

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ¿NORMA DE IUS COGENS?

JUANA INÉS ACOSTA-LÓPEZ*
ANA MARÍA DUQUE-VALLEJO**

RESUMEN

Este artículo aborda uno de los principales problemas jurídicos en el marco del debate acerca del valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): ¿es la DUDH una norma de *ius cogens*? Las autoras plantean problemas jurídicos relacionados con el concepto de *ius cogens* internacional, para demostrar que la Declaración Universal, como instrumento, no puede ser catalogada como norma de derecho imperativo, aunque algunas de las prohibiciones que nacen del instrumento sí pueden incluirse dentro de esta categoría.

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2007

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Externado de Colombia, en curso. Profesora de Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad de La Sabana. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad del Rosario. Coordinadora del Grupo Operativo Interinstitucional del Ministerio de Relaciones Exteriores. Coordinadora del Grupo de Doctrina y Asesoría del Ministerio de Defensa Nacional. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional – CEDI de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Abogada de la Universidad de los Andes. Maestría en Asuntos y Políticas Internacionales en la Universidad de Columbia y la Universidad Externado de Colombia, en curso. Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de los Andes. Asesora de la Viceministra del Interior, Ministerio del Interior y de Justicia.

Alrededor de este análisis, se evidencian los peligros de la *banalización* del concepto de *ius cogens*, ante la importancia de preservar su esencia, como norma que no admita derogación alguna, bajo ninguna circunstancia. Por tanto, se rechazan todas aquellas interpretaciones que tiendan a ampliar de manera excesiva el contenido de este concepto, el cual nace del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969.

Palabras clave autor: derecho internacional público; Declaración Universal de Derechos Humanos; *ius cogens*; obligaciones *erga omnes*.

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS ¿NORMA DE IUS COGENS?

ABSTRACT

This paper addresses one of the major legal issues concerning the debate about the legal value of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR): Is the UDHR ius cogens? The authors explain legal problems related to the concept of ius cogens in order to show that the Universal Declaration cannot be classified as an imperative rule of law, even though some of the prohibitions that are implied in the UDHR have this nature. The authors present the dangers of the trivialization of the concept of ius cogens and the importance of preserving its essence as a rule that does not support repeal of any kind and under any circumstances. This paper searches to reject all the interpretations that would unduly expand the content of the concept of ius cogens, which is contained in article 53 of the Vienna Convention.

Key words author: *International Law; Universal Declaration of Human Rights; ius cogens; obligations erga omnes.*

Sumario: Introducción.- I. El concepto de *ius cogens*.- A. El concepto de obligaciones *erga omnes*.- II. La naturaleza de la DUDH.- III. Peligros de la *banalización* del concepto de *ius cogens*.- IV. Propuesta de análisis de la DUDH con relación al concepto de *ius cogens*.- Conclusiones.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

A propósito del aniversario de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), vale la pena preguntarse acerca de los desarrollos y discusiones jurídicas que se han puesto de presente con relación a la naturaleza jurídica de dicha Declaración. Al respecto, este artículo aborda uno de los principales problemas jurídicos en el marco de este debate: ¿es la DUDH una norma de *ius cogens*? Para hacerlo se desarrollarán (i) el concepto de *ius cogens* internacional, (ii) la naturaleza de la DUDH, (iii) los peligros de la *banalización* del concepto de *ius cogens*, (iv) una propuesta de análisis de la DUDH con relación al concepto de *ius cogens*.

I. EL CONCEPTO DE “IUS COGENS”

Siempre que se pretende explicar el fundamento normativo del *ius cogens* se acude al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹ (CV69), el cual establece:

“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”.

1 Al respecto cfr. CorteIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 66.

Sin embargo, tal como lo establece Schwelb, esta norma se limita a constatar la existencia de normas imperativas, pero no establece cuáles son estas normas². Igualmente, como lo señala Cebada “*es una definición incompleta que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con una norma internacional convencional*”³. Carrillo Salcedo al respecto también sostiene que el *ius cogens* no ha sido definido en el derecho internacional (DI) con precisión⁴.

Ahora bien, de la disposición de la CV69 podrían derivarse al menos tres características de las normas de *ius cogens*, a saber:

1. Pertenecen al derecho internacional general.
2. Son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional (CI) en su conjunto⁵, como normas que no admiten acuerdo en contrario, es decir, se trata de normas *inderogables*. De ahí que el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad internacional de los Estados establezca que en relación con las normas de *ius cogens* no operan circunstancias excluyentes de responsabilidad⁶, y que frente a este tipo de normas no se admita al objetor persistente, como en cambio sí puede admitirse frente a otras normas de carácter consuetudinario.

2 Referencia a Schwelb en Alicia Cebada Romero, *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*, 1, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002, www.reej.org).

3 *Ibid.*

4 Carlos Villán Durán (dir.), *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* 227 (Edit. Trotta, Madrid., 2002).

5 El ex juez de la CorteIDH, Antonio Cancado Trindade, los ha descrito como los “*principios [que] son indispensables (el jus necessarium), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una ‘idea de justicia objetiva’ (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional*”: voto razonado, en CorteIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

6 Artículo 26 del Proyecto CDI 2001.

3. Algunos autores⁷ separan esta última característica en dos distintas: (i) que la norma sea aceptada por la CI y (ii) la inderogabilidad. Sin embargo, la esencia del carácter de *ius cogens* no reside en que la norma en sí misma sea reconocida por la CI, sino en que ésta última haya coincidido en que dicha norma tiene un carácter inderogable. Veremos que esto es lo que distingue una norma de este carácter de las obligaciones *erga omnes*.
4. Sólo pueden ser modificadas por normas del mismo carácter. Este elemento de la definición presenta, desde el punto de vista de las autoras, algunos importantes interrogantes. En efecto, si la CI coincidió en valores tan importantes, que no pueden ser desconocidos bajo ninguna circunstancia, no parecería del todo lógico que puedan ser derogados, incluso si la norma que los deroga ha logrado reunir las características de las normas de *ius cogens*.

Al plantear este problema a nuestros estudiantes, se formularon las siguientes interesantes respuestas:

A pesar de que hoy existen ciertas normas de derecho imperativo internacional, como la prohibición de la tortura, por ejemplo, la CI podría ponerse de acuerdo en otro sistema completamente distinto de normas, no derogables, las cuales podrían incluso permitir la tortura. Lo anterior, en razón al carácter evolutivo y mutable del DI.

Esta interpretación, aunque interesante, no deja de causarnos preocupaciones. En efecto, si lo que se quería era precisamente evitar que incluso el consenso de los Estados pudiera derogar valores esenciales importantes para la CI, no parece razonable, al menos en la redacción de la CV69, que eso fuera lo que hubieran querido los Estados. No quiere decir que la CI no pueda decidir en la práctica nuevas reglas, al fin y al cabo, es cierto que el DI es mutable. La pregunta es si los Estados querían dejar abierta la brecha para que se pudieran repetir conductas, hoy en día absolutamente reprochables.

7 Cfr., p. ej., Cebada Romero, ob. cit., supra nota 2, 4, y Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Ius Cogens)*, 3, en *International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finis Lawyers Publishing Co., 1988).

También surge el interrogante de cuál sería la nueva norma, en el mismo ejemplo de la tortura, que derogaría la primera norma imperativa ¿Tendría que estar redactada como una permisión? Y en ese caso, por ejemplo, ¿podría establecerse una norma que dijera “En todas las circunstancias, se permitirá la tortura”? De otra manera, parece que no podría formularse una norma, igual de categórica y de carácter inderogable, que pudiera efectivamente derogar la anterior.

Si bien hoy existen ciertas normas de derecho internacional imperativo, estas pueden ser ampliadas, modificadas o adicionadas por otras normas de *ius cogens*, posibilidad ésta a la que se refiere el artículo 53 CV69.

Esta interpretación, aunque más sostenible que la anterior, genera al menos dos interrogantes: en primer lugar, el concepto de *nuevo ius cogens* ya está contemplado en otra norma de la CV69, a saber, el artículo 64. En efecto, este canon establece que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Por tanto, si el artículo 53 se refiriera al nuevo *ius cogens*, privaríamos al artículo 64 de su efecto útil.

En segundo lugar, cabe preguntarse si una modificación o una ampliación de una norma se puede catalogar de igual manera que una derogatoria. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), por ejemplo, al menos en lo relacionado con los derechos, se refiere a la supresión (o derogación) como un acto ilícito, pues implica dejar de reconocer el derecho en cuestión⁸. Parecería entonces distinto derogar una norma que modificarla o adicionarla. Ahora bien, si se trata de una adición a la norma, podría catalogarse dentro de las posibilidades contempladas en el artículo 64 CV69, y si se tratara de una modificación, podrían presentarse solo dos circunstancias: que la modificación intentara adicionar la norma (caso en el cual se aplica el mismo

8 CorteIDH, “La expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A No. 614, párr. 14: “El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras ‘al goce y ejercicio’, clarificó conceptualmente la cuestión” (resaltado fuera de texto).

supuesto normativo anterior), o que la modificación intentara restringir la protección, *inter alia*, mediante una excepción a la regla, lo cual implicaría necesariamente quitarle el carácter de total inderogabilidad a la norma.

Por ejemplo, ¿podría aceptarse una excepción a la regla de que se prohíbe la tortura bajo cualquier circunstancia? Esto tal vez podría derogar la norma anterior, pero iría en abierta contravía del sentido original de no permitir bajo ninguna circunstancia –incluso excepcional– cualquier tipo de tortura.

Las autoras consideramos que si el artículo 53 CV69 genera todo su efecto útil, no se puede presentar una circunstancia bajo la cual se pueda afirmar que se derogó la norma de derecho internacional imperativo por otra del mismo carácter. Esta circunstancia no podría existir, pues se estaría atentando contra la misma esencia del *ius cogens*. Habría bastado con la existencia del artículo 64 CV69 y la afirmación contundente y tajante de que las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas.

Esto, por cuanto compartimos la posición de Tomuschat cuando afirma que “*el reconocimiento de una categoría distinta de reglas proporciona la prueba más tangible de la existencia de una comunidad internacional fundamentada en premisas axiomáticas distintas a la soberanía del Estado*”⁹ (resaltado fuera de texto).

Un Estado, por ejemplo, puede estar de acuerdo en que una norma de DI no sea derogada, porque la acepta como obligatoria. Otro Estado que aún no la ha aceptado, en cambio, podría aducir que no la cumple, porque no basta el reconocimiento de la CI de que esa norma sea inderogable. Este problema se refleja, entre otras cosas, en la reivindicación de prácticas que en muchas ocasiones se consideran contrarias a las más elementales normas de *ius cogens*, como la ablación o la mutilación.

A. EL CONCEPTO DE OBLIGACIONES “ERGA OMNES”

Existen dos categorías que suelen confundirse: el concepto de obligaciones *erga omnes* y el de *ius cogens*. Como bien lo afirma

9 Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, 307, en Jan-Michael Simon, *Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002).

Cebada, desde un criterio literal “*cualquier obligación que se asume frente a todos es una obligación erga omnes*”¹⁰. La Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction*, estableció que las obligaciones *erga omnes* (a) se contraen ante toda la CI, y (b) contienen valores que conciernen a todos los Estados por la importancia de los derechos que envuelven¹¹.

Algunos autores consideran que la Corte Internacional de Justicia, al referirse a los elementos de las obligaciones *erga omnes*, realmente se estaba refiriendo a las normas de *ius cogens*¹². Por su lado, Cebada afirma que esta equiparación sería indudablemente cierta

“en lo que se refiere a las obligaciones erga omnes que han quedado incorporadas al derecho internacional general, de las que se puede decir que son, en todo caso, derecho imperativo. No ocurriría lo mismo con las obligaciones erga omnes atribuidas por normas de naturaleza convencional (las también llamadas obligaciones inter partes), a las que parece referirse el TIJ en la última parte de su obiter dictum. Las normas que tienen una naturaleza exclusivamente convencional no son imperativas, pues en nuestra opinión las normas imperativas tienen naturaleza consuetudinaria”.

Coincidimos en que las obligaciones *erga omnes inter partes* no pueden ser consideradas normas de *ius cogens*, pues esto les restaría su carácter de generales. Sin embargo, no coincidimos ni (i) con que toda norma de DI general pueda ser considerada a su vez de *ius cogens*, pues recuérdese que el acuerdo tiene que estar es en su carácter de inderogables, ni (ii) con que las normas imperativas tienen naturaleza consuetudinaria, pues perfectamente pueden haberse cristalizado en un tratado, y esto incluso les permite fortalecerse en el ámbito de la CI. A pesar de que Cebada afirma que pueden ser la combinación de costumbre y tratado, también habría que preguntarse si el tratado mismo puede establecer una norma imperativa de *ius cogens*, a pesar de que no haya existido antes una práctica de los Estados para evitar

10 Cebada Romero, ob. cit., supra nota 2, 2.

11 Corte Internacional de Justicia, Caso *Barcelona Traction*, Reports 1970, p. 32, párr. 33-34.

12 Cfr., p. ej., Rafael Casado Raigón, *Notas sobre ius cogens internacional*, 37 (Córdoba, 1991).

la conducta. Piénsese en el establecimiento inmediato de un tratado en 1944, que hubiera prohibido el genocidio, por ejemplo.

Coincidimos en cambio plenamente con el ex juez de la CorteIDH, Antonio Cançado Trindade, cuando afirma:

*“Por definición, todas las normas del jus cogens generan necesariamente obligaciones erga omnes. Mientras el jus cogens es un concepto de derecho material, las obligaciones erga omnes se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones erga omnes se refieren necesariamente a normas del jus cogens”*¹³.

De este modo, como abrebocas al estudio sobre el valor jurídico de la DUDH, las autoras no compartimos las tesis que tienden a ampliar de manera excesiva el contenido del concepto del *ius cogens*, no porque estas tesis restrinjan las posibilidades de existencia de normas imperativas, sino porque, por el contrario, ponen en peligro su esencia, su efectividad e incluso su existencia.

Si bien muchos otros interrogantes sobre el concepto de *ius cogens* podrían ser abordados, tales como si existe la posibilidad de un *ius cogens regional*¹⁴ o quién decide cuáles normas pertenecen a la categoría de *ius cogens*, el presente texto no pretende ser exhaustivo, por cuestiones de espacio, frente a estos debates. Por tanto, se abordará de manera principal el debate acerca de si un instrumento, como tal, puede tener dicho carácter, o si no puede catalogarse así a un instrumento, sino a sus normas, y aun en el análisis de dichas normas, si éstas pueden estar enunciadas como disposiciones positivas, o si tienen que consistir en prohibiciones.

En todo caso, resultaría necesario demostrar la existencia de los elementos arriba mencionados, para poder catalogar una prohibición, una norma o un instrumento con el carácter de *ius cogens*. La ausencia de cualquiera de los elementos de la CV69 no permitiría su categorización.

13 Voto razonado del juez Cançado Trindade, cit., supra nota 5, párr. 80.

14 Cebada piensa que no, por ejemplo, pues desaparecería el rasgo de universalidad de la norma y se presentarían serios problemas sobre su exigibilidad.

II. LA NATURALEZA DE LA DUDH

Existen diferentes posiciones en torno al carácter jurídico de la DUDH. Algunos sostienen que dicho instrumento tiene un carácter vinculante¹⁵, que es una norma consuetudinaria¹⁶, e incluso hay quienes lo elevan al rango de norma de *ius cogens*. De otro lado se encuentran los detractores que consideran que la Declaración es una mera resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por ello no tiene fuerza vinculante. Esta última posición traería como consecuencia que la DUDH sería simplemente un instrumento de *soft law*.

Sin duda la Organización de las Naciones Unidas se constituyó en el escenario propicio para la creación de este importante instrumento. En la Conferencia de San Francisco, donde se creó la Carta de la ONU, y con ello la organización, varios participantes clamaron por la redacción de un instrumento que lograra agrupar el anhelo manifiesto en relación con los derechos humanos. En razón a ello, en 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones

15 Al respecto, p. ej., Ortiz sostiene: “La obligatoriedad de la Declaración Universal fue reconocida por el Acta Internacional de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 (...) Además, la Declaración Universal ha sido aplicada reiteradamente por la Asamblea General en resoluciones que condenan las violaciones de derechos humanos y ha tenido una gran influencia en la legislación y las Constituciones de los Estados”: Loretta Ortiz, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, 27, en, *Derecho internacional de los derechos humanos* (Claudia Martín y Diego Rodríguez-Pinzón, eds., Edit. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004).

16 Al respecto, cfr. CIDH. Informe 44/04, Petición 2584-02, Inadmisibilidad, Laura Tena Colunga y otros, México, 13 de octubre de 2004, párr 36: “*Por tanto, de acuerdo con la norma mencionada y pese al carácter corriente de la Declaración Universal como instrumento del derecho internacional consuetudinario, la CIDH no es competente ‘ratione materiae’ para determinar per se violaciones de la Declaración Universal*” (resaltado fuera de texto). En el mismo sentido, cfr. Gabriela Rodríguez, *Normas de responsabilidad internacional de los Estados*, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., supra nota 15, 68. Esta autora sostiene que “[l]os Estados han reconocido ciertas obligaciones y estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, bien por la vía convencional, bien por la vía consuetudinaria, tal sería el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes y del Hombre”.

Unidas estableció la Comisión de Derechos Humanos, y dentro de ésta un comité de redacción con el mandato de elaborar la “Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Después de un cuidadoso escrutinio y más de 1.400 votaciones alrededor de cada una de las cláusulas y palabras, el 10 de diciembre de 1948, en París, la Asamblea General adoptó por mayoría¹⁷ los 30 artículos que conforman la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La DUDH se basa en el principio de que los derechos humanos se fundamentan en la “dignidad intrínseca” de todas las personas. Esa dignidad y los derechos a la libertad y la igualdad que se derivan de ella son indisputables.

Vale la pena destacar que la DUDH no adoptó la forma de tratado, en razón a que la mayoría de los Estados, en su momento, rechazaba la posibilidad de asumir obligaciones precisas con relación a dicho instrumento¹⁸.

No obstante, aunque la Declaración carece del carácter vinculante de un tratado, muchos países la han citado o han incluido sus disposiciones en sus constituciones y leyes¹⁹, y muchos pactos, convenios y tratados de derechos humanos concertados desde 1948 se han fundamentado en sus principios.

Esta Declaración, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus respectivos protocolos adicionales, conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, en la Proclamación de Teherán, la DUDH se declaró obligatoria en los siguientes términos: “*La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los*

17 En ese momento no existía la figura de la votación por consenso en la Organización de las Naciones Unidas.

18 Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 224.

19 Por ejemplo, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 10.2 que “*las normas relativas a los derechos humanos y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la Comunidad Internacional". Sin embargo, esta opinión no fue reiterada en la Conferencia Mundial de Viena en el año de 1993. En efecto, se afirmó en esta última Conferencia:

"Destacando que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos". (Resaltado fuera de texto).

Nótese cómo se renunció a hablar de obligatoriedad, especialmente obligatoriedad inmediata, para convertir el instrumento en una meta que es deseable alcanzar. Ciertamente no podría derivarse de esto su carácter imperativo²⁰.

Quizás el autor que mejor ha descrito los elementos del debate acerca de la naturaleza de la DUDH sea Carlos Villán Durán. En el marco de esta discusión, este autor pone de presente los siguientes elementos:

- Algunos autores señalan que la DUDH no es un instrumento separado de la Carta de las Naciones Unidas y no crea nuevas obligaciones sino que ayuda a determinar las obligaciones adquiridas en la Carta²¹. Al respecto, afirma Villán que eso sería tanto como aceptar que todos los preceptos de la DUDH se han convertido en derecho positivo²².
- Los partidarios del valor jurídico obligatorio de la DUDH fundamentan su postura en que ésta contiene principios generales del DIDH que a su vez se han convertido en costumbre²³.
- Carrillo Salcedo sostiene el carácter obligatorio de solo algunas disposiciones de la DUDH, específicamente lo relacionado con el "núcleo duro" de derechos humanos²⁴. En este concepto entrarían

20 Al respecto Villán Durán afirma: "si, además, se compara el texto de Viena con el de la Proclamación de Teherán de 1968, es forzoso concluir que la Declaración de Viena de 1993 evita referirse al valor jurídico obligatorio de la DUDH, por lo que la CI ha perdido una ocasión irrepetible de reafirmar tal valor, al tiempo que supone un cierto retroceso en relación con la Proclamación de Teherán": ob. cit., supra nota 4, 229.

21 Al respecto, Villán (ibíd.) cita a Galindo Pohl.

22 Ibíd., 211.

23 Ibíd., 223.

24 Esta posición es compartida por Ortiz, ob. cit., supra nota 15, 40.

entonces derechos tales como la vida, la integridad física y moral, y la prohibición de esclavitud y servidumbre²⁵.

- No todos los principios contenidos en la DUH tienen el mismo valor jurídico. Su valor, principalmente, dependerá de la práctica de los Estados.

Villán concluye que se puede seguir afirmando que ciertos derechos humanos consagrados en la DUDH pueden tener un carácter obligatorio, especialmente los que pertenecen al “núcleo duro”. En cambio, otros derechos, como el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad y el derecho a buscar asilo, no pueden ser considerados obligatorios de manera *universal*, dado que los Estados no han manifestado su voluntad política en este sentido²⁶.

En relación con lo anterior, vale la pena recordar que las normas jurídicas internacionales pueden proceder de diversas fuentes²⁷ o modos de creación del DI. En efecto, la progresiva cristalización del consenso de los Estados implica la elaboración del DI por etapas, de manera que ciertas declaraciones o resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden llegar a tener valor jurídico a partir del momento en que se pruebe que la práctica de los Estados ha seguido en su mayoría un comportamiento con las pautas de conducta dictadas en una determinada declaración o resolución del órgano internacional competente²⁸.

En ese contexto la DUDH, a pesar de haber sido aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución, incluye diversas normas jurídicas. Si revisamos el articulado de la Declaración encontramos normas de construcción consuetudinaria, como la contemplada en el artículo 3, e incluso podemos encontrar principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, como la disposición contemplada en el artículo 9.

Es así como se puede hablar de normas de diferente carácter y producidas por diferentes fuentes que hacen parte de la Declaración,

25 Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 226.

26 Ibid., 231.

27 Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

28 Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 104.

la cual nos atrevemos a calificar más como un ejercicio de compendio normativo que como un instrumento jurídico independiente, como lo sería un tratado.

En razón a lo anterior, en opinión de quienes escriben este artículo, los debates en torno al carácter vinculante de la DUDH se han construido a partir de una aproximación equívoca, pues deben generarse preguntas en torno a la naturaleza de las normas que la componen, y no de la Declaración como un todo.

III. PELIGROS DE LA “BANALIZACIÓN” DEL CONCEPTO DE “IUS COGENS”

La ampliación extensa y en algunos casos exagerada que se ha dado al concepto de *ius cogens*, y en ese contexto a las disposiciones y normas que lo componen, ha dado lugar a una especie de *banalización* de este concepto, en el sentido de que se ha llegado incluso a afirmar que todas las normas que protegen los derechos humanos, en general, pueden ser potencialmente calificadas como normas imperativas de DI.

Sin duda alguna, el respeto universal de todos los derechos humanos, es una meta deseable de ser alcanzada por parte de la CI. No obstante, lo que puede resultar al menos conflictivo es que por ampliar de manera indiscriminada el concepto de *ius cogens*, éste pierda su verdadera esencia y por tanto su efectividad. Incluso cuestionamos, como se mencionó líneas arriba, que se termine sacrificando la existencia de esta categoría de normas, lo cual traería más perjuicios que beneficios a la CI.

Uno de los peligros de la *banalización* del *ius cogens* está relacionado con las consecuencias que se derivan del incumplimiento de una norma de este carácter. En efecto, el artículo 40 del Proyecto de 2001 de la CDI se refiere a este tipo de violaciones como *violaciones graves*, es decir, se trata de una responsabilidad agravada. Si se *banaliza* el concepto y todos los derechos son bautizados como *ius cogens*, entonces toda responsabilidad sería agravada, lo cual quitaría el efecto útil a la agravación. Es decir, no sería una sanción política adicional para los Estados.

Sobre este peligro de la violación *calificada* por violación de normas de *ius cogens*, Carrillo Salcedo afirma que “*el derecho a la responsabilidad internacional debería precisar en el futuro qué normas tienen el carácter de ius cogens, qué órgano internacional tendrá competencia para decidir cuándo el comportamiento del Estado es contrario a una norma imperativa del DIDH y cuáles son las consecuencias jurídicas de la violación*”²⁹.

Para superar el problema de la *banalización* del concepto, se ha llegado a hablar del *ius cogens reforzado*, el cual estaría integrado por “*aquellas normas que protegen un valor tan esencial que la determinación de la gravedad de la violación no suscita problemas*”³⁰. Esta lógica, desde el punto de vista de las autoras, no resulta conveniente, pues ese llamado *ius cogens reforzado* es realmente el concepto de *ius cogens* original. El resto de preceptos son evidentemente vinculantes, sea por la vía convencional o por la vía consuetudinaria, pero no deberían estar categorizadas como normas imperativas.

En este marco, quienes escriben creemos que la mejor manera de abordar el concepto de *ius cogens* es elevar a esta categoría únicamente preceptos que estén enunciados como prohibiciones³¹, y de ser posible, aquellas que no admitan ningún tipo de excepción. Lo anterior, por cuanto las prohibiciones permiten entender en toda su dimensión el concepto de *inderogabilidad*.

Algunos autores han considerado que las normas que tienen carácter de *ius cogens* son aquellas que están establecidas en los instrumentos internacionales, como aquellas que no admiten suspensiones, ni siquiera en estados de excepción. Estas normas

29 Salcedo Carrillo, *Soberanía de los Estados*, 240-241, en *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit. supra nota 4..

30 Cebada Romero, ob. cit., supra nota 2, 10.

31 Por ejemplo, el ex juez de la CorteIDH, Antonio Cançado Trindade, refleja este análisis del carácter de *ius cogens* de una prohibición y no de un derecho, frente al tema del asilo, así: “*No hay que olvidarse, pues, que ha habido manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo que afirman el carácter de ius cogens del principio del non-refoulement*”: ob. cit., supra nota 5.

pertenecerían a un “núcleo duro” inderogable, y por tanto estarían protegidas como normas imperativas de DI³².

En relación con este argumento, vale la pena cuestionarse lo siguiente. No es cierto que los enunciados de protección de derechos, tales como el respeto al derecho a la vida, a la integridad o a las libertades políticas, a pesar de pertenecer al núcleo inderogable de derechos, no admitan excepciones bajo ninguna circunstancia. Por ejemplo, los derechos a la vida³³ y a la integridad pueden ser limitados e incluso suprimidos legítimamente, bajo las normas del DIH, a pesar de que quisiéramos que no tuviera que ser así bajo ninguna circunstancia. Por el contrario, la prohibición de la tortura³⁴ no admite ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia³⁵, y lo mismo ocurre con la prohibición del genocidio³⁶ y la prohibición de la desaparición forzada³⁷.

Asimismo, lo que constituye *ius cogens* no deben ser los instrumentos como tal, o las normas plasmadas en artículos, sino las disposiciones sustanciales, las cuales pueden estar recogidas en distintas fuentes del DI. Lo anterior, por cuanto precisamente

32 Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 90.

33 La CorteIDH ha elevado este derecho a la categoría del *ius cogens* internacional.

34 Tal como lo afirma el ex juez Cançado Trindade, en el caso *A. Furundzija* (sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el derecho internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *ius cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160).

35 Al respecto, por ejemplo, Villán Durán afirma: “*puesto que la prohibición de la tortura encuentra su fundamento en una norma del ius cogens del DIDH, cualquier derogación de esa norma que se intente desde el ángulo de un pretendido particularismo religioso no podrá ser aceptable*”: ob. cit., supra nota 4, p. 111.

36 Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la Convención sobre el Genocidio de 1951 contiene “*principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorias para todos los Estados* incluso al margen de todo vínculo convencional” (resaltado fuera de texto). CIJ, Asunto de la validez de ciertas reservas, Dictamen del 28 de mayo de 1951, 23-24. Esta posición también ha sido sostenida por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-127 de 1993, exp. D-4099 y 4116, demandantes: Jaime Hernández Copete y Sonia Esther Rodríguez Noriega, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

37 Al respecto, cfr., p. ej., voto del juez Cançado Trindade, cit. supra nota 5, párr. 69.

se trata de normas que no deben estar recogidas en instrumentos vinculantes o haber sido declaradas como costumbre, sino que pertenecen a una categoría aún más importante, reconocida así por el conjunto de la CI.

Por ejemplo, varias veces se ha discutido si el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra debe ser considerado como norma de *ius cogens* internacional³⁸. Las autoras consideramos que el artículo como tal no pertenece a esta categoría. Otra cuestión distinta sería, verbigracia, afirmar que la prohibición de cometer actos inhumanos contra la población civil puede ser elevada a *ius cogens* internacional, entre otras razones porque no admitiría ninguna excepción, bajo ningún tipo de circunstancia.

Frente a las demás normas del DIH, la Corte Constitucional colombiana las ha catalogado, en su conjunto, como principios del *ius cogens*³⁹. Cabría preguntarse si realmente todas las normas pertenecen a esta categoría. Cuestión distinta es que, como lo afirmó la Corte Internacional de Justicia, estas normas “*constituyan principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario*”⁴⁰ (resaltado fuera de texto).

Así, debe destacarse que no es lo mismo una norma que ha sido catalogada como costumbre y una norma que es catalogada bajo el concepto de *ius cogens*. Una de las diferencias más importantes entre estos dos conceptos es que el primero admite la figura del

38 Al respecto, cfr., p. ej., la opinión del juez Cançado Trindade, quien afirma: “*al menos una corriente de la doctrina jurídica contemporánea ha llegado a caracterizar la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general; y nadie osaría hoy negar que las ‘leyes de humanidad’ y las ‘exigencias de la conciencia pública’ invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del jus cogens*”: voto razonado, cit. supra nota 5.

39 Cfr., p. ej., Corte Constitucional colombiana, sentencias C-225 de 1995, exp. LAT-040, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, y C-578 de 1995, proceso D-958, actor: Jaime Córdoba Triviño, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

40 CIJ, Asunto de la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Dictamen del 8 de julio de 1996, párr. 79. Al respecto, la CIJ ha manifestado los siguientes elementos para que exista la costumbre: una práctica generalizada, constante, uniforme y efectiva de los Estados y la *opinio juris* o convicción de los Estados acerca del carácter obligatorio de la norma.

objeto persistente, mientras que el segundo no la admitiría bajo ninguna circunstancia.

En definitiva, la trivialización de los conceptos en DI y especialmente de éste que busca una protección mayor, puede dar lugar a debilidades en la protección de los derechos de las personas. Asimismo, aumenta las posibilidades de que los conceptos pierdan su esencia y razón de ser. Por tanto, en relación con el *ius cogens*, las autoras proponemos que (i) sólo sean categorizados como tales las normas sustanciales, enunciadas como prohibiciones que no admiten ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia, y que, (ii) tal y como lo afirma Carrillo Salcedo, se requiere que se defina quién, en el ámbito del DI, tiene la competencia para dar esta categoría a dichas normas.

IV. PROPUESTA DE ANÁLISIS DE LA DUDH CON RELACIÓN AL CONCEPTO DE “IUS COGENS”

Una primera cuestión que debe tenerse presente es que, como lo afirma Villán Durán, “*el concepto de derechos humanos que dimana de la DUDH, a pesar de englobar valores inherentes al ser humano (...) está abierto a una evolución constante, pues su contenido varía conforme a las necesidades a satisfacer en cada momento histórico de la sociedad internacional*”⁴¹.

Estas afirmaciones ponen de presente dos características importantes del DI general y del DIDH en particular: su carácter histórico y evolutivo. Estas dos características, al menos a primera vista, parecen incompatibles con una interpretación acerca del carácter de *ius cogens* y por tanto con la inmutabilidad de la DUDH, por lo menos en su calidad de instrumento.

Ahora bien, las autoras compartimos las opiniones de Villán y de Carrillo Salcedo, respecto de que algunas de las disposiciones sustanciales de la DUDH han adquirido la categoría de *ius cogens*. Sin embargo, a diferencia de estos autores, no creemos que éstas se identifiquen necesariamente con el “núcleo duro”, es decir,

41 Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 64.

con aquellas normas que no admiten suspensión por los tratados internacionales de derechos humanos. Creemos, como hemos afirmado, que las prohibiciones que se derivan de la protección de tales derechos pueden hacer parte de dicho catálogo.

Así, por ejemplo, del derecho a la vida (art. 3 DUDH) se derivaría la norma de *ius cogens* de prohibición del genocidio.

Veamos algunas disposiciones concretas de la DUDH de las cuales se derivarían normas de *ius cogens*:

La DUDH en su artículo 1 señala: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Este artículo, al igual que los artículos 2 y 7 de la misma Declaración, contiene implícita la prohibición de discriminación, la cual, en opinión de las autoras, sí puede ser reconocida⁴² como *ius cogens* internacional⁴³.

A su vez, los artículos 4 y 5 están redactados en la DUDH como prohibiciones que no admiten excepciones. En este sentido, podría afirmarse que estas normas consagran sustancialmente prohibiciones categorizadas como *ius cogens*. En efecto, el artículo 4 prescribe: “*Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas*”. Por su parte, el artículo 5 señala: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. Como se puede observar, son afirmaciones categóricas, que por lo demás no admiten ningún tipo de excepción.

Lo mismo podría predicarse del artículo 9 que establece: “*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*”. Nótese cómo, a pesar de que esta norma está relacionada con el derecho a la libertad personal, derecho que podría ser suspendido en estados de excepción, aun así, a pesar de no pertenecer al llamado “núcleo duro” de derechos humanos, contiene una prohibición que podría ser elevada a la categoría de *ius cogens*, pues lo que se eleva a

42 CIJ, Caso del Timor Oriental (Portugal vs. Australia), 1995, 90 y 102.

43 Esta posición acerca de la prohibición de discriminación como *ius cogens* es compartida por Villán Durán, ob. cit., supra nota 4, 102. En el mismo sentido cfr. CortelIDH, ob. cit., supra nota 5.

esta categoría no es el derecho como tal, sino la prohibición de la arbitrariedad, que desde nuestro punto de vista no justifica ninguna excepción en el marco del DIDH.

Ahora, otras de las disposiciones de la DUDH pueden ser consideradas como costumbre, otras como principios generales del DI, otras como metas deseables a alcanzar por parte de los Estados, y otras como obligatorias, para todos aquellos Estados que las han reconocido a su vez en su legislación interna o por medio de la ratificación de tratados internacionales que las contienen. En lo demás, hasta tanto no se cumplan los presupuestos necesarios para la obligatoriedad, en opinión de las autoras, las normas seguirán teniendo un carácter de *soft law*.

CONCLUSIONES

La Declaración Universal de Derechos Humanos es un instrumento invaluable en el DI y especialmente en el marco de la protección y promoción del DIDH. Sin duda alguna, el ideal de la CI es alcanzar el mayor consenso acerca de su cumplimiento, y sigue siendo absolutamente deseable que su carácter sea *universal*.

A pesar de su importancia, sin embargo, no podría afirmarse que esta Declaración, al menos como instrumento, sea elevada a la categoría de *ius cogens* internacional. Más bien, varias de sus disposiciones sí pueden tener este carácter, y algunas otras pueden tener otra fuerza vinculante, en su calidad de costumbres, normas cristalizadas en tratados o principios generales del derecho.

En la medida en que se considere que todas las normas de la DUDH o el instrumento en su totalidad pertenece a la categoría del *ius cogens*, se está *banalizando* este importante concepto internacional recogido en el artículo 53 CV69. Esta *banalización*, antes que ayudar a los objetivos de la universalización, lo que genera es una pérdida de esencia e importancia de las prohibiciones del *ius cogens*, las cuales deberían poder ser exigibles a todas las naciones, sin admitir ningún tipo de excepción o derogación.

Lo anterior no significa que se deje de lado que, tal como lo afirma el ex juez de la CorteIDH, Antonio Cançado Trindade, el *ius cogens* sea “una categoría abierta, que se expande en la medida en

*que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación*⁴⁴. En efecto, es una categoría abierta, según el mismo artículo 64 CV69, pero las normas que lo integren deben alcanzar los estándares necesarios para poder ser consideradas como realmente *inderogables* para la CI.

Dada la transformación de las diferentes culturas, resulta claro que tal exigencia no puede predicarse de cualquier norma. Por esa razón, resultaría pertinente que pertenecieran a esta categoría sólo enunciados en forma de prohibiciones que no resistieran excepciones, y que, además, una vez admitida esta premisa, estas normas no admitieran ningún tipo de derogación, ni siquiera por el consenso de los Estados, es decir, ni siquiera por otras normas del mismo carácter.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-127 de 1993, exp. D-4099 y 4116, demandantes: Jaime Hernández Copete y Sonia Esther Rodríguez Noriega, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-225 de 1995, exp. LAT-040, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-578 de 1995, proceso D-958, actor: Jaime Córdoba Triviño, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Casado Raigón, Rafael, *Notas sobre ius cogens internacional* (Universidad de Córdoba, 1999).
- Cebada Romero, Alicia, *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002, www.reej.org)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 44/04, Petición 2584-02, Inadmisibilidad, Laura Tena Colunga y otros, México, 13 de octubre de 2004.

44 Cfr. su voto razonado, cit. supra nota 5, párr. 68.

- Corte Internacional de Justicia, Asunto de la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Dictamen del 8 de julio de 1996.
- Corte Internacional de Justicia, Asunto de la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio, Dictamen del 28 de mayo de 1951.
- Corte Internacional de Justicia, Caso Barcelona Traction, Reports 1970.
- Corte Internacional de Justicia, Caso del Timor Oriental (Portugal vs. Australia), 1995.
- Constitución Española de 1978.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A No. 614.
- CorteIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18
- Hannikainen, Lauri, *Peremptory norms (ius cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finis Lawyers’ Publishing Co., Helsinki, 1988).
- Ortiz, Loretta, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, en. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Martín, Claudia y Rodríguez-Pinzón, Diego, eds., Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004).
- Proyecto de la Comisión Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, 2001.
- Tomuschat, Christian, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, en Jan-Michael, *Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002).
- Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Edit. Trotta, Madrid, 2002).