October 1946*, Nuremberg, 1947, Vol. I, p. 254, mencionado en *Nuclear Weapons* case, para.80.

Finalmente se refirió a la confirmación más reciente del *status* que la comunidad internacional le ha dado a ciertas reglas del DIH, haciendo referencia al *Secretary General's Report* y sus observaciones relativas a la jurisdicción del ICTY:

In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law [...]. The part of conventional humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied by: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1949; and the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945.⁸⁹

Los siguientes son los comentarios de la CIJ respecto a la Convención sobre Genocidio:

The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose....its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the Convention.⁹⁰

No hay duda de que como regla general las disposiciones de las convenciones a que nos hemos referido han alcanzado el *status* de derecho consuetudinario internacional y que algunas de ellas reflejan en general elementales y fundamentales consideraciones de humanidad. Los Estatutos del ICTY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("ICTR") ordenan enjuiciar a los responsables de las siguientes

⁸⁹ *Nuclear Weapons* case, para. 81, citando el *Secretary General's Report*, paras. 34 – 35. Como ya se dijo la jurisprudencia del ICTY ha confirmado esas afirmaciones.

⁹⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Advisory Opinion*, 28 May 1951 (ICJ Reports (1951), 23). Este caso confirma que la Convención sobre Genocidio se considera parte del derecho consuetudinario internacional. V. también *Secretary General's Report*, paras. 35 y 45.

violaciones del DIH: violaciones graves de los Convenios de Ginebra, violaciones de las leyes y usos de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.⁹¹

¿Significa esto que debemos automáticamente elevar esas convenciones o normas al rango de *jus cogens*?

Reglas del DIH que pueden catalogarse como *jus cogens*

El artículo 2 de la Convención IV de La Haya de 1907 dice:

Las disposiciones contenidas en ese Reglamento, así como en la presente Convención, no son aplicables sino entre las Potencias Contratantes y únicamente si los beligerantes son partes en la Convención.

Esta cláusula se conoce con el nombre de cláusula *si omnes* o de “participación general”, se basó en el principio de reciprocidad y tuvo el propósito de eliminar las desventajas que pudieran presentarse en el equilibrio militar. El propósito era el de que las Convenciones y los reglamentos solamente serían aplicables en un determinado conflicto si *todas* las partes estaban obligadas a cumplirlos. No eran aplicables cuando algunas de las partes lo eran también en los Convenios pero otras no.

De otra parte, las Convenciones de Ginebra reflejan “a constant endeavour to extend their application to the widest possible circle of States and conflictual situations, and to reduce to a minimum the legal grounds for avoiding such an application.”⁹² El párrafo 3 del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra que “expressly refute[s]” la cláusula *si omnes*⁹³ dispone:

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia si ésta acepta y aplica sus disposiciones.⁹⁴

⁹¹ Ver, en general, The Prosecutor v. Duško Tadić, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995.

⁹² Abi-Saab, G., *The Specificities of Humanitarian Law*, cit. supra nota 74, 267 (se omite la nota al pie).

⁹³ *Id. ib.*

⁹⁴ El artículo 1 de los Convenios de Ginebra dispone: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”, lo que podría entenderse, independientemente de condiciones de reciprocidad.

Los Convenios, sin embargo, hipotéticamente preservan de alguna manera el principio de reciprocidad porque si una Potencia envuelta en un conflicto no es parte en los Convenios y no acepta estar vinculada por ellos, los Convenios no se aplican respecto de ella para los beligerantes.⁹⁵

¿Cuál es el propósito de los Convenios de Ginebra en materia humanitaria? Lo ha dicho la Cámara de Apelaciones del ICTY al describir el objeto y fin de los mismos, a los que consideró “fundamental humanitarian conventions. [...] to guarantee the protection of certain fundamental values common to mankind in times of armed conflict”.⁹⁶ Algunas disposiciones reflejan de manera especial ese objeto y fin humanitario. Por ejemplo, la prohibición de tomar represalias⁹⁷ y la prohibición para las partes de “exonerarse, [o] exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior” —que se refiere a las violaciones graves al Convenio —.⁹⁸ Otro ejemplo es el de la protección especial que se otorga a las llamadas “personas protegidas.” Los Convenios disponen que tales personas “no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorgan en el presente Convenio” o en acuerdos especiales.⁹⁹ Adicionalmente, los Convenios prohíben específicamente los acuerdos *inter partes* que puedan “perjudicar a la situación de [las personas protegidas] tal como se reglamenta en el presente Convenio, ni restringir los derechos que en éste se les otorga.”¹⁰⁰

Valga la pena puntualizar aquí que la Convención de Viena dispone en su artículo 60(5):

Lo previsto en los párrafos 1 a 3 [sobre terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación] no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter

⁹⁵ “Hipotéticamente” porque, como se ha visto, prácticamente todos los Estados del mundo son parte en los Convenios y muchas de sus disposiciones son derecho consuetudinario internacional. V. *Judgement by the Appeals Chamber of the ICTY in The Prosecutor v. Zejnil Delali_ et al., Judgement*, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001 (“*Delali_ Case?*”), paras. 112 – 113.

⁹⁶ *Delali_ Case*, para. 113.

⁹⁷ El artículo 46 del Convenio I dispone: Prohibición de las represalias. Están prohibidas las represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios o el material protegidos por el Convenio. V. igualmente, artículo 47 (Convenio II), 13 (Convenio III) y 33 (Convenio IV) y 20 y 51 a 56 del Protocolo adicional 1.

⁹⁸ Artículos comunes 51 (Convenio I), 52 (Convenio II), 131 (Convenio III) y 148 (Convenio IV).

⁹⁹ Artículos comunes 7 (Convenios I, II, III) y 8 (Convenio IV).

¹⁰⁰ Artículos comunes 6 (Convenios I, II, III) y 7 (Convenio IV).

humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

No obstante, nos atrevemos a sugerir que técnicamente la protección ofrecida por los Convenios y las disposiciones mencionadas no es absoluta. Esto porque, dentro de los términos de cada uno de los Convenios hay una cláusula que dispone que los Estados pueden denunciarlos. Aunque se disponga que “[l]a denuncia surtirá efectos un año después de su notificación al Consejo Federal Suizo [y que] la denuncia notificada cuando la Potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se haya concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas” y que “[n]o surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹⁰¹ el hecho es que los Convenios son denunciabiles.

Igualmente, tanto los Convenios como la Convención sobre Genocidio admiten reservas, siempre y cuando, como lo dispone el derecho de los tratados, ellas no vayan contra “el objeto y fin” de los tratados.¹⁰² La pregunta es entonces ¿cómo tratados que pueden ser denunciados¹⁰³ y están sujetos a reservas pueden considerarse *íntegramente* como *jus cogens*?

Un autor ha dicho lo siguiente:

A number of factors in the 1949 Geneva Conventions make them appear *particularly to satisfy criteria drawn from the perspective of jus cogens*:

- Many provisions stipulate the protection of persons in absolute terms. Each Convention contains a provision prohibiting reprisals against the persons protected by the Convention. (The provision in Convention IV does this only in a limited scale.
- The Conventions prohibit the conclusion of special agreements which would adversely affect the situation of protected persons or would restrict their rights as

¹⁰¹ Artículos comunes 63(Convenio I), 62 (Convenio II), 142 (Convenio III), 158 (Convenio IV) y 99.1 del Protocolo adicional 1. El propósito de estas disposiciones es el de mantener a las personas protegidas bajo protección hasta el término de las hostilidades y, en el caso de los civiles, “mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación” (Artículo 158, Convenio IV).

¹⁰² Artículo 19 (c) de la Convención de Viena. V. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 15 et seq. De hecho los Convenios y la Convención tienen varias reservas.

¹⁰³ En el *Nuclear Weapons* case, para. 82, la CIJ hizo notar que la denuncia en tratados codificatorios de DIH no había sido nunca (a esa fecha) utilizada, ni lo ha sido hasta ahora.

defined by the Conventions. Thus, derogations by treaties *inter se* which would have adverse effects are prohibited.

- The Conventions deny the validity of any renunciations of their rights by protected the persons.

- The Conventions single out the grossest violations as 'grave breaches', and prohibit the parties from absolving any other party of any liability incurred in respect of the 'grave breaches. There is a strong presumption that at least the prohibitions of the 'grave breaches' of the Conventions are peremptory.

- The Conventions have received a nearly universal degree of ratification.¹⁰⁴

Aun cuando se ha sugerido frecuentemente que al menos las disposiciones relativas a las "violaciones graves" de los Convenios tienen *status* de *jus cogens* también se acepta que muchas de las normas de los Convenios no llenan los requisitos para ser consideradas tales.¹⁰⁵ Las normas de *jus cogens* que son "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no aceptan acuerdo en contrario"¹⁰⁶ son de carácter general y resulta muy difícil identificar normas que sean imperativas por naturaleza a menos que sean muy generales. Esto vale también para los Convenios de Ginebra y la Convención sobre Genocidio.

Respecto de los Convenios de Ginebra se sugiere que solamente los principios y prohibiciones de los párrafos (1) y (2) del artículo 3 común son *verdaderamente* imperativos o *jus cogens*. Aquéllas otras normas de los Convenios y de los Protocolos adicionales, así como otros instrumentos de DIH, que reflejen los principios del artículo 3 común, también pueden considerarse imperativos. El artículo 3 común es de carácter general, incorpora las "elementary considerations of humanity" mencionadas por la CIJ, que derivan "from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience."

El artículo 3 común dice así, en la parte pertinente:

[C]ada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los

¹⁰⁴ Hannikainen, L., *op. cit. supra* nota 73, 605-6 (se omite la nota de pie).

¹⁰⁵ El mismo autor reconoce que "the number of norms fulfilling all the criteria is not necessarily very small, even if limited." (*Op. cit.* nota 73, 606).

¹⁰⁶ Artículo 53 de la Convención de Viena.

miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
[...]

Aunque el artículo 3 común se refiere a “conflictos no internacionales”, es generalmente aceptado que contiene bases mínimas aplicables en conflictos tanto de carácter internacional como no internacional. El Comentario del Comité internacional de la Cruz Roja al respecto dice *inter alia*, que “...el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario; que no afecta en nada a los asuntos internos del Estado; que sólo garantiza el respeto del mínimo de normas humanitarias que todos los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y en todas las circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de la guerra.”¹⁰⁷ En sus Comentarios a cada una de las Convenciones expresa que el artículo 3 común “[r]epresent[s]...the minimum which must be applied in the least determinate of conflicts, its terms must *a fortiori* be respected in the case of international conflicts proper, when all the provisions of the Convention are applicable. For ‘the greater obligation includes the lesser’, as one might say.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/CF595FD96AECBC17C1256DE1005BA00F#2>.

¹⁰⁸ ICRC commentary to common Article 3, en: Pictet, J. (ed.), *Commentary: II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, International Committee of the Red Cross, Geneva, (1960), 35. Esta opinión se repite en el Comentario a cada una de los Convenios.

La CIJ lo ha interpretado de la siguiente manera:

Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity".¹⁰⁹

Por su parte, la Cámara de Apelaciones del ICTY en una decisión de 20 de febrero de 2001, con base en la interpretación de la CIJ opinó también que el artículo 3 común es aplicable también en conflictos armados internacionales:

It is both legally and morally untenable that the rules contained in common Article 3, which constitute mandatory minimum rules applicable to internal conflicts, in which rules are less developed than in respect of international conflicts, would not be applicable to conflicts of an international character. The rules of common Article 3 are encompassed and further developed in the body of rules applicable to international conflicts. It is logical that this minimum be applicable to international conflicts as the substance of these core rules is identical.¹¹⁰

Por consiguiente, los principios del artículo 3 común satisfacen los criterios para poder ser considerados como norma de *jus cogens*. Recoge estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias de conflicto armado y a todos los Estados y que no son derogables por actos facultativos de los Estados. Como ya se ha dicho, el artículo "sets forth a minimum core of mandatory rules [and], reflects the fundamental humanitarian principles which underlie international humanitarian law as a whole, and upon which the Geneva Conventions in their entirety are based. These principles, the object of which is the respect for the dignity of the human person, developed as a result

¹⁰⁹ The *Nicaragua case*, para. 218, citando *Corfu Channel case*, I.C.J. Reports (1949), 22.

¹¹⁰ *Delali case, Judgement*, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 150. Esta decisión confirmó la tomada en *The Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, donde la interpretación de la CIJ sobre el artículo 3 común en el *Nicaragua case* fue aceptada. La Cámara de Apelaciones dijo que "at least with respect to the minimum rules in common Article 3, the character of the conflict is irrelevant." (para. 102).

of centuries of warfare and had already become customary law at the time of the adoption of the Geneva Conventions because they reflect the most universally recognised humanitarian principles.”¹¹¹

Respecto de la Convención sobre Genocidio, la CIJ dijo en su Opinión Consultiva de 1951 que hay poca disputa sobre la aseveración de que el delito de genocidio está universalmente prohibido. Dijo la CIJ:

[t]he origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses for humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention).¹¹²

Sin embargo, todos los artículos *relevantes* de la Convención sobre Genocidio tienen reservas, salvo los artículos 1 y 2.¹¹³ Se sugiere, por ende, que son *verdaderamente* imperativos o *jus cogens* los principios “underlying the Convention [and] recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation” porque desconocerlos “shocks the conscience of mankind.” solamente los principios enunciados en los artículos 1 y 2 que dicen:

Artículo I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o

¹¹¹ *Delali_ case*, , para. 143.

¹¹² *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1951), 23. V. Meron, T., *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 AJIL (1995), 556.

¹¹³ Los Estados Unidos formularon un “entendimiento” al artículo 2.

parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El bloque de constitucionalidad en Colombia¹¹⁴

El artículo 93 de la Constitución política de Colombia dice:

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.¹¹⁵

Este artículo merece, de entrada, las siguientes reflexiones preliminares:

La expresión “tratado o convenio”

La Constitución no define la expresión “tratado o convenio”. Es necesario, por consiguiente, entender que remite para ello al sentido que estas expresiones tengan en el derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tra-

¹¹⁴ V., en general, Nieto Navía, R., *Aspectos internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto*, en: Universidad de la Sabana, Año 9, Vol. 9, No. 1 *Persona y Bioética*, 21-42, esp. 27-31.

¹¹⁵ Valga la pena anotar que este artículo aparece con una redacción casi idéntica en la ponencia que presentó a la Asamblea Nacional Constituyente el ex ministro de Relaciones Exteriores y connotado internacionalista Diego Uribe Vargas, pero en la parte final del inciso 2 se decía “salvo que sean contrarios a aquella (sic)”, refiriéndose a la “carta de derechos y deberes” (Gaceta Constitucional, sábado 25 de mayo de 1991, 16) y se explica en la ponencia de la siguiente manera: “Esta norma busca evitar que al amparo de instituciones de emergencia, tales como el Estado de Sitio, se suspendan garantías fundamentales consignadas en los Tratados Públicos, que por tal motivo adquieren carácter imperativo [...] Dentro del progresivo avance de los Derechos de la persona, las normas restrictivas tienden a aumentarse, para poder poner freno a los desmanes del poder público bajo el pretexto de prevenir desórdenes internos” (*Id.*, 13). El 18 de junio de 1991, la Asamblea aprobó el artículo en los siguientes términos: “DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. Los tratados y convenios ratificados por el Congreso de Colombia y vigentes, que desarrollan los derechos humanos y que prohíben la limitación de los derechos en estado de excepción prevalecen en el orden interno. La carta de derechos y deberes se interpretará de conformidad con los tratados

tados de 1969¹¹⁶ define en el artículo 2 el tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Una definición similar aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí de 1986.¹¹⁷ De manera que, para efectos del artículo 93, un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹¹⁸

Los tratados “ratificados por el Congreso”

En el orden internacional la ratificación es una figura que se refiere a la manifestación del consentimiento en el orden internacional. El artículo 2 de la Convención de Viena dice:

2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

[...]

b) se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.¹¹⁹

Esa manifestación del consentimiento la hace la persona que tenga los “plenos poderes” como lo expresa la misma Convención en el literal c) del mismo artículo:

c) se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Gaceta Constitucional, jueves 27 de junio de 1991, 6, cursivas añadidas). Los cambios son del Comité de Redacción.

¹¹⁶ La Convención fue aprobada por el Congreso por ley 32 de 1985 y debidamente ratificada por el Gobierno.

¹¹⁷ La Convención fue aprobada por el Congreso por ley 406 de 1997 y debidamente ratificada por el Gobierno

¹¹⁸ Ver sentencia de la Corte Constitucional C-400 de 1998, M P Alejandro Martínez Caballero. Las sentencias que se citan de aquí en adelante son de la Corte Constitucional, a menos que se indique lo contrario.

¹¹⁹ Erró, por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando en sentencia de 22 de mayo de 1975 dijo que la celebración de tratados “es rematada con un canje de ratificaciones” porque, como queda visto, no es esa la única forma de manifestar el consentimiento.

representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

En los términos del artículo 7 de la misma Convención los plenos poderes los tienen quienes así los presentan o aquéllos que los tienen en virtud de sus funciones por que el derecho internacional así lo presume, a saber:

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
- b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia. Organización u órgano.

La ratificación resulta, entonces, ser un acto internacional ejecutado por los plenipotenciarios de los Estados, usualmente el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores, Jefe de Misión diplomática o persona a la que se han otorgado plenos poderes. Los Congresos no ratifican. En el caso colombiano, el Congreso tiene la facultad de aprobar los tratados, pero no la de ratificarlos:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

16. *Aprobar* o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional [...]

 (las cursivas no son del original)

Hay que entender entonces que a la Asamblea Constituyente y al ponente se les escapó esta precisión jurídica y que donde el artículo dice “ratificados por el Congreso” debería decir “aprobados por el Congreso”. Pero eso nos lleva a otro problema: la aprobación por el Congreso no necesariamente significa que el tratado en cuestión esté vigente. Cuando el Comité de Redacción borró la expresión “vigentes” ignoró completamente el trámite que los tratados sufren de acuerdo con la Constitución, a saber:

El Presidente negocia, directamente o a través de sus agentes, los tratados internacionales, en los términos de la Constitución:

ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

2. Dirigir las relaciones internacionales. [...] [C]elebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

El Congreso, como queda dicho, los aprueba. Dice la Constitución:

ARTICULO 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso [...]

La Corte Constitucional, por su parte, deberá estudiarlos y declarar si son o no constitucionales:

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

[...]

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. [...] Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.¹²⁰

Cabe preguntarnos si, para efectos del bloque de constitucionalidad basta que el tratado esté aprobado por el Congreso o es necesario también que esté vigente. La primera interpretación significaría que tratados aprobados pero no

¹²⁰ Definitivamente, aunque había varios exministros de Relaciones Exteriores, faltaron especialistas en derecho internacional en la Asamblea Constituyente. El “canje de notas” no es sino una forma de manifestar el consentimiento en los casos en que las partes acuerdan el texto en dos instrumentos diferentes que luego “canjean”, como lo dice la Convención de Viena: “**11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.** El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, *el canje de instrumentos que constituyen un tratado*, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra

ratificados “prevalecen en el orden interno”, lo cual constituiría un esperpento jurídico, contrario no solamente a las leyes de los tratados sino a la lógica.

Un principio general de interpretación de las normas nos dice que hay que darles la interpretación que produzca efectos frente a aquella en que no produzca ninguno. Como no hay tratados “ratificados” por el Congreso, la norma es vacía pero habrá que acomodarse a ella e interpretarla en el sentido de que se refiere a tratados “aprobados por el Congreso y vigentes”.¹²¹

Por consiguiente, para los efectos del artículo 93 de la Constitución, la expresión “tratados y convenios” se refiere a acuerdos internacionales que reconocen derechos humanos, celebrados por escrito entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales y regidos por el derecho internacional, ya consten en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular, que hayan sido suscritos por el Presidente de la república o su representante, hayan sido aprobados por el Congreso mediante una ley, hayan sido declarados exequibles por la Corte constitucional – si son de aquellos celebrados después de la Constitución de 1991 –, y el gobierno haya manifestado su consentimiento en obligarse.

forma que se hubiere convenido.” (Cursivas añadidas). Por otra parte, es bien sabido que para poder formular reservas a los tratados se requiere que estos no las prohíban expresa o tácitamente o que no sean incompatibles con el objeto y fin del mismo, al tenor de lo estipulado en el artículo 19 de la Convención de Viena: “**19. Formulación de reservas.** Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.” Eso significa que, si la Corte llegare a declarar inconstitucionales ciertas disposiciones de algunos tratados, ello significa simple y llanamente que el Ejecutivo no puede manifestar el consentimiento. Pero eso no lo previeron los constituyentes. Adicionalmente, la expresión “multilateral” es, por decir lo menos, imprecisa. ¿Incluye los bilaterales? Porque es obvio que todo tratado se hace entre más de una parte y es, por ende, multilateral, pero en el orden internacional esa expresión se usa para referirse a los tratados de “muchas” (*multi*), más de dos, partes. “Multilateral treaty is an international agreement between *three or more parties*” (Wildhaber, L., *Multilateral Treaties*, en: Bernhardt, R., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV (2000), 949) (cursivas añadidas).

¹²¹ “El Estado colombiano sólo puede legítimamente obligarse a nivel internacional una vez se hayan surtido los trámites internos de aprobación del tratado, tal y como lo ordena la Carta. Es una norma fundamental sobre competencia de nuestro ordenamiento que debe haber previamente aprobación del Congreso y revisión constitucional por esta Corte para que el Ejecutivo pueda manifestar internacionalmente el consentimiento de Colombia.” (Sentencia C-400/98, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

Los tratados que prohíben “la limitación [de los derechos humanos] en los estados de excepción”

No hay tratados de derechos humanos que prohíban la limitación de los derechos humanos en estados de excepción, sino, como se verá en los textos que se insertan más adelante, algunos prohíben la suspensión de algunos de ellos durante los estados de excepción. No es lo mismo, aunque la Corte no se haya percatado de ello, limitar que suspender. En sentido estricto, la norma no admitiría la integración de esos tratados a la Constitución.

Dice un autor:

[...] no hay ningún tratado de este tipo [que prohíba la limitación de derechos humanos en estados de excepción], ni uno solo [...] porque los derechos son limitables incluso en situaciones ordinarias y de normalidad. A esa confusa redacción [del artículo 93] se agrega la del artículo 214 que dice: “Los estados de excepción [...] se someterán a las siguientes disposiciones: [...] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Es decir, la Constitución colombiana no permite la suspensión de derechos y libertades, ni aún durante los estados de excepción. La Constitución colombiana es más papista que el Papa. Es la única Constitución, repito, la única Constitución del mundo que prohíbe la suspensión de derechos y libertades durante los estados de excepción. La única porque [...] los tratados internacionales sí permiten la suspensión de derechos y libertades durante tales situaciones de emergencia y, por supuesto, todas las constituciones nacionales de los Estados han seguido esa línea.

[...] Fue esa redacción del artículo 214 la que hizo que Luis López Guerra, entonces vicepresidente del Tribunal Constitucional Español [...] y constitucionalista muy famoso, escribiera un artículo haciendo un análisis comparado sobre los estados de excepción y dijera que tal como estaba la figura [...] en Colombia, más valdría no tenerla. Y tiene razón, porque a lo anotado habría que añadir que hay una normita adicional en el 214, el numeral tercero, que dice: “No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado”.

Es decir, las dos funciones tradicionales de los estados de excepción, que son la suspensión de derechos y libertades de un lado, y el otorgamiento de mayores facultades o poderes al ejecutivo para enfrentar la situación de excepción, por el otro, no son posibles en la Constitución colombiana.¹²²

¹²² Nieto Loaiza, R., *La Necesidad de un Estatuto antiterrorista y sus Limitaciones jurídicas nacionales e internacionales*, en: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 16 Revista de Derecho público (junio de 2003), 70-71. Dice el mismo autor que la Asamblea Constituyente hizo “una Constitución para Dinamarca, estando en Cundinamarca” (*Ibid*, 70).

Ha dicho la Corte:

[C]abe anotar que de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”¹²³, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”¹²⁴, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador.¹²⁵

Las dos únicas Convenciones de derechos humanos aplicables a Colombia que contienen una cláusula relativa a la *suspensión* de garantías, son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su orden dicen:

A.- Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, *suspendan* las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención [...]

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (cursivas añadidas).

¹²³ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias No. C-225 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero (cita del original).

¹²⁴ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz (cita del original).

¹²⁵ Sentencia C-225-95 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

B.- Pacto de Derechos Civiles y Políticos

1. Suspensión de garantías

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, *suspendan* las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...]

2. La disposición precedente no autoriza *suspensión* alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. (cursivas añadidas).

No hay referencia alguna a *limitación* ni prohibición de que se limiten los derechos respectivos sino de que se suspendan. Como dice la Convención de Viena en sus reglas de interpretación, “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”¹²⁶ Nada permite en estos textos ir más allá de lo que dicen y no se puede entender que hablan de *limitación* cuando mencionan *suspensión*.

De acuerdo con la Corte, que para ello se basó en jurisprudencias y doctrinas de otros Estados,¹²⁷ la norma del artículo 93 asimila los tratados en cuestión al nivel constitucional, siempre y cuando se cumplan los dos requisitos que explícitamente menciona: que los tratados hayan sido “ratificados” (léase “aprobados”) por el Congreso y que prohíban la limitación de los derechos humanos en estados de excepción. A ello hay que añadir aunque la norma no lo diga, que estén vigentes internacionalmente porque el Gobierno ha manifestado su consentimiento.

Por otra parte, recordemos el inciso 2 del artículo 93:

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El inciso 2 del artículo 93 tiene una categoría distinta: es una guía de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta. Al referirse a esta norma la Corte ha dicho que

¹²⁶ Artículo 31.1. Las cursivas no son del original.

¹²⁷ Sentencia C-225-95 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.¹²⁸

La Corte, en estricto derecho, solamente puede utilizar la “jurisprudencia” de las instancias internacionales para interpretar los tratados. En ese sentido debe tener en cuenta el artículo 38 del Estatuto de la CIJ que contiene las “fuentes del derecho” en materia internacional y que dice:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”.

El artículo 59 del Estatuto, a su vez, dice que “[l]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que haya sido decidido”.

La jurisprudencia es solamente *una fuente auxiliar* para la interpretación de las reglas de derecho. La jurisprudencia la conforman las *decisiones judiciales*.¹²⁹ Sirve, exclusivamente, como una pauta para interpretar el tratado —no la Constitución— de que se trate y carece de rango constitucional. Si el tratado respectivo tiene un

¹²⁸ Sentencia T-1319/01 M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes.

¹²⁹ La Corte ha utilizado, especial pero no exclusivamente en materia laboral y de salud, “recomendaciones” o “sugerencias” de entidades internacionales que no constituyen jurisprudencia. Al hacerlo, no solamente ignora la teoría de las fuentes del derecho sino que excede la Constitución y sus atribuciones. La Corte dijo: “Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ‘es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)’”. Sentencia T-859/03 M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no contempla “Comité” alguno —que sí contempla, en cambio, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos -- y las referencias que en él se hacen lo son al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), un órgano de la Carta y a la Comisión de Derechos Humanos, otro órgano independiente creado por Naciones Unidas. Ninguno de los dos, sin embargo, tiene la atribución estatutaria de “interpretar” el Pacto. El Comité se estableció en virtud de la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985 del ECOSOC, para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a ese Consejo en la parte IV del Pacto. “El Comité [...] publica su interpretación del contenido de las normas sobre derechos humanos, en la forma de comentarios generales sobre asuntos temáticos” [“The Committee [...] publishes its interpretation

órgano autorizado para interpretarlo —una corte— esa jurisprudencia es relevante para la interpretación que de dicho tratado haga la Corte constitucional. Todo, sin embargo, hay que entenderlo en los términos del tratado de que se trate, que son los términos a los que se ha obligado la República de Colombia al ratificarlo.

Las reglas de interpretación de la Convención de Viena¹³⁰, que son aplicables a los tratados celebrados por Colombia en virtud del artículo 9 de la Constitución Política,¹³¹ se basan, en el derecho común, recogido por lo demás en nuestro Código Civil.¹³² Las partes, y sólo las partes, interpretan *auténticamente* los tratados. Solamente cuando no llegaren a un acuerdo en la interpretación podrá hacerse una interpretación judicial, en este caso a través de tribunales internacionales, según el caso. En el caso de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, la interpretación *judicial* le corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien por la vía de los casos que resuelva y *respecto exclusivamente de las partes en el caso*, o por la vía de las opiniones consultivas. Sin embargo, sus opiniones “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce [en relación con las partes] para sus sentencias en materia contenciosa”.¹³³ Diferencias de interpretación que lo ameriten entre las partes, en el caso del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* o, para mencionar otros casos, de la *Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* o *La Convención sobre los Derechos del Niño* deben ser resueltas por la Corte Internacional

of the content of human rights provisions, in the form of general comments on thematic issues”] según se lee en <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (las negrillas no son del original). La Corte ha basado muchas decisiones sobre temas económicos, sociales y culturales sobre la particular —y propia— interpretación del Comité el cual, como se ha expresado, carece de facultad para interpretar el Pacto.

¹³⁰ “Artículo 31.1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin [...] 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

¹³¹ **Artículo 9.-** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y *en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*” (las itálicas no son del original).

¹³² **Artículo 27.-** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Artículo 28.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía [...]

¹³³ Corte I.D.H., “[O]tros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-1/82 Serie A Núm. 1 párr.41.

de Justicia porque ninguno de los tres tratados tiene una corte propia. Como las decisiones judiciales solamente son aplicables *inter partes* la jurisprudencia que así se genere constituye solamente una fuente auxiliar.

Hay que concluir, entonces, que el intérprete no puede apartarse del tenor literal del tratado so pretexto de consultar su espíritu, que sólo las partes interpretan los tratados —y aquí deberíamos añadir que, para este efecto, partes son los Estados actuando de consuno a través de sus gobiernos y que esta atribución no le corresponde a la Corte— y que, en caso de desacuerdo, se *puede* acudir a una interpretación judicial hecha por la corte que el tratado contemple o, si no la contempla y las partes han aceptado su jurisdicción, por la CIJ o por un tribunal de arbitraje *ad hoc*.

Hechas estas precisiones, que creemos útiles respecto del llamado “bloque de constitucionalidad”, veamos su relación con DIH que es el objeto de este comentario.

Diferencias entre la protección de los derechos humanos y el DIH

Hay diferencias sustanciales entre el régimen internacional de los derechos humanos (“DDHH”) y el DIH, algunas de las cuales mencionamos a continuación.¹³⁴

La protección de los DDHH corresponde al Estado. Solamente el Estado puede violarlos.¹³⁵ Si un particular comete un secuestro, con lo cual atropella el derecho a la libertad y a la movilización, técnicamente no viola los DDHH, comete un delito. Si el Estado detiene a una persona y lo encarcela sin el requisito de una orden judicial y un juicio justo, viola los DDHH. Ello no significa que las violaciones las cometan solamente quienes tengan la condición de funcionarios del Estado. En

Esta es también, por otra parte, la tesis de la CIJ, Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1950, 65.

¹³⁴ Ver, en general, Nieto Loaiza, R., *Diferencias y Similitudes entre los DD.HH y el D.I.H., en: Operaciones militares en el Marco del Respeto y Defensa de los DD.HH y del D.I.H. en Colombia* (2001), 57-69.

¹³⁵ Ver opinión distinta en Nieto Loaiza, R., *Diferencias y...*, *cit. supra* nota , 64. La consideración de respaldo a esta opinión tiene cierto valor ético y político: “los derechos humanos son hoy una moneda, una medida del valor de la conducta [...] cuando decimos que uno u otro [un insurgente o el Estado] violó los derechos humanos, estamos haciendo además de un juicio jurídico un juicio ético que es muy importante [...] En ambos casos, lo que genera responsabilidad internacional para el estado no es la violación misma, sino el incumplimiento de la obligación internacional de garantía [que el Estado tiene].” (*Id.*, 64-65).

ciertas circunstancias, el Estado puede responder por violaciones cometidas por personas que no son funcionarios, pero ello no corresponde analizarlo aquí.

La protección que el Estado debe otorgar al individuo corresponde aplicarla en tiempos de paz y, con las limitaciones necesarias, en situaciones de guerra o emergencia. Si, por ejemplo, hay una zona de desastre, el Estado puede limitar el derecho de movilización.

Solamente el Estado responde por la violación de DDHH. “En estricto sentido, no es ni siquiera la violación de los derechos humanos lo que genera la responsabilidad internacional del Estado [...] es el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, obligaciones que consisten en respetar los derechos humanos y en garantizar su ejercicio.”¹³⁶

El DIH, en cambio, está diseñado para ser aplicado exclusivamente en situaciones de conflicto armado, sea de carácter internacional o interno. Obliga a todos aquéllos que toman parte en él. Son ellos quienes deben responder por sus violaciones.¹³⁷ Por eso el DIH es un derecho de excepción, para situaciones de anormalidad que vayan más allá de meros disturbios o tensiones internas.¹³⁸

Ambos tipos de ordenamiento tienen en común que su fin es la protección de la persona humana y la preservación de su dignidad.

¹³⁶ *Id.*, 64. Es lo que consagra el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esa razón, la Corte Interamericana “juzga” Estados y no individuos.

¹³⁷ Por esa razón los tribunales militares en tiempos de guerra o a continuación de ella (como el de Núremberg), el ICTY y el ICTR y ahora la Corte Penal Internacional juzgan a individuos y no a Estados.

¹³⁸ Observa Christopher Swinarski del Comité Internacional de la Cruz Roja que el DIH “... es un derecho de excepción, de emergencia que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden internacional y también interno en el caso de un conflicto no-internacional.” (*Principales Nociones e Instituciones del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, (1990), 87). En un caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se conoce con el nombre de La Tablada (Informe n° 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella, Argentina, 18 de noviembre de 1997), la Comisión dijo: “156. Por lo tanto, la Comisión concluye que el choque violento entre los atacantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas, a pesar de su corta duración, activó la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos”, con lo cual desconoció de un plumazo todas las diferencias entre disturbios, motines y un conflicto armado, que no se caracteriza solamente porque se enfrenten dos grupos armados. Pero, además, la Corte Interamericana ha dicho: ““33.[La Convención Americana] sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.” (Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de Febrero de 2000). Si la Corte Interamericana carece de esa competencia, más aún la Comisión.

En esta materia la Corte está confundida

Ya mencionamos que el ordinal 2 del artículo 214, que se refiere a estados de excepción dice que en ellos “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Vamos a suponer que esa disposición no proviene de una confusión entre DDHH y DIH¹³⁹, sino que la Constitución pretende que se apliquen en situaciones de conmoción interior que no sean conflicto armados “las reglas del derecho internacional humanitario”. Igualmente, vamos a ignorar que “reglas del derecho internacional humanitario” son tantas que a la hora de la verdad no se sabe si la Constitución se refiere a todo el llamado “derecho de guerra”, más el de La Haya, más el de Ginebra etc. Loable propósito.

Pero eso es una cosa y otra muy distinta que la Corte no haga las distinciones que le corresponden.

En la sentencia en la que consideró la aprobación del Protocolo adicional II, la Corte hizo una interpretación en la que confundió las normas imperativas (*jus cogens*) del derecho internacional que son contadas en los dedos de una mano, con el *derecho consuetudinario* internacional del cual no todas las normas han sido codificadas.

Esta Corporación [...] en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *jus cogens*.

“[L]os principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *jus cogens* o *derecho consuetudinario de los pueblos*. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional [...]. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.”¹⁴⁰

¹³⁹ La disposición completa dice: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

¹⁴⁰ Sentencia C-225-95 M. P. Alejandro Martínez Caballero. Las cursivas no son del original. La cita corresponde a Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

Con base en esa confusión concluyó que “es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción”. Como ya vimos, es verdad que las Convenciones de Ginebra son derecho consuetudinario y si no lo fueren han sido ratificadas por toda la comunidad internacional pero lo mismo no se puede predicar de los Protocolos que no han sido ratificados por la comunidad y que, además, muchos Estados los han ratificado con innúmeras reservas que impiden considerarlos como “práctica generalmente aceptada como derecho”. La sentencia no dice una sola palabra sobre ese hecho. Y, como si fuera poco, como tales Convenios y Protocolos se aplican exclusivamente en tiempo de conflicto armado, es obvio que no tienen cláusula alguna que se refiera a los estados de excepción. La guerra es per se un estado de excepción.

En esa misma sentencia, la Corte vinculó las convenciones de DIH al artículo 93 de la siguiente manera:

Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados.”¹⁴¹

En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción.

En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”¹⁴².

12- A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno.

¹⁴¹ Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón. Nota del original

¹⁴² Sentencia C-179/94. MP Carlos Gaviria Díaz. Nota del original.

La sentencia de la Corte en esta materia¹⁴³ está llena de ideas generales que se sueltan sin análisis ni detalle.

Conclusión

Identificar las normas de derecho internacional que puedan considerarse como verdadero *jus cogens* no es fácil. Muchas que *prima facie* pueden aparecer como tales, sometidas a escrutinio, fallan en cumplir los requisitos. Esa tarea es igualmente difícil en el contexto del DIH. Los Convenios de Ginebra que sientan principios fundamentales del DIH, tienen sin embargo muchas disposiciones que no pueden ser consideradas como *jus cogens*.

Siguiendo una interpretación estricta del concepto, que es la que corresponde si se analiza el comportamiento de los Estados y los *travaux préparatoires*, solamente los principios básicos del artículo 3 común pueden ser considerados imperativos. En lo que toca con la Convención sobre Genocidio, solamente los principios básicos de los artículos 1 y 2 pueden considerarse como tales.

En lo que a Colombia se refiere piensa el autor de estas líneas que en materia tan delicada, valdría la pena que la Corte analizara sus sentencias con detalle. La situación de conflicto que vive el país lo exige y lo justifica. Bien está que se apliquen las normas humanitarias, como lo dispone el artículo 214.2, aunque por supuesto esto requiera de mayor precisión. Pero a la Corte le corresponde actuar con prudencia, con inteligencia y con sabiduría que no ha mostrado en las sentencias que hemos analizado.

Bogotá, enero 2006.

¹⁴³ Lo mismo vale para las que la propia Corte cita en el párrafo que se acaba de insertar.