

## XV

### LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO JURÍDICO\*

#### 1. Normas

En sus alegatos en los casos *South West Africa*, los peticionarios arguyeron *inter alia* que hay estándares internacionales aplicables o una norma jurídica internacional, o ambos, frente a las cuales la parte demandada, mediante sus políticas de apartheid, había violado sus obligaciones conforme al artículo 2 del Mandato y al Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, de promover al máximo el bienestar material y moral de los habitantes del territorio”.<sup>1</sup> Se señaló que estos estándares o normas prohibían la discriminación y constituían una limitación legal del poder discrecional de la parte demandada. Los peticionarios definían el apartheid como una situación en la cual “la posición social, los derechos, deberes, oportunidades y obligaciones de la población se determinan y asignan de manera arbitraria según la raza, color de la piel y la tribu, conforme a un patrón que hace caso omiso de las necesidades y capacidades de los grupos y las personas afectadas y que subordina los intereses y derechos de la gran mayoría de la gente a las preferencias de una minoría”.<sup>2</sup>

Los argumentos de los peticionarios presentaban dos aspectos alternativos:<sup>3</sup> en primer lugar, que existía una norma o regla del derecho internacional que prohíbe la práctica del apartheid; o en segundo lugar, que hay ciertos “estándares” que se pueden utilizar para interpretar el Mandato a los cuales no se les atribuye, sin embargo, el efecto gobernante de una regla legal. La naturaleza de “estos estándares” y los criterios mediante los cuales se les reconoce e incorpora como parte de las obligaciones legales de las partes de un acuerdo merecen consideración. Evidentemente, las reglas legales pueden cubrir exhaustivamente todas las posibles situaciones tan sólo en algunas situaciones paradigmáticas. Por lo general, una regla tiene un núcleo de significado establecido junto con una gran zona de penumbra en la cual su aplicación es dudosa. Es precisamente en esta zona en la cual se suele recurrir a los “estándares extra jurídicos” para evaluar situaciones de hecho. A diferencia de una disposición jurídica, un estándar es típicamente una categoría de referencia indeterminada.<sup>4</sup> Es inusual que un tribunal pueda aplicar fórmulas de manera mecánica a una situación dada y, cuando las sentencias no pueden decidirse mediante ejercicios lógicos sino que deben resolverse sobre la base de lo que es necesario para la justicia en circunstancias determinadas, se recurre a estándares tales como la razonabilidad, la equidad,

---

\* XV capítulo del libro *Equality and Discrimination Under International Law* de Warwick McKean, Clarendon Press, Oxford University Press, Nueva York, 1983.

<sup>1</sup> Véase las presentaciones finales de los peticionarios, 19 de mayo, 1965. CR 65/35, 69-70 (y CR 65/2-34).

<sup>2</sup> Los casos *South West Africa*, alegatos: peticiones, 108.

<sup>3</sup> Este aspecto alternativo ocasionó una serie de malos entendidos entre las partes. Los peticionarios se quejaron que su posición estaba siendo tergiversada por la parte demandada. Véase CR 65/96, que indica cuando el abogado de los peticionarios menciona las ocasiones en que se objetaron las distorsiones de la parte demandada a la posición de los peticionarios.

<sup>4</sup> Véase J. Stone, *Legal Systems and Lawyers' Reasonings*, (Stevens, Londres, 1964) 263.

la causa justa y el debido cuidado. Las reglas o normas legales que permiten hacer referencia a dichos estándares, si bien son cuestiones legales, varían en términos de su contenido y aplicación en diferentes situaciones. Le indican al tribunal “que derive la regla a aplicar de la experiencia cotidiana”.<sup>5</sup>

En una gran área de relaciones legales, las normas jurídicas indican orientaciones indeterminadas cuyo contenido se forma con los ideales de los jueces y por la incorporación de creencias ampliamente compartidas por la sociedad.<sup>6</sup> Como señala Pound, los estándares son límites generales de conducta aceptable que deben aplicarse según las circunstancias del caso y que constituyen la base fundamental del derecho moderno para la individualización de la aplicación. Son un método para incorporar las costumbres y convenciones de una sociedad y “las necesidades sentidas de tiempo y lugar” al marco jurídico”.<sup>7</sup> Cardozo se refiere a estándares de comportamiento que representan tipos o patrones que deben reflejarse en las decisiones y los actos legislativos. Su origen está en las costumbres y convenciones vigentes y, si bien probablemente carecen de carácter oficial, este hecho no siempre nos impide suponer con confianza que esta carencia será satisfecha cuando la ocasión lo requiera.<sup>8</sup>

Existen múltiples ejemplos del papel que desempeñan los estándares en la legislación municipal. Lord Reid, al hablar en la Cámara de los Lores sobre la justicia natural, señaló que la idea de que algo simplemente no existe porque no se puede convenir de antemano ni tampoco se lo puede medir ni ponderar bien, era una “falacia perenne”. “Es igualmente imposible definir con precisión el concepto de negligencia, pero lo que un hombre razonable consideraría un procedimiento justo en circunstancias determinadas y lo que estimaría negligente en circunstancias determinadas pueden igualmente servir de prueba en derecho”.<sup>9</sup>

Así es como un tribunal se basa en criterios determinados en forma objetiva para tomar decisiones. De la misma forma, los casos estadounidenses que interpretan la Décimocuarta Enmienda de la Constitución han recurrido a criterios objetivos derivados de estudios científicos y la evidencia proveniente de acuerdos internacionales tales como la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos para darle contenido al estándar de “igualdad de protección”.<sup>10</sup>

Igualmente, el derecho internacional contiene múltiples referencias a estándares imprecisos y conceptos abstractos. Muchas normas se refieren a estándares: por ejemplo, en relación con la responsabilidad estatal hacia los extranjeros, los Estados tienen el deber de cumplir con un

---

<sup>5</sup> O. W. Holmes, *The Common Law* (Macmillan, Londres, 1881), 123.

<sup>6</sup> Un análisis del papel de las normas extrajurídicas aparece en: Prof. R. M. Dworkin. “Is Law a System of Rules?” 35 *U Chicago L. Rev.* (1967), 14, reeditado en Summers, ed., *Essays in Legal Philosophy op. cit.*, 25.

<sup>7</sup> Roscoe Pound. “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law” 7 *Tulane L. Rev.* (1933), 475.

<sup>8</sup> Benjamin Cardozo. *The Growth of the Law* (Princeton University Press, 1924), 52.

<sup>9</sup> *Ridge v. Baldwin* [1963] AC 40, 64, 65.

<sup>10</sup> Véase, además, los casos y artículos a los que hace referencia el Juez Jessup en su dictamen sobre los casos *South West Africa*, ICJ Rep. 1966, 434 y siguientes.

mínimo estándar internacional en el trato dado a los extranjeros <sup>11</sup> que se aproxima bastante a una doctrina del Estado razonable. <sup>12</sup> En *Techt v. Hughes* <sup>13</sup> Cardozo J. prefirió establecer un estándar fluido para regular el impacto de la guerra sobre los tratados, en lugar de aplicar el conjunto de reglas rígidas existentes en ese momento. De esta forma, se logró la flexibilidad de la ley a expensas de la precisión exacta. En muchos casos las cortes internacionales han recurrido a los estándares. Por ejemplo, en el caso *Chorzow Factory*, <sup>14</sup> claramente se invocó por implicación el principio de *estoppel*. En el caso *Morocco* <sup>15</sup> la Corte invocó los estándares de razonabilidad y buena fe al considerar el poder de los funcionarios de aduanas para realizar tasaciones, mientras que en el caso *Fisheries* <sup>16</sup> el fallo se basó principalmente en cuán razonable era el reclamo de Noruega tomando en cuenta todas las circunstancias. Asimismo, en el caso *Waters of the Meuse*, <sup>17</sup> el Juez Manley Hudson sostuvo que la equidad era un principio general del derecho y que "la igualdad equivalía a la equidad". En su interpretación del Artículo 15 de la Convención Europea, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó en el caso *Lawless* <sup>18</sup> que la existencia, en el momento dado, de una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación fue deducida *razonablemente* por el gobierno irlandés a partir de una combinación de factores.

Los estándares, por naturaleza, se pueden ampliar para cubrir cualquier laguna existente en la ley y Lauterpacht indudablemente tiene razón al negar la existencia de un *non liquet* en el derecho internacional. <sup>19</sup> Dillard ha sugerido tres puntos que deben considerarse para examinar el papel del derecho en la resolución de conflictos en el área nacional o internacional. <sup>20</sup> En primer lugar, el concepto de un proceso judicial mediante el cual la corte, en forma algo mecánica, simplemente aplica el derecho a los hechos, deja de considerar debidamente los estándares. En segundo lugar, el poder de la corte aumenta en directa proporción a medida que las normas se vuelven más generales. Aunque la corte dé cumplimiento en forma a los estándares "objetivos", la dificultad de determinar dichos estándares deja tanto lugar para la discreción como para que el poder de la corte de afectar las condiciones futuras sea un problema institucional potente. En tercer lugar, en la recopilación de códigos y redacción de tratados y también en la determinación del tipo de controversias adecuadas para someter a decisión judicial, las diferencias significativas entre las reglas (en sentido estricto), principios y estándares puede convertirse en algo de vital importancia. <sup>21</sup>

<sup>11</sup> Pero véase la discusión (p. 198 *supra*) de los informes de García-Amador en su calidad de relator especial sobre la ley de responsabilidad estatal. El Juez Jessup criticó la forma en que los abogados abordaron este tema en los casos *South West Africa*. (ICJ Rep. 1966, 435.)

<sup>12</sup> Véase, además, M. S. McDougal y N. A. Schlei; *The Hydrogen Bomb Test in Perspective*, 64 *Yale L.J.* (1995), 648, 659, 660.

<sup>13</sup> 229 NY 222 (1920).

<sup>14</sup> PCIJ, ser. A, N° 17.

<sup>15</sup> Un caso relativo a *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, ICJ Rep. 1952, 176, 212.

<sup>16</sup> ICJ Rep. 1951, 116.

<sup>17</sup> PCIJ ser. A/B, fasc. no. 70, 76 y siguientes.

<sup>18</sup> *Lawless v. Republic of Ireland*. European Court of Human Rights, ser. A, vol. iii.

<sup>19</sup> Lauterpacht, *The function of law in the International Community* (Clarendon Press, Oxford, 1933) 61 y siguientes.

<sup>20</sup> Véase H. C. Dillard, "Some Aspects of Law and Diplomacy", 91 *Recueil des Cours* (1957), 449, 486. Dillard también comparte las dudas de Lauterpacht acerca de la validez de la distinción entre los conflictos "legales" y los "políticos". Véase p. 486. Véase, además, J. Stone, "Non-Liquet and the Function of Law in the International Community", 35 *BYIL* (1959).126

<sup>21</sup> Dillard, 485.

Conforme al sistema de mandato de la Sociedad de las Naciones, claramente se esperaba que los mandatarios cumplieran con ciertos estándares en el desempeño de la “misión sagrada”. Quincy Wright señaló que el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones establecía principios amplios que debían ser desarrollados con más detalle por otras disposiciones.<sup>22</sup> Los estándares destinados a orientar las políticas y la acción en las zonas bajo mandato fueron establecidos por tres procedimientos diferentes, a saber: cuasi judiciales, técnicos y legislativos. Existía (a) el desarrollo de una jurisprudencia a partir de decisiones tomadas sobre asuntos determinados; (b) el acuerdo sobre principios para el uso de la propia Comisión del Mandato y (c) la aprobación de resoluciones formales por parte del Consejo o la Asamblea. Wright consideró la evolución de los estándares generales “quizás como el acontecimiento más importante del sistema del mandato”.<sup>23</sup>

Teniendo presente las consideraciones antes descritas, los miembros de la Corte redactaron sus dictámenes en los casos *South West Africa*. Si bien el Juez Jessup evitó el argumento del peticionario de que existía una norma perentoria de no discriminación en derecho internacional, aceptó, no obstante, que la tarea judicial de la Corte en la interpretación del Artículo 2 del Mandato debía llevarse a cabo mediante la aplicación de estándares objetivos adecuados. Luego de revisar el papel de las pautas en el proceso judicial, determinó que no sería una conclusión legalmente justificable afirmar que el Mandatario poseía una discreción no sujeta a revisión.<sup>24</sup>

Las dificultades que implicaba lograr los objetivos de la misión sagrada eran enormes y existían múltiples caminos para llegar a los objetivos, pero esto no significaba que la elección de las políticas por parte del Mandatario no estaba sujeta a revisión. Ni tampoco significaba que cada miembro de la Corte debía decidir subjetivamente si creía que el Mandatario había tomado una decisión sabia o correcta dado que la ley proporcionaba abundantes ejemplos de estándares o criterios aplicados por los tribunales como pruebas de la conducta humana.<sup>25</sup> En su opinión, existían criterios objetivos que se podían utilizar para controlar cómo ejercía el Mandato el Mandatario. El Artículo 2 del Mandato debía interpretarse haciendo referencia al *estándar pertinente, contemporáneo, internacional y comunitario*<sup>26</sup>, el cual podía encontrarse en el cúmulo de expresiones de condena respecto del apartheid, en especial en los registros de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. El abogado de la parte demandada había estado de acuerdo en que “el efecto de obtener el acuerdo de una organización como las Naciones Unidas sería equivalente, en términos prácticos, a obtener el consentimiento de todos los miembros en forma individual” y que probablemente sería “de un valor práctico decisivo”

---

<sup>22</sup> Quincy Wright. “The Establishment of Standards” en *Mandates under the League of Nations* (Chicago. 1930), Cap. 7, 219.

<sup>23</sup> Wright, 225.

<sup>24</sup> ICJ Rep. 1966, 438, 441.

<sup>25</sup> Señaló que el Juez Kaeckenbeeck, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral de Alta Silesia, luchó exitosamente contra muchos problemas, tales como la forma de probar la discriminación mediante el uso de poderes discrecionales. (ICJ Rep. 1966, 434.)

<sup>26</sup> ICJ Rep. 1966, 441 (énfasis agregado). (Cf. también M. Sorensen, “The Quest for Equality”, en *International Conciliation* (1956), no. 507, 291.)

debido a que las Naciones Unidas “representan a la mayor parte de las naciones civilizadas del mundo”.<sup>27</sup>

El Juez Jessup señaló que es igualmente cierto que obtener el desacuerdo y la condena de las Naciones Unidas tiene un valor decisivo en términos tanto prácticos como jurídicos en lo que se refiere a la determinación del estándar aplicable. Indudablemente la Corte tomaría en cuenta dicho consenso como criterio que fija el estándar para la interpretación del Artículo 2 del Mandato.<sup>28</sup> El Juez Tanaka, si bien prefirió argumentar la existencia de una norma jurídica de no discriminación, también aseguró que el principio de igualdad (como parte integral de la Carta de las Naciones Unidas) podía aplicarse al Mandato como principio de interpretación.<sup>29</sup>

A pesar de cuán convincentes y formidables son estos argumentos, no están exentos de dificultades. Hay una clara aceptación de la propuesta de que, al interpretar un acuerdo internacional que se refiere a estándares imprecisos que deben cumplirse, la discreción de un Estado al seleccionar el método para lograr un determinado objetivo está limitada por ciertos criterios establecidos objetivamente, a saber, el consenso de la comunidad internacional contemporánea. Este es el modo mediante el cual se mide el *contenido* de los estándares que se han de lograr.

El Artículo 2 del Mandato exigía que el Mandatario “promoviera al máximo el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes del territorio”. En el consenso de la “comunidad mundial pertinente” conforme a lo revelado por las declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas, “el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes” es incompatible con un sistema de apartheid o de discriminación racial.

Esta teoría plantea plenamente la cuestión de la situación jurídica de las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General. Resulta evidente que si se puede recurrir al consenso de la comunidad contemporánea mundial sobre la igualdad para interpretar la redacción imprecisa del Mandato, *a fortiori* se puede utilizar para interpretar un documento como la propia Carta de las Naciones Unidas que hace referencias específicas a la discriminación. El Juez Jessup cuidadosamente se negó a mantener que el principio de apartheid violaba una regla general (norma) de derecho internacional, dado que esto podría tomarse como la emisión de un juicio sobre la legalidad de actos realizados al interior de la República de Sudáfrica.<sup>30</sup> Sin embargo, al permitir que se utilizaran resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas como una ayuda fidedigna para la interpretación del Mandato, también debía aceptarlas para ayudar a interpretar la Carta misma, de la cual Sudáfrica es parte.

Se ha sugerido con frecuencia que, aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sí no es una doctrina legal que implica obligaciones jurídicas, tiene valor legal en

---

<sup>27</sup> Alegatos del caso *South West Africa*, CR 65/15, 28.

<sup>28</sup> Esta conclusión no se apoyó en la tesis de que las Resoluciones de la Asamblea General tienen un carácter legislativo general o que crean nuevas reglas de derecho. (Véase, además, C. J. R. Dugard, “*The South West Africa Cases, Second Phase, 1966*”, 83 *SALJ* (1966), 429, 455, 456).

<sup>29</sup> ICJ Rep. 1966, 290. (Pero cf. opinión del Juez *ad hoc* Van Wyck, 159-68).

<sup>30</sup> ICJ Rep. 1966, 433.

tanto contiene una interpretación fidedigna de los derechos humanos y las libertades fundamentales que efectivamente constituyen una obligación vinculante para los miembros de las Naciones Unidas bajo la Carta.<sup>31</sup> Lauterpacht ha manifestado fuertes críticas ante esta posición. En su opinión, aseverar que un documento contiene una interpretación fidedigna de un instrumento legalmente vinculante equivale a afirmar que el primer documento es igualmente importante y vinculante en términos legales que el instrumento que supuestamente debe interpretar.<sup>32</sup>

La principal dificultad en este caso se debe a las palabras "interpretación fidedigna". Si se rechaza este lenguaje en favor de terminología que incorpore estándares, la situación no implica contradicciones. El Profesor Waldock describe la Declaración como "Investida de gran autoridad como la formulación aceptada de los estándares comunes de los derechos humanos".<sup>33</sup> El Profesor Brownlie se refiere a la misma como una *orientación fidedigna* para la interpretación de las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, señalando que tiene "un efecto legal indirecto".<sup>34</sup> La diferencia es importante. Una "interpretación fidedigna" no puede ser rebatida ni refutada, en cambio una "orientación para la interpretación", independientemente de cuán fidedigna sea, no puede tener dicho efecto. Simplemente proporciona evidencia de las opiniones de gobiernos en cuanto a la interpretación sin tener un efecto vinculante *per se*. Es *evidencia* que se puede utilizar para dar contenido a un estándar. Por otra parte, la Declaración Universal afirma en su preámbulo que es una "proclamación del ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".

En consecuencia, cuando surge un conflicto en cuanto al significado de una disposición sobre derechos humanos en un instrumento (por ejemplo la Carta de la ONU), se puede utilizar la Declaración como orientación respecto del significado de la proposición general formal que se busca interpretar y se le otorgará un peso considerable como manifestación de los estándares internacionales contemporáneos pertinentes. Del mismo modo, otras resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas proporcionan evidencia de tales estándares y deben ser tratadas con la importancia merecida, no sólo por los tribunales internacionales que buscan interpretar un instrumento internacional que hace referencia a los estándares sino también por parte de las naciones que intentan regular sus asuntos internos conforme al derecho internacional.

## 2. Normas

El argumento alternativo de los peticionarios en los casos *South West Africa* era que, con el paso de los años se había desarrollado y existía en la actualidad una norma internacional de

---

<sup>31</sup> Véase por ejemplo, L. B. Sohn. "The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement?" 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967), Nº. 2, 17, 25, 26.

<sup>32</sup> H. Lauterpacht, op. cit., 409.

<sup>33</sup> C. H. M. Waldock, "Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention", en *The European Convention on Human Rights*, ICLO Supp. (1965), no. 11, 15.

derechos humanos generalmente aceptada de no discriminación. La definición de dicha norma estaba dada por organismos internacionales mediante principios, convenciones y declaraciones, por decisiones judiciales, por las prácticas de los Estados y por las disposiciones constitucionales y reglamentarias que la incorporaban al ordenamiento jurídico de las naciones.<sup>35</sup> Para respaldar esta aseveración, los peticionarios se basaron en gran medida en las múltiples resoluciones sobre discriminación y apartheid adoptadas por organismos de Naciones Unidas, en particular por la Asamblea General.

Este argumento fue rechazado por el Juez Jessup por considerar que, dado que los organismos internacionales carecen de naturaleza legislativa propiamente tal, sus resoluciones en sí no pueden dar origen a normas.<sup>36</sup> No obstante, como señala Sloan, el carácter no obligatorio de las resoluciones de la Asamblea General dista mucho de estar establecido con un carácter tan definitivo como han supuesto la mayoría de los autores. "Como máximo, se puede afirmar que existe una presunción en contra de que tales recomendaciones tengan poder vinculante en términos legales".<sup>37</sup> Aparentemente, queda claro que algunas resoluciones de la Asamblea General, tales como las que se refieren al funcionamiento interno de las Naciones Unidas, efectivamente tienen pleno efecto legal en cuanto son vinculantes tanto para los países miembros como para los órganos de Naciones Unidas, generando en consecuencia obligaciones y situaciones legales que no existían anteriormente.<sup>38</sup>

En el caso *Voting Procedure*,<sup>39</sup> el Juez Lauterpacht señaló: "Si bien las decisiones de la Asamblea General tienen pleno efecto legal en algunas esferas de las actividades de Naciones Unidas y efectos legales limitados en otros campos, se puede aseverar, en términos amplios y generales, que no son legalmente vinculantes para los Miembros de las Naciones Unidas".<sup>40</sup> El Juez Fitzmaurice adoptó una postura similar en el caso *Expenses*.<sup>41</sup>

Sin embargo, aunque pueda decirse que las recomendaciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad no son vinculantes en términos generales y que, de por sí, no pueden dar origen a nuevas reglas de derecho, esto es muy distinto a aseverar que no tienen efecto legal alguno. Por el contrario, pueden constituir evidencia convincente de la existencia de principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas o ser evidencia de la *opinio juris* necesaria para el desarrollo del derecho consuetudinario.

Se ha debatido extensamente la situación legal de las Resoluciones de la Asamblea General que pretenden ser declaraciones de principios jurídicos, particularmente en lo relativo a la Declaración de Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y

---

<sup>34</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 3ª ed. 1979), 571.

<sup>35</sup> Alegatos del caso *South West Africa*: respuesta, 274.

<sup>36</sup> ICJ Rep. 1966, 432, 441.

<sup>37</sup> F. B. Sloan, The Binding Force of a "Recommendation" of the General Assembly in the United Nations, 25 BYIL (1948), 1, 16.

<sup>38</sup> Véase D. H. N. Johnson, "The Effect of Resolutions of the General Assembly", 32 BYIL (1955-6), 97-122.

<sup>39</sup> ICJ Rep. 1955, 67.

<sup>40</sup> Ibid., 115 y cf. Juez Klaestad, 88.

<sup>41</sup> ICJ Rep. 1962, 210, (y también el Juez Winiarski, 233). Pero cf. las opiniones del Juez Alvarez en el caso *Fisheries*, ICJ Rep. 1951, 116, 152, y su opinión disidente en el caso *Reservations*, ICJ Rep. 1951, 15, 52.

Utilización del Espacio Ultraterrestre.<sup>42</sup> Estados Unidos adoptó la posición de que esta resolución generó derecho, pero esta opinión no fue universalmente aceptada por otros Estados y no es posible deducir una *opinio juris* general a partir de los debates. El Profesor Cheng ha sugerido que ciertas resoluciones que tienen calidad de fallo, si son adoptadas en forma unánime, pueden estar exentas de la necesidad de práctica estatal, proporcionando por sí mismas la evidencia de la *opinio juris*. Según su punto de vista, no habría razón alguna por la cual no se pudiera desarrollar una nueva *opinio juris* súbitamente de modo de dar origen instantáneamente a una nueva ley consuetudinaria internacional.<sup>43</sup> Encontró apoyo para esta idea en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946 que señala que el genocidio es un crimen conforme al derecho internacional pero, al parecer, en este caso, la Asamblea General simplemente estaba declarando que reconocía que había ciertos principios jurídicos preexistentes y no estaba tratando de crear nuevos principios “instantáneamente”. A pesar de lo atractivo de este enfoque, es necesario rechazarlo puesto que la “ley consuetudinaria instantánea” no se condice con el significado habitual de la ley consuetudinaria que requiere de una práctica reiterada.<sup>44</sup> En este sentido, el Artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia requiere “prueba de una práctica generalmente aceptada”. El Juez Tanaka se ha negado a reconocer que las resoluciones, declaraciones, fallos, decisiones, etc. individuales, son vinculantes para los miembros de las Naciones Unidas. “Lo que el derecho internacional consuetudinario requiere es la repetición de la misma práctica; por lo tanto, en este caso, las resoluciones, declaraciones, etc., relativas a la misma materia en la misma instancia o en diferentes organismos deben producirse reiteradamente.”<sup>45</sup> El Juez también señala que el surgimiento de las organizaciones internacionales había influido en la forma de generación de la ley consuetudinaria. “En esta época de técnicas de comunicación e información altamente desarrolladas, la generación de costumbres a través de las organizaciones internacionales se ha visto facilitada y acelerada considerablemente; el establecimiento de una costumbre no requeriría más de una generación e incluso mucho menos que eso”.<sup>46</sup> Por lo tanto, la mejor respuesta es que, aunque la ley consuetudinaria puede desarrollarse muy rápidamente, su existencia no puede generarse de manera instantánea.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> GA Res. 1962 (XVIII). Véase, además, GA Res. 1721 A (XVI).

<sup>43</sup> Véase Bin Cheng, “The United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?” en 5 *Indian Journal of International Law* (1965), 23, 46.

<sup>44</sup> Esto no significa que no puedan estar en desarrollándose procesos de creación de nuevas leyes. En consecuencia, J. E. S. Fawcett ha sugerido provisionalmente que una declaración internacional establecería reglas de derecho si se cumplen como mínimo cuatro condiciones: a saber, que los Estados que los auspician tengan la autoridad necesaria para hacer la declaración; que la declaración sirva para un interés común; que los principios declarados sean capaces de funcionar como principios de derecho sin mayor elaboración; y que los Estados patrocinantes tengan la intención de respetarlos como tales. Véase J. E. S. Fawcett, *International Law and the Uses of Outer Space* (Oceana, Manchester, 1968), 7. D. H. N. Johnson, op. cit., 121 también ha sugerido que no hay nada que impida que los miembros asuman obligaciones legal vinculantes al votar a favor de resoluciones de la Asamblea General siempre y cuando tengan la clara intención de asumir dicha obligación vinculante.

<sup>45</sup> ICJ Rep. 1966, 292.

<sup>46</sup> Ibid., 291.

<sup>47</sup> Como señala el Prof. Jennings, “la costumbre pareciera contradecir su naturaleza al desarrollarse si bien no en forma instantánea, en todo caso con una celeridad sorprendente”. Véase R. Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, 121, *Recueil des Cours* (1967) ii.323-5, 334.



Claramente, la participación de los Estados en las Resoluciones de la Asamblea General constituye evidencia de una práctica estatal.<sup>48</sup> Ciertamente, no hay razón alguna por la cual no habrían de constituir tal evidencia, particularmente considerando que las comunicaciones diplomáticas son admisibles para este fin. Sin embargo, las resoluciones de los organismos internacionales no son *sui generis*. Como señala el Profesor Jennings, “Una resolución de un organismo internacional puede representar la opinión colectiva de los Estados: también puede representar muy poco o nada de ello. A menudo, sólo el tiempo y la interacción de las decisiones que indican, en conjunto, una tendencia inconfundible, permitirán diferenciar lo importante de lo insignificante”.<sup>49</sup> La constante recitación, por parte de la Asamblea General, de ciertos principios descritos como obligaciones vinculantes debido a su raigambre en las fuentes establecidas del derecho internacional sirve para reforzar la afirmación de que la resolución específica que los contiene enuncia principios legalmente vinculantes. La reiteración de referencias a resoluciones anteriores demuestra que aquellas resoluciones contienen principios de naturaleza importante que son “temporalmente estables” y que esto los distingue de asuntos de preocupación temporal.<sup>50</sup>

Una de las resoluciones a las que se hace referencia con mayor frecuencia es la Resolución 217 (III) de la Asamblea General: la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se estima que se ha mencionado dicha Declaración en resoluciones posteriores en 75 ocasiones en los primeros 19 años después de su adopción.<sup>51</sup> En algunas recomendaciones, la referencia a la Declaración Universal la ha colocado al mismo nivel que la misma Carta de las Naciones Unidas. Así, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 establece que “todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración”.<sup>52</sup> En la Asamblea General, el representante de Chipre señaló que esta Declaración “ocupaba un lugar superado solamente por la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las cuales se basaba y a las cuales revitalizaba”.<sup>53</sup> Se utilizó un lenguaje similar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1963 y la Convención Internacional de 1965 sobre el mismo tema.

Por lo tanto, actualmente existe considerable autoridad que favorece el punto de vista de que los principios de la Declaración Universal, mediante un reconocimiento amplio y constante, han

---

<sup>48</sup> Pero cf. el Juez *ad hoc* Van Wyk, ICJ Rep. 1966, 169.

<sup>49</sup> R. Y. Jennings, “Recent Developments in the International Law Commission”, 13 *ICLQ* (1964), 385, 393.

<sup>50</sup> Véase S. A. Bleicher, “The Legal Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions”, 63 *AJIL* (1969), 444-77.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 444.

<sup>52</sup> GA Res. 1514 (XV). Schwelb ha comentado: “Esto difiere significativamente de un estándar en cuanto al logro: dice ‘deberán observar’. Se podría plantear la objeción, frente a este hecho, de que aparentemente la Asamblea General ha excedido sus poderes al formular una demanda tan perentoria a los Estados miembros. Sin embargo, en los hechos, esta Declaración fue aprobada sin votos en contra, con 96 votos y 7 abstenciones y fue repromulgada en 1961 con 102 votos a favor y 4 abstenciones y en 1962 con 107 votos y 4 abstenciones.” E. Schwelb, “The United Nations and Human Rights” en 11 *Howard L.J.* (1966), 356, 367.

<sup>53</sup> GAOR Sesión 15, Reuniones Plenarias. P. 1281; y véase *ibid.*, 1002-3 (Representante de Ceilán), 1136, (Representante de Nepal), y 1256 (Representante de Chipre). Pero cf. 1266 (Representante Sueco).

sido investidos con el carácter de ley consuetudinaria.<sup>54</sup> S. A. Bleicher ha señalado que las Resoluciones de la Asamblea General 217 (III) y 1514 (XV) “parecieran haber adquirido o al menos van bien encaminadas a adquirir la posición de principios aceptados de derecho internacional”.<sup>55</sup> L. B. Sohn lo ha manifestado en términos más directos: “En un plazo relativamente corto la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha pasado a formar parte del derecho constitucional de la comunidad internacional y, junto con la Carta de las Naciones Unidas, ha adquirido el carácter de una ley mundial superior a todos los demás instrumentos internacionales y las leyes nacionales.”<sup>56</sup> Un problema adicional que surge es, a saber, si se requiere o no el consentimiento de todos los Estados para la creación de una regla consuetudinaria. Esto es particularmente válido en el caso de Sudáfrica que se ha opuesto sistemáticamente a las resoluciones de la Asamblea General que tratan sobre la no discriminación y el apartheid.

Los peticionarios en los casos *South West Africa* señalaron que el Artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte no requiere del consentimiento unánime como requisito para la existencia de una regla consuetudinaria. Más bien, lo que se requiere es el consenso de una mayoría abrumadora, una convergencia de la opinión internacional, una preponderancia de opinión.<sup>57</sup> Esta interpretación fue del agrado del Juez Tanaka quien señaló que el Artículo 38 (1) (b) no excluye la posibilidad de la existencia de algunos disidentes para la creación de una ley consuetudinaria de derecho internacional.<sup>58</sup> Tampoco pareciera que un Estado que se manifieste en contra pueda excluirse de la generalidad de tal ley consuetudinaria por la misma razón.<sup>59</sup> En ocasiones, la Corte Internacional pareciera haber sugerido que una regla consuetudinaria debe haber contado con la aquiescencia de un Estado determinado que se alega está obligado por ella.<sup>60</sup> Sin embargo, en esos casos la Corte no estaba considerando una regla consuetudinaria general sino una supuesta costumbre local o especial.<sup>61</sup> Fitzmaurice ha demostrado que existen importantes diferencias entre el desarrollo de una costumbre general y una especial. Solamente en este último caso es necesario demostrar el consentimiento o por lo menos el beneplácito de parte del Estado o Estados determinados para los cuales tendrá carácter vinculante.<sup>62</sup> Si la ley consuetudinaria no se formara por medio de un proceso más parecido al consenso que al consentimiento, no habría necesidad de que un nuevo Estado quedara vinculado por la ley general consuetudinaria existente independientemente de su consentimiento. En consecuencia, no sería posible que los Estados se

<sup>54</sup> Véase Sir Humphrey Waldock, “Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention”, *ICLQ*, *supp* n.º. 11 (1965), I, 15; y *Recueil des Cours* (1962) II, 32, 199. Véase, además, E. Schwellb, *Human Rights and the World Community*.

<sup>55</sup> Bleicher, *op. cit.*, 477. El Prof. Jennings también es de la opinión que la Declaración Universal “Ciertamente no carece de un grado de eficacia legal”. Véase Jennings, *op. cit.*, 504.

<sup>56</sup> L. B. Sohn, “The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement”, 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967), no. 2, 17, 26.

<sup>57</sup> *South West Africa* cases, CR 65/35, 14-15.

<sup>58</sup> ICJ Rep. 1966, 291. Cf. también Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), 214, no. 5.

<sup>59</sup> Véase Jennings, *op. cit.*, 336.

<sup>60</sup> Por ejemplo, *The Asylum case*. ICJ Rep. 1950, 266, 276; el caso *Morocco* ICJ Rep. 1952, 176, 200; el caso *Right of Passage over Indian Territory*, ICJ Rep. 1960, 6.

<sup>61</sup> Véase A. A. D’Amato, “The Concept of Special Custom in International Law”, 63 *AJIL* (1969), 211.

autoexcluyeran de la vigencia de cualquier posible regla consuetudinaria relativa a los derechos humanos.<sup>63</sup>

Podría argumentarse que la adopción de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos es una indicación de que los Estados miembros no consideraban que la Declaración Universal contenía obligaciones vinculantes, pero existen diferencias suficientes, tanto en cuanto al fundamento como a la implementación, para que sea perfectamente plausible la existencia de obligaciones que se superponen unas a otras; el derecho consuetudinario vigente existe junto con las disposiciones de los Pactos<sup>64</sup> aunque, con el tiempo, las disposiciones substantivas más completas de los Pactos pueden llegar a reflejar mejor las obligaciones de la ley consuetudinaria que aquellas de la Declaración. A la luz de todas estas consideraciones, es difícil negar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en particular los principios de igualdad de las personas y la no discriminación que contiene forman parte del derecho internacional consuetudinario.

En el Artículo 62 (2) de la Carta de la ONU se menciona específicamente la facultad de la Asamblea General para formular recomendaciones relativas a los derechos humanos, distinto de su facultad general de hacer recomendaciones en virtud del artículo 10, y la Declaración Universal podría ser considerada como una interpretación fidedigna de las disposiciones de la Carta de la ONU sobre derechos humanos.<sup>65</sup> El Sr. Cassin confiaba en que, si se presentaba un caso de violación de derechos humanos ante la Corte Internacional de Justicia, ésta lo consideraría como un tema de derecho internacional positivo y estimó que era evidente que las “recomendaciones respecto de los derechos humanos eran bastante diferentes a las demás recomendaciones, dado que los Artículos 55 y 56 de la Carta creaban una obligación general de cooperación de los Estados para con las Naciones Unidas en cuanto a la promoción del respeto de los derechos humanos y una obligación general indudablemente tenía mayor peso cuando se le daba una forma práctica a través de una recomendación.”<sup>66</sup> De igual modo, en opinión de Sloan, se podría argumentar que la protección de los derechos humanos pertenece o será llevada a un área de acción en la cual se pueden adoptar resoluciones vinculantes”.<sup>67</sup>

Por último, es posible aducir argumentos para respaldar la opinión de que los principios básicos de los derechos humanos tales como, en particular, los principios de igualdad, pueden formar parte de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. El Artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional no permite ni significa que una mayoría de naciones civilizadas, al legislar sobre un asunto nacional específico, puede obligar a una minoría a

---

<sup>62</sup> Sir Gerald Fitzmaurice. 92 *Recueil des Cours* (1957), ii.1, 100; y *BYIL* (1953), 68-9.

<sup>63</sup> Este es un asunto muy distinto del tema de *jus cogens* que se analizará más adelante.

<sup>64</sup> Cf. S. A. Bleicher, op. cit., 465, y R. Y. Jennings, op. cit., 337.

<sup>65</sup> Comisión de Derechos Humanos, debate sobre informes periódicos, 1953. Véase UN doc. E/CN.4/S.R.404/rev.1, 11-16, especialmente el Sr. Ingles (Filipinas).

<sup>66</sup> Véase UN doc. E/CN.4/S.R.405, 4-16.

<sup>67</sup> F.B. Sloan, op. cit., 24.

generar legislación similar.<sup>68</sup> Lo que sí permite es tomar prestados de ciertas fuentes de derecho comparado algunos conceptos legales fundamentales o principios rectores.<sup>69</sup> Como ha señalado Bin Cheng, los principios generales del derecho pueden ser considerados como “verdad jurídica”.<sup>70</sup>

Indudablemente, las constituciones y leyes de la gran mayoría de los países “civilizados” encarnan, en cierta medida, los principios de igualdad ante la ley. Sen ha demostrado que una cantidad considerable de constituciones incorporan el principio de igualdad,<sup>71</sup> y según Peaslee, aproximadamente el 73% de las constituciones nacionales incluyen cláusulas sobre la igualdad.<sup>72</sup> Por otra parte, se ha sugerido que las resoluciones de la Asamblea General también pueden servir para determinar que ciertas reglas constituyen “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.<sup>73</sup> El respeto por los derechos humanos, incluyendo la igualdad, ha sido reconocido también como un principio general de derecho por C. W. Jenks.<sup>74</sup>

La afirmación de que el principio de igualdad es un principio general de derecho ha sido respaldada por el Juez Tanaka<sup>75</sup> pero no ha sido ampliamente promovido en otras partes de la Corte. En todo caso, no es necesario basarse en este argumento ya que la opinión de que el principio puede basarse en fuentes consuetudinarias goza de más apoyo.<sup>76</sup>

### 3. La igualdad de las personas como principio de *Jus Cogens*

El *Jus Cogens* ha sido descrito como el sistema de reglas generales de derecho cuya no observancia puede afectar la esencia misma del sistema jurídico al que pertenecen a tal grado que los sujetos de derecho no pueden, bajo pena de nulidad absoluta, apartarse de ellas por medio de acuerdos particulares. Las reglas del *jus dispositivum* son válidas solamente en tanto no contengan reglas contradictorias elegidas libremente por las partes. En consecuencia, el *jus cogens* restringe la libertad de las partes y sus reglas son absolutamente vinculantes.<sup>77</sup>

Si bien el concepto no es nuevo, es sólo recientemente que ha comenzado a tomar importancia en la práctica internacional y en el pensamiento de los estadistas.<sup>78</sup> Lord McNair señaló que es difícil imaginar a una sociedad, sea de personas o de Estados, cuyas leyes no fijen límite alguno a la libertad de contrato. En toda comunidad civilizada existen algunas reglas de derecho y algunos principios morales que, por ley, los individuos no pueden modificar ni pasar por alto.<sup>79</sup>

<sup>68</sup> Véase Juez *ad hoc* Van Wyk, casos *South West Africa*, ICJ Rep. 1966, 170.

<sup>69</sup> Juez Tanaka, *ibid.*, 295, (y véase, en general, 294-300).

<sup>70</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens, Londres, 1953), 24.

<sup>71</sup> D. K. Sen, *A Comparative Study of the Indian Constitution* (Orient Longmans, Bombay, 1996), 200-3.

<sup>72</sup> Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations* (Nijhoff, La Haya, 2ª ed., 1956), i.7. Ediciones posteriores no proporcionan cifras.

<sup>73</sup> Véase S. A. Bleicher, *op. cit.*, 477.

<sup>74</sup> C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Stevens, Londres, 1958), 121.

<sup>75</sup> ICJ Rep. 1966, 294-300.

<sup>76</sup> No se debe olvidar la importancia de las convenciones sobre discriminación. Se sostiene que, además de establecer principios de derecho aplicable entre las partes, también constituyen evidencia del desarrollo de las reglas consuetudinarias que codifican.

<sup>77</sup> Véase E. Suy, *The Concept of Jus Cogens in International Law*, en *Papers and Proceedings*, ii, de la Conference on International Law realizada en Lagonissi, Grecia, en abril de 1966 por Carnegie Endowment for International Peace.

<sup>78</sup> Sir Humphrey Waldock, relator especial sobre la Ley de los Tratados para la Comisión de Derecho Internacional, señaló que quizás el concepto no era familiar para los estadistas y que no resultaría fácil que lo asimilaran. *Yearbook of the ILC* 1963, i.77-8.

<sup>79</sup> Lord McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford University Press, 1961), 213-14.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, Verdross argumentaba a favor de la existencia del *jus cogens*, el cual, según su descripción, es un principio general que prohíbe que los Estados firmen tratados *contra bonos mores*,<sup>80</sup> citando como respaldo las opiniones del Juez Schücking en el caso *Oscar Chinn*. “Jamais... la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs”.<sup>81</sup> Posteriormente, cuando la Comisión de Derecho internacional formuló sus propuestas para la codificación del derecho de los tratados, se incluyó un artículo provisional sobre el concepto de *jus cogens*<sup>82</sup> y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incluye el Artículo 53 titulado “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”) que 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”. El Artículo 64 establece, además, que “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.<sup>83</sup> Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional no proporcionó ejemplos de *jus cogens* - por dos motivos. Se estimó, en primer lugar, que el hecho de incluir ejemplos podría ocasionar interpretaciones erróneas acerca de la situación de otros posibles casos y, en segundo lugar, que no era posible elaborar una lista completa de tales casos sin realizar un estudio prolongado sobre la materia.<sup>84</sup>

La mayoría de los miembros de la Comisión estimaron que no se requería una definición dado que la idea del *jus cogens* es clara en sí misma y las reglas de *jus cogens* eran aquellas que existían en interés de la comunidad internacional en general.<sup>85</sup> En su informe de 1963, el relator especial<sup>86</sup> señaló que la formulación de una regla de *jus cogens* no estaba exenta de dificultades puesto que no existía en ese momento un criterio de aceptación general que permitiera identificar una regla general de derecho internacional que tuviera tal carácter. Era innegable que la mayoría de las reglas generales de derecho internacional no eran principios de *jus cogens* y que, por lo tanto, los Estados podían evadirlos contractualmente mediante la firma de tratados.<sup>87</sup> No obstante, el relator especial estimó que sería conveniente señalar, como ejemplo, algunos de los casos “más conspicuos” de tratados nulos por el hecho de contradecir una regla de *jus cogens*. Entre los ejemplos, el relator especial incluyó todo acto u omisión caracterizado en el derecho internacional

<sup>80</sup> A. Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, 31 *AJIL* (1937), 571-7. Véase, además, su artículo posterior, “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*”, 60 *AJIL*, (1966), 55.

<sup>81</sup> PCIJ ser. A/B, no. 63, 150.

<sup>82</sup> Véase GAOR 21st. sess., supp. no. 9., UN doc. A/6309/rev. I. Véase, además, GA Res. 2166 (XXI), y 61 *AJIL* (1967), 248; *Yearbook of the ILC* 1963, ii.52; GAOR 18th sess., supp., no. 9, UN doc. A/5509; 58 *AJIL*, 245, 264; UN docs. A/CN.4/175, A/CN.4/183/add. I, y A/C6/376. Véase, además, las referencias recopiladas por E. Schwelb, en “Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission”, 61 *AJIL* (1967), 946.

<sup>83</sup> Véase UN doc. A/Conf. 39/27, 25, 31 (23 de mayo de 1969).

<sup>84</sup> Véase ILC report on work of 15th sess., GAOR, 18th sess., supp. no 9, UN doc. A/5509, 11-12; 58 *AJIL*, 245, 264.

<sup>85</sup> Véase *Yearbook of the ILC* 1963, i.66-77.

<sup>86</sup> Sir Humphrey Waldock.

como un crimen internacional, cualquier acto u omisión respecto de cuya eliminación todo Estado tiene la obligación de cooperar conforme al derecho internacional.

En consecuencia, cuando el derecho internacional impone una obligación general a cada Estado de cooperar con la eliminación de determinados actos, como en los casos de trata de esclavos, la piratería y el genocidio, un tratado que considere la comisión de tales actos o implique complicidad para cometerlos, estará mancillado por la ilegalidad. El principio de no discriminación sería un poderoso candidato para ser incluido en este rubro, de ser correcto que las reiteradas condenas a la discriminación han madurado hasta convertirse en una regla de derecho internacional consuetudinario.

En la conferencia sobre el Concepto de *Jus Cogens* en el Derecho Internacional realizada en Grecia en el año 1966, el Profesor Suy realizó un análisis integral de los puntos de vista de los principales autores de derecho internacional sobre el *jus cogens*. De esta visión de conjunto se puede deducir que los autores que escriben sobre derecho internacional concuerdan en forma casi unánime que existe un *jus cogens* internacional.<sup>88</sup> Aunque se hizo hincapié en lo muy difícil que resulta definir el concepto, se acordó en general que los siguientes elementos eran contrarios a la idea del *jus cogens*: (1) acuerdos para emplear la fuerza como instrumento de política nacional; (2) acuerdos contrarios a principios humanitarios fundamentales, tales como la prohibición de la esclavitud, del tráfico de mujeres y niños, y del genocidio.

Por otra parte, varios autores hicieron énfasis en el hecho de que el *jus cogens* debiera incluir el respeto por los derechos humanos. El establecimiento de pautas mínimas de trato humanitario y la protección de los derechos humanos también fueron destacados por los participantes de la conferencia en el análisis que se hizo de su contenido.<sup>89</sup> Asimismo, se acordó en general que las disposiciones más importantes de la Carta y, en particular aquellas incluidas en los Artículos 1 y 2, constituían normas perentorias de derecho internacional general vinculantes tanto para los Estados miembros como para los no miembros.<sup>90</sup> Lord McNair ha indicado que aquellas disposiciones de la Carta que pretenden generar derechos y deberes legales tienen un carácter constitutivo o semi legislativo y, por ende, los Estados no pueden sustraerse de estas obligaciones ni pactar contra ellos mediante tratados, y que cualquier tratado que intente producir tales efectos sería nulo.<sup>91</sup> Además, el Artículo 103 de la Carta establece que las obligaciones de

---

<sup>87</sup> Véase *Yearbook of the ILC* 1963, ii, 53.

<sup>88</sup> Conference on International Law, Lagonissi, Grecia, 3-4 de abril, 1966, auspiciado por Carnegie Endowment for International Peace. *Papers and Proceedings*, ii.24.48. Véase, además, la Bibliografía, *ibid.*, 77.

<sup>89</sup> Por ejemplo G. Dahm, *Völkerrecht* (Kohlhammer, Stuttgart, 1958-61); H. A. Rolin, "Les principes du droit international public", 77 *Recueil des Cours* (1950), 434; Van der Meersch, *Vienna Colloquium*, doc. H/Coll (65) 14, 16; véase 1966 Conference, *Papers and Proceedings* ii 29, 43-4, 92-9, 104, 107.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 99, 111. Cf. también las opiniones de E. Schwelb, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission". 61 *AJIL* (1967), 946,960.

<sup>91</sup> Lord McNair, *The Law of Treaties*, 217.

los miembros en virtud de la misma predominarán por encima de las obligaciones asumidas en virtud de cualquier otro acuerdo internacional.<sup>92</sup>

Claramente, la protección de los derechos humanos es uno de los principales objetivos de la Carta de la ONU en virtud del artículo 1 (3), mientras que los Artículos 55, 56, y 76 (c) indudablemente buscan generar derechos y deberes legales. Por lo tanto, se podría considerar que la protección de los derechos humanos posee carácter de *jus cogens* y este punto de vista fue aceptado por el Juez Tanaka quien sostuvo que “Si podemos introducir al campo internacional una categoría legal, específicamente el *jus cogens*, analizado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, una especie de ley imperativa que constituye un contraste con el *jus dispositivum*, capaz de ser modificado mediante acuerdos entre los Estados, sin duda el derecho de protección de los derechos humanos puede ser considerada como perteneciente al área del *jus cogens*”.<sup>93</sup>

Este es un punto de vista sumamente razonable pero algunos autores adoptan posiciones más cautelosas; por ejemplo, Virally señala: *“Il est difficile par exemple, de poser en règle qu'un principe abstrait, comme l'obligation de respecter les droits de l'homme, fait partie du ius cogens. Cela n'est probablement vrai que de certaines des règles qui découlent de ce principe.”*<sup>94</sup>

El genocidio y la esclavitud son ejemplos favoritos de prácticas que en general son consideradas contrarias al *jus cogens*. En su opinión consultiva sobre *Reservations to the Genocide Convention*,<sup>95</sup> la Corte Internacional de Justicia se refirió a la Resolución 96 (I) de la Asamblea General en la que se señaló que el genocidio era un crimen en virtud del derecho internacional, que perturbó la conciencia humana, infligió grandes pérdidas a la humanidad, y era contrario a la ley moral así como al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas. La primera consecuencia de esta conceptualización fue que “los principios básicos de la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, aun si no existen obligaciones convencionales”.<sup>96</sup>

Este lenguaje es perfectamente compatible con la interpretación de que las disposiciones de la Convención sobre Genocidio no sólo son vinculantes para los Estados que no tienen obligaciones convencionales sino que participan del carácter de *jus cogens* y este punto de vista ha sido aceptado por Rosenne. Al dirigirse a la Comisión de Derecho Internacional, señaló “En su opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención del Genocidio, la Corte Internacional de Justicia había establecido la obligación de *jus cogens* de todos los Estados de cooperar para eliminar el genocidio, afirmando que dicho deber era plenamente independiente de la Convención del

---

<sup>92</sup> Sir Humphrey Waldock ha señalado: “No obstante, sigue siendo cierto que el Artículo 103, que es totalmente general en sus términos y, por lo tanto, pareciera abarcar tanto los acuerdos actuales como futuros, establece el principio de la prevalencia de la Carta y no el de la invalidez de los tratados contradictorios.” (*Yearbook of the ILC* 1963, ii, 56.)

<sup>93</sup> Casos *South West Africa* opinión disidente del Juez Tanaka, ICJ Rep. 1966, 298. Véase también las notas 101 y 102 más adelante.

<sup>94</sup> M. Virally, “Réflexions sur le *Jus Cogens*”, *Annuaire Français de Droit International* (1966), 5, 28. Este autor estaba dispuesto a aceptar que “la *segregation raciale*” era contraria al *jus cogens*.

<sup>95</sup> ICJ Rep. 1951, 15

<sup>96</sup> *Ibid.*, 23.

Genocidio en sí y que se derivaba de las Resoluciones de la Asamblea General sobre la materia.<sup>97</sup>

Claramente, el genocidio y la esclavitud son ejemplos extremos de la negación del principio de igualdad de las personas y, si estas prácticas se pueden considerar contrarias al *jus cogens*, es bastante razonable suponer que otros ejemplos de la negación del principio también pueden ser contrarios a esta doctrina. Este punto de vista está respaldado por la interpretación adoptada por el Sexto Comité en cuanto al significado de genocidio en las Resoluciones de la Asamblea General 96 (I) y 180 (II). Se estimó que, si bien la Convención del Genocidio debía referirse al genocidio *stricto sensu*, el contenido de lo que se denominó “genocidio cultural” también constituía actos criminales que merecían una severa condena.<sup>98</sup> Simplemente, se pensó que esta convención en particular no era el instrumento adecuado para establecer las disposiciones para prevenirlo y sancionarlo. En consecuencia, no sería arriesgado opinar que los comentarios formulados respecto del genocidio en el sentido de la destrucción física de grupos también se pueden aplicar, *mutatis mutandis*, al “genocidio cultural”.

Incluso si se adopta el punto de vista restringido que prefiere Virally, pareciera que los principios de igualdad y no discriminación como derechos humanos fundamentales son excelentes candidatos para ser incluidos en la lista de principios de *jus cogens*. Por lo tanto, como señala Schwelb, “si actualmente existe alguna materia en derecho internacional que sea candidato probable para ser regulado por normas perentorias, indudablemente esta es la prohibición de la discriminación racial.”<sup>99</sup> Igualmente, el Profesor Brownlie ha señalado que los ejemplos “menos controversiales” de *jus cogens* incluyen el genocidio, la no discriminación racial y religiosa y la no discriminación por sexo.<sup>100</sup> Aparentemente no habría ninguna razón por la cual otros aspectos del principio de igualdad, fuera de la discriminación racial, no debieran formar parte de su contenido.<sup>101</sup>

Una posible objeción que se podría plantear es que algunas de las Convenciones que prohíben ciertos tipos de discriminación contienen cláusulas de denuncia, muchas de las cuales fueron adoptadas sin debate alguno.<sup>102</sup> Este hecho es, *prima facie*, incompatible con la propuesta de que el derecho establecido por dichas convenciones es parte del *jus cogens*, dado que el *jus cogens* no permite denuncia. No obstante, es evidente que el derecho de los

---

<sup>97</sup> *Yearbook of the ILC* 1963, i. 74.

<sup>98</sup> Véase GAOR 3rd sess., 6th comm., 193-205. Véase, además, Cap. 6 *supra*. (“Genocidio cultural” se refiere a cualquier acto cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso sobre la base del origen nacional o las creencias religiosas de sus miembros. Véase UN doc. E/447, art. 3).

<sup>99</sup> Schwelb, *op. cit.*, no. 90 *supra*, 956.

<sup>100</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 3ª ed. 1979), 513 (y no. 4). De este modo, se exploya más que en sus comentarios más titubeantes de la primera edición (1966), 417.

<sup>101</sup> Se ha señalado que el Convenio relativo a la Discriminación en el Empleo y la Ocupación de 1958 y la Convención contra la Discriminación en la Educación de 1960 también forman parte del *jus cogens*: Schwelb, 953.

<sup>102</sup> Véase por ejemplo Art. 21 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y los UN docs. A/C3/S.R.1368, y A/6181, párrafos 195-6.



tratados puede existir a la par con el derecho consuetudinario,<sup>103</sup> y los Estados no dejan de estar obligados por este último aun cuando denuncien un tratado específico en que una parte determinada de la ley consuetudinaria esté codificada. Como ha señalado Sir Humphrey Waldock, la Convención contra el Genocidio incluyó, además de las cláusulas fundamentales relativas a la prevención y supresión del genocidio, ciertas cláusulas de procedimiento respecto de las cuales el derecho de denuncia era adecuado. Si una regla determinada es parte del *jus cogens* sería “claramente absurdo” sugerir que al denunciar un tratado que la contiene, un Estado ya no estaría obligado por dicha regla, aunque podría no quedar sometido a las particulares disposiciones de procedimiento establecidas en el tratado.<sup>104</sup>

En consecuencia, existen razones sólidas para aceptar que los principios de igualdad y no discriminación, dada su calidad de elementos fundamentales constitutivos del derecho internacional de los derechos humanos forman parte del *jus cogens*. La Corte Internacional de Justicia apoya este punto de vista tanto en el caso de *Barcelona Traction* como en la opinión sobre *Namibia*. En el primer asunto, la Corte Internacional estimó que, en vista de su importancia, las obligaciones de los Estados ante la comunidad internacional en general eran *erga omnes*. En el derecho internacional contemporáneo, dichas obligaciones se derivan de la “proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como asimismo de los principios y reglas referentes a los derechos fundamentales del ser humano, incluyendo la protección de la esclavitud y la discriminación racial”.<sup>105</sup> De este modo, los derechos humanos fundamentales y la discriminación racial en particular se colocan en la misma categoría que los temas generalmente reconocidos como asuntos que forman parte del *jus cogens*, a saber, la proscripción de la agresión y el genocidio, y se afirma que el deber es para con todos. De igual modo, en 1971 la Corte señaló<sup>106</sup> que conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el anterior Mandatario (Sudáfrica) se había comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene estatus internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas sin distinciones de raza. “Por el contrario, establecer e imponer diferencias, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en cuestiones raciales, discriminación por el color de la piel o el origen nacional o étnico, que importan una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una violación flagrante de los objetivos y principios de la Carta”. En vista de que el artículo 1 (3) de la Carta prohíbe la discriminación basada en el sexo, el idioma o la religión, se deduce de la opinión consultiva que establecer e imponer diferencias basadas en cualquiera de estas razones también constituiría una violación flagrante de la Carta.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Cf. Bleicher, “The Legal Significance of the Re-Citation of General Assembly Resolutions”, 63 *AJIL* (1969), 444, 465.

<sup>104</sup> *Yearbook of the ILC* 1963, i.131. Véase Schwelb, *op. cit.*, no. 86 *supra*, 953-5 donde aparece una discusión completa sobre este tema.

<sup>105</sup> Caso *Barcelona Traction, Light and Power Co.*, ICJ Rep. 1970, párrafos 33-4. Véase, además, I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 3ra ed. 1979), 596-8. Véase, además, *Koowarta v. Bjelke-Petersen* (1982) 56 ALJR 625, 640.

<sup>106</sup> *Namibia* opinion ICJ Rep. 1971, párrafo 131.

<sup>107</sup> UN doc. E/CN.6/552.