

Peci, Norberto E.

La dignidad humana y la fundamentación de las normas de ius cogens en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos (¿Principios de derecho natural o normas de derecho positivo?)

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Peci, N. E. (2016, octubre). La dignidad humana y la fundamentación de las normas de ius cogens en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos : ¿principios de derecho natural o normas de derecho positivo? [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/dignidad-humana-fundamentacion-peci.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

La dignidad humana y la fundamentación de las normas de *ius cogens* en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos” (¿Principios de derecho natural o normas de derecho positivo?)

Resumen:

La recepción del “ius cogens” en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986), y su inclusión en los anteproyectos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, fue un paso trascendente. Éste concepto parece tener antecedentes en el derecho romano, siendo luego esbozado por los clásicos del derecho internacional -desde Vitoria a Vattel-, apareciendo con entidad propia en los pandectistas. A pesar de su antiguo desarrollo, actualmente las normas imperativas de derecho internacional general no están bien identificadas, ni están claramente fundadas, con excepciones, las causas de su naturaleza y validez en los dictámenes, fallos, laudos y opiniones internacionales. Simplemente, se las nombra cómo algo existente, que no puede controvertirse. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos el “ius cogens” ha sido invocado por la Comisión y por la Corte, las que le han reconocido esta categoría a diversos derechos. El objetivo de nuestro estudio es, -a partir de lo decidido por esos órganos-, analizar la interpretación, los fundamentos y la aplicación que hacen -explícita e implícitamente- de éste tipo de normas estos y otros órganos internacionales, para determinar, más allá de lo formalmente invocado, la real naturaleza con la que se las considera. En el orden internacional no se duda de que las normas imperativas existen cómo la consecuencia de una realidad que va ínsita con la dignidad del hombre. Pero, ¿de dónde y por qué surgen?, ¿cómo deben interpretarse?, ¿cuál es su alcance?, ¿cómo deben aplicarse?, ¿pueden cambiar en el tiempo? Creemos que es esencial delimitar estos temas para determinar el alcance y la posibilidad de la mutabilidad de las normas que se categorizan en este concepto, lo que tendrá impacto directo en la caracterización de los derechos que protegen la dignidad del hombre.

Autor:

Norberto E. Peci. Profesor U.C.A. Bs. As.

Palabras claves:

Derechos Humanos - Dignidad - Ius Cogens - Fundamentos - Interpretación.

I. NORMAS IMPERATIVAS, EVOLUCIÓN, CONCEPTO, CODIFICACIÓN, DECISIONES JURISPRUDENCIALES

1. QUE SON LAS NORMAS IMPERATIVAS

La idea de la existencia de normas imperativas, llamadas de "jus cogens", ha existido desde hace siglos en las relaciones entre los pueblos. Hoy no se duda de su existencia, pero sí de algunas cuestiones que se le relacionan, como sus fundamentos, naturaleza, contenido y consecuencias de su violación. Esto es así porque aún se debate si la fuerza obligatoria de este derecho imperativo proviene de su relación con principios naturales preexistentes a las normas positivas, o de un formal orden público consecuencia de la voluntad de hombres o de Estados.

2. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS IMPERATIVAS

El concepto de *ius cogens* se emparenta con el del *jus publicum* romano, recogido en el Código Napoleón, que está relacionado con la noción de orden público¹.

Doctrinariamente, la concepción de la existencia de normas imperativas de derecho internacional -al menos en forma parcial-, difícilmente puede eludir una vinculación con la determinación de un *jus naturale* y en el *jus necessarium*. La Escuela Española del Derecho de gentes, iusfilósofos como Bynkershoek, Vattel, Bluntschli e incluso autores positivistas moderados, admitieron la existencia de normas superiores a la voluntad de los Estados, basándose en la exigencia de una "licitud al objeto del acuerdo"², reclamado por un "*orden público internacional*" y constituido por un conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos. El mismo Kelsen dice en sus "Principios de Derecho Internacional Público que la autonomía de la voluntad estatal puede ser restringida en la medida en que el ordenamiento jurídico sustraiga a la reglamentación contractual determinadas materias no disponibles"³.

A fines del siglo XIX, a pesar de las tragedias suscitadas, se inició el proceso de "humanización" del derecho internacional, renaciendo el convencimiento de que el derecho positivo no puede constituir el único cuerpo normativo de la sociedad⁴, advirtiéndose que la soberanía absoluta de los Estados implica como tal la negación del Derecho de Gentes. Doctrinarios como Radbruch, Kaufmann, Mc Nair, Verdross y Virally, desde distintos puntos de vista filosóficos, se inclinaron por normas de limitación a la libertad contractual de los

¹ Un estudio de la evolución doctrinal del *ius cogens* la realiza Gómez Robledo, Antonio. "El *Ius Cogens* internacional. Estudio histórico-crítico". Universidad Autónoma de México. 2003. Ver también Ernesto de la Guardia y Delpech Marcelo, El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1968, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 65 y ss. En el mismo sentido ver el meduloso trabajo de la profesora Zlatas de Clément, "Las normas imperativas de derecho internacional general (*Ius Cogens*). Dimensión sustancial", en el sitio www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/at_download/file, a quien seguimos en éste trabajo. En lo que hace a la expresión exacta *ius cogens*, -si bien en el plano del derecho interno de los Estados- se considera que fue introducida por los pandectistas, particularmente Glück y Windscheid. La compilación conocida como *Pandectas o Digesto*, parte del Corpus Juris Civilis romano, se aplicó hasta inicios de la Edad Media.

² Anzilotti, Dionisio. Curso de Derecho Internacional Público, traducción francesa de la 3ª edición italiana, Sirey, París, 1929, t. 1, p. 89. Cf. ANTONIO GÓMEZ-ROBLEDO, op. cit. "Ius (...)", p. 24.

³ Ver Truyol y Serra, Antonio "Historia del Derecho Internacional Público", Ed. española de Paloma García Picazo, Madrid, 1998, pp. 59. Ver también Ernesto de la Guardia, Derecho de los Tratados Internacionales, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, nota 84, p. 76, citando Paul Guggenheim.

⁴ Zlatas de Clément, Zlatas. "La humanización del Derecho internacional público". Exposición ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 12 de setiembre de 2000.

estados⁵. Barberis al referirse a las limitaciones impuestas por el *jus cogens* ha señalado que "...todo orden jurídico contiene necesariamente alguna norma que no es susceptible de derogación por la voluntad de las partes. Un orden jurídico que, en su totalidad, pueda ser derogado por las partes mediante un acuerdo, es impensable como Derecho"⁶.

3. CODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS.LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

El "*ius cogens*" se positivizó como derecho escrito, en el Derecho internacional, a través de las labores de la CDI de la O.N.U en materias vinculadas de responsabilidad y el derecho de los tratados. La tarea de la CDI en el caso de los tratados devino en dos convenciones mayoritariamente aceptadas, y en el caso de la responsabilidad de los tratados, el asunto aún está pendiente. Pero la CDI no definió el origen ni el concepto de las normas imperativas, si bien señaló su carácter inderogable, en tanto se trata de normas que "no admiten acuerdo en contrario" y "nulifican los tratados que se le oponen". No obstante, en una solución que estimamos de compromiso ante posiciones como las del Reino Unido, Francia, Turquía y otros estados, admitió su posible modificación⁷, no derogación⁹.

Lo cierto es que hoy es aceptado que el *jus cogens* es un instituto que no solo se refiere a los tratados, sino que implica el reconocimiento de la existencia de derecho internacional general de condición especial: son normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior.

Ahora bien, ¿implica esto que se reconoce la existencia de un derecho natural de respeto a la dignidad de los individuos en el ámbito internacional? René-Jean Dupuy, representante de la Santa Sede en la Conferencia de Viena que adoptó la Convención del 1969, dijo en ella que el *ius cogens* no se debe confundir con la ley natural, pero que contiene principios, como la prohibición de la esclavitud y del genocidio, que entran a través de las normas imperativas en el derecho positivo como un requerimiento de la conciencia universal. De su posición se inferiría que el *ius cogens* no está conformado por normas de derecho natural, sino que "recoge principios" de derecho natural en el proceso del reconocimiento progresivo de ese derecho por la legislación internacional.

4. APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE NORMAS DE IUS COGENS

⁵ Radbruch, por ejemplo, señaló que las ordenaciones que tienen por contenido violaciones flagrantes de los derechos humanos no sólo son un derecho injusto, sino que carecen de toda obligatoriedad, pues frente a injusticias tales, no pesa ya el principio de seguridad jurídica.

⁶ Barberis Julio A. Formación del Derecho Internacional, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 54.

⁷ Los artículos 53, 64, 66.a y 71 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se refieren a las normas imperativas en los tratados entre estados. La normativa fue replicada en la Convención de 1986 sobre de tratados de organizaciones internacionales.

⁸ Brotons Remiro y otros, Derecho internacional, Mc Graw Hill, 3era. Edición, Madrid, 2007, págs. 26 y sstes.

⁹ La expresión "modificada" no debe ser entendida como "cambiada", mudando una cosa por otra, sino con la precisión del real alcance del término, es decir modificado o transformado, cambiando sólo algunos de sus accidentes. Ello es razonable, en tanto los valores que las normas imperativas pretenden resguardar, en su esencia, son, inmutables, plenos, abstractos, siendo su realización en situaciones concretas -a través de la formulación normativa- perfectible, variable, incompleta. Probablemente, sea ésta una de las razones por las que resulta tan difícil la formulación precisa de un contenido normativo de *jus cogens*.

La noción jurídica de norma imperativa de Derecho internacional general ha sido utilizada en numerosos fallos por la actual Corte Internacional de Justicia, invocando para su aplicación “elementales consideraciones de humanidad”, “principios que obligan a los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional”, “intereses de la humanidad en general” y “misión sagrada de civilización”¹⁰.

Esta fuente particular también fue utilizada por su antecedente, la Corte Permanente de Justicia Internacional en casos como el de la opinión consultiva en el "Asunto Relativo a los Decretos de Nacionalidad Promulgados en Túnez y Maruecos", señalando que la soberanía de los Estados sobre su territorio no es ilimitada, sino que debe ejercerse dentro de lo permitido por el derecho internacional. El caso más paradigmático es el de "Barcelona Traction"¹¹, en el que se admitió inexcusablemente la existencia de estas normas. Más recientemente, la CIJ sentenció en el "Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua", en 1986, reconociendo la existencia de principios fundamentales o esenciales en el derecho internacional.

En al ámbito americano, la jurisprudencia internacional ha reconocido muchísimas prohibiciones absolutas con fundamento en las normas de ius cogens. Decisiones paradigmáticas han sido las referidas a las sentencias en las que la Corte Interamericana, desde el año 2006, ha sostenido que “la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de ius cogens”.

Entre estas decisiones de la Corte Interamericana, la primera mención al ius cogens la encontramos en el caso Aloeboetoe, sobre la nulidad de un tratado del año 1762. Con el caso Blake, la Corte empieza a utilizar frecuentemente el concepto, especialmente a través de los votos razonados del juez Cançado Trindade, respecto de materias como la tortura, la desaparición forzada de personas y el acceso a la justicia. Hacia fines del año 2003 la Corte Interamericana emitió a nuestro juicio la Opinión Consultiva más importantes en lo que a ius cogens se refiere, la OC-18/03. Por primera vez se pronunció con profundidad sobre la importancia y el alcance del ius cogens, debido a una consulta incoada por México y en la que participaron varios estados¹². En las observaciones orales y escritas en el proceso ante la Corte Interamericana, la Comisión sostuvo que existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial, y de las prácticas directamente asociadas con ella, constituye una obligación erga omnes. El carácter de ius cogens del principio de no discriminación implica que, por su naturaleza perentoria, estas reglas

¹⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 173-174. Ver CIJ Caso Bosnia -Herzegovina vs. Serbia-Montenegro del 26-2-07, y la Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, del 22-7-10.

¹¹ International Court of Justice: “Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (new application: 1962). Belgium vs. Spain. Second phase. Judgment of 5 February of 2008. “Case concerning United States diplomatic and consular staff in Teheran”. United States of America vs. Iran. Judgement of 24 May, 1980. “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of genocide”. Advisory Opinion of May 28th of 1951. “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of genocide”. Advisory Opinion of May 28th of 1951. Memorando de Derecho 223. “Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory”. “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua” Nicaragua vs. United States of America. Merits. Judgment 27 June 1986. “Corfu Channel Case” Merits. United Kingdom vs. Albania. Judgment of April 9th, 1949. . “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution.” Advisory Opinion of June 21st, 1971. “Case Concerning East Timor.” (Portugal vs. Australia). Judgment of 30th June, 1995. “Armed activities on the Territory of the Congo (new application: 2002.)” Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda. Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application. February 3 of 2006.

¹² de la Fuente, María del Rosario. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". [//www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/condicion_juridica_y_derech_d_los_migr_indo.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/condicion_juridica_y_derech_d_los_migr_indo.pdf). uispe Remón, Florabel, Ius cogens en el Sistema Interamericano : Su relación con el debido proceso. www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf.

fundamentales deben ser observadas por todos los estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario^{13 14}.

En otra materia, respecto de las garantías procesales, la Corte Interamericana aplica frecuentemente los artículos 8 (debido proceso) y 25 (protección judicial) de la CADH como que si de un solo derecho se tratara. El Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real, con todas las garantías judiciales implícitas.

La Corte Interamericana, tras expedir muchas sentencias y opiniones consultivas, en el caso Goiburú señala con contundencia que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los estados de no permitir la impunidad de esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros estados que lo hagan o procuren hacerlo. A través de esta sentencia incluye el derecho al debido proceso dentro del pequeño grupo de derechos que forman parte de las normas de ius cogens. En el caso de la Cantuta contra Perú volvió a reiterar y ratificar lo dicho en el caso Goiburú. Asimismo, el juez Cançado Trindade, aprovechando su última oportunidad en este tribunal regional antes de su retiro, destacó la consolidación en esta sentencia de la ampliación del contenido material del ius cogens, al abarcar el derecho de acceso a la justicia lato sensu, sin el cual simplemente no existe el Estado de derecho. De este modo, el derecho al debido proceso, como parte indivisible del derecho al acceso a la justicia, forma parte de las normas de ius cogens.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también utilizó las normas imperativas en el caso "Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos", manifestando que el concepto de ius cogens se deriva de una "orden superior", de normas legales establecidas en tiempos antiguos, que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Similar solución adoptó en los casos "Michael Domínguez" y "Sankofa", ambos contra Estados Unidos. La Comisión afirmó que los estados miembros de la OEA reconocían una norma de ius cogens que prohibía la ejecución de niños y de menores de edad. Para llegar a ésta conclusión la Comisión rastreó en los tratados de derechos humanos referidos al tema, y dijo que casi todos los Estados han rechazado la imposición de la pena capital a personas menores de 18 años. Además, la norma se infiere de la adhesión mayoritaria de los Estados al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Todas estas decisiones interamericanas han sido ampliamente recepcionadas por el orden jurídico argentino, especialmente a través de la jurisprudencia de la CSJN que consi-

¹³ Corte Interamericana de Derechos humanos. "Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 84. En sentido análogo consultar: "Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 118. "Caso La Cantuta Vs. Perú." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115 y "Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202. Párr. 59.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos; "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados." Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)." Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

dera pacíficamente que todos los órganos de Estado están obligados a seguir fielmente las decisiones de lo decidido por la Corte Interamericana¹⁵.

Ahora bien, entrando más en el objeto de este trabajo, todas estas decisiones señalan a la dignidad del hombre cómo la causa del *ius cogens*. Pero, salvo algunas excepciones, como la de la Opinión Consultiva 18/2003, más allá de nombrarla, no explican en qué consiste esa dignidad.

II. IUS COGENS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

1. IDENTIFICACIÓN Y FORMACIÓN DE LAS NORMAS.

En lo que hace a la generación formal de la norma de *jus cogens*, para que la norma exista para el derecho internacional, bastaría constatar su aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La CDI ha entendido que la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” o “comunidad internacional en su conjunto”, no significa la unanimidad de todos los Estados, sino que se refiere al acuerdo de los “componentes esenciales” de la misma (los sectores más representativos). Lo decisivo para el derecho internacional tradicional es, para la formación e identificación de una norma imperativa, la percepción de un hecho psicológico, una “*opinio iuris cogentis*” que se aprecia a través de la observación de la existencia de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de la formación de las normas generales (ó por ejemplo, la adhesión a un tratado de vocación universal, o a una declaración de la AGNU).

Pero el problema que advertimos es quién y cómo advierte la existencia de la norma calificada como imperativa. Este derecho perentorio, en un mundo en que se cuestionan todas las certezas, ¿qué naturaleza y extensión tiene? ¿de dónde surge? y, en definitiva, ¿qué relación existe entre el *ius cogens* y la dignidad del hombre?¹⁶

2. LA DIGNIDAD DEL HOMBRE. LA NATURALEZA COMO BASE DE SU DIGNIDAD

El término “dignidad” no figuraba en las primeras declaraciones de derechos de los Estados Unidos de América y de Francia de finales del XVIII, ni en los textos posteriores hasta casi la segunda mitad del siglo XX. Las cartas y declaraciones de derechos se fundaban más en las nociones de libertad, igualdad, propiedad, e incluso en la búsqueda de la felicidad, antes que en la de dignidad. La incorporación habitual de la noción de dignidad a los textos jurídicos se produjo en el contexto de la internacionalización de los derechos humanos, incorporándose el término a los grandes instrumentos internacionales e introducién-

¹⁵ Ver Drnas de Clément, Zlata: “El Derecho internacional en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. XVI, Córdoba, 2008, 104 y ss.; “El *ius cogens* en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina” (www.acadec.org.ar);

¹⁶ No es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su “voluntad”, inclusive en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cual es el Derecho” ha dicho no obstante A. A. Cancado Trindade en las O. C. 16 y 18 de la CIDH.

dose en las nuevas normas constitucionales de los estados¹⁷. Es interesante entonces preguntarnos el por qué de esta revalorización de la dignidad, fundadora de derechos perentorios.

El que indaga en busca del conocimiento jurídico, debe observar la realidad desde el punto de vista de lo jurídico, observar al hombre y a las cosas con ese objetivo, tratando de descubrir su "naturaleza" y sus "fines", lo que lleva a determinar "principios". No los principios lógicos ni, inmediatamente, los morales, sino los jurídicos. Estos se basan en la naturaleza de los hombres, sujetos mediatos pero últimos de la vida internacional, que tienen y a quienes se les debe una "dignidad cierta", que se descubre a través del conocimiento que forma la conciencia de la necesidad de ese respeto.

De este modo, la vida internacional, como toda vida comunitaria, tiene una dimensión jurídica. En ella hay un orden que puede y debe ser conocido y reconocido. Este orden no es objeto de una sola ciencia, pues es estudiado por la filosofía, la ciencia política, la sociología, el derecho. Cada ciencia tiene un aspecto formal desde el cual investiga su objeto de saber. Así el operador jurídico internacional debe identificar la norma desde, primero, un nivel fundamental, luego desde el nivel científico -o ciencia jurídica en sentido estricto-, después debe analizar la casuística, y luego tiene que aplicar lo conocido en forma prudencial¹⁸. Y lo que se percibe primero, creemos, es la unidad ontológica del ser humano, que posee una objetiva dignidad implícita de carácter esencial, más allá de sus circunstancias.

Esta interpretación, aplicación y reconocimiento de la dignidad del hombre la hacen de hecho los jueces internacionales. Tienen esta conciencia. Pero en sus dictámenes y sentencias, salvo excepciones, no lo dicen con claridad de fundamentos. Se quedan en la invocación de una dignidad incausada, incolora, que incluso insinúa permitir que cambie una norma imperativa e inderogable. No obstante, ninguna sentencia de las analizadas admite un posible cambio. Sí, en algunas materias, se esboza que puede haber una adecuación futura, una cierta variabilidad histórica, lo que no estaría en desacuerdo con la posible mutación del derecho natural debido a su historicidad.

Algo nos dice que los inmigrantes indocumentados tienen una naturaleza igual a la nuestra, que reclaman en justicia algo que les sería debido. Algo también nos dice que es o no correcto el trato que se les está dando a su situación, nuestra conciencia advierte la exigencia de una concreción del derecho. Así va dialécticamente avanzando la jurisprudencia internacional, en un rumbo que no necesariamente es siempre justo y progresista, pues puede que la aplicación prudencial falle, pero que sí tiende a un desarrollo progresivo.

2. LA PERCEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Observando la realidad, el conocimiento infiere a partir de hechos que supone conocidos con alguna certeza, una exigencia de adecuación de las conductas dentro de un cierto orden. De la conducta de los hombres se deduce una conveniencia respecto del fin percibido, que en algunos casos, debido a la importancia de los fines, son esenciales y su menos-

¹⁷ Ver Marín Castán, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7833>.

¹⁸ Ver Hervada, Javier. Lecciones propédeuticas de filosofía del derecho, EUNSA, 3ra, edición, 2000, 591 y ss. De estos cuatro tiempos, sólo los dos primeros son ciencia en sentido propio, o sea conocimiento por sus causas con validez general consistiendo la diferencia entre el nivel fundamental y el científico que el primero se mueve en el plano de la abstracción ontológica, mientras que el segundo opera dentro de un nivel de atracción fenoménica.

cabo ataca su dignidad. Por eso es importante determinar los principios adecuados del obrar, no solo infiriéndolos de la mera comparación de los ordenamientos jurídicos o de la práctica de los Estados, sino deduciéndolos de la naturaleza y de los fines que la experiencia muestra. Así conectamos la naturaleza y los fines, con los principios que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo.

El Derecho y el mundo jurídico en general son realidades prácticas. El objeto observable es la conducta humana (interactiva o social), la que opera como soporte óntico inmediato del resto de los elementos que lo integran. Los hechos jurídicos son, pues, hechos prácticos. La experiencia jurídica, como toda experiencia, en cierto modo termina y en cierto modo se continúa, cuando hacemos abstracciones a partir de lo observado en las realidades prácticas, en la elaboración de conceptos y juicios acerca de los fenómenos práctico-jurídicos. El conocimiento jurídico concreto y la argumentación de legisladores, abogados y jueces -la dialéctica jurídica- tiene dos términos no dialécticos constituidos por los principios práctico-normativos (ley natural y normas jurídico-positivas generales) y la experiencia jurídica, entendida como percepción práctica del objeto inmediato de la acción. El objeto y finalidad de la argumentación jurídica, pues, no es otro que el juicio normativo y regulador de la acción concreta o, dicho en otros términos, la determinación de lo que es justo, es decir, Derecho, en una situación determinada¹⁹.

Desde los presocráticos el término principio significó el principio de todas las cosas, o aquello de lo cual se derivan todas las cosas. Con la evolución del pensamiento, se designó con el término principio a una proposición que da razón de algo respecto del conocimiento. El principio es un punto de partida que no puede reducirse a otro²⁰. Toda tesis, todo razonamiento, e incluso toda norma jurídica y sus correlativas aplicaciones parten de principios que cimentan la especulación dialéctica en que se fundan. El gran problema se da -respecto de los primeros principios y los principios propios de cada ciencia-, en relación al debate sobre si se sostiene que el principio es una relación simplemente lógica relativa, o si afirma una tesis con causa en la naturaleza de realidades consideradas y percibidas a través del conocimiento.

Este entendimiento de los principios internacionales presupone a su vez, obviamente, las siguientes premisas. Qué : a) hay una comunidad internacional; b) hay un orden internacional; c) hay un orden normativo que integra ese orden o que está en relación de causalidad ejemplar con el mismo; y d) el orden y la comunidad internacionales tienen un fin. Todas estas tesis, en general, son admitidas hoy por casi todos, aunque con alcances o matices muy diferentes, según las diversas corrientes actuales. Pero este cierto consenso, a pesar de la diversidad de enfoques doctrinales, no siempre se da tan pacíficamente²¹ ¿Por qué?

¹⁹ Ver, Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas, Edición a cargo de Lamas, Felix A., EDUCA, (Prudentia Iuris), año 2002, págs. 11 y ss. Cuando nos estamos refiriendo a los principios internacionales, nos estamos a las normas más generales que funcionan como principio de las restantes normas más particulares, aunque también, en un sentido menos propio, podremos entender como principios las reglas lógico prácticas más generales de interpretación de las normas internacionales.

²⁰ Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Ed. Sudamericana, 14 ed., 1983, págs. 312 y ss.

²¹ La noción de comunidad internacional, si bien tiene una mediata raíz estoica, fue formulada por primera vez por la Escuela Española del Derecho de Gentes, y negada expresamente por las doctrinas contractualistas de Hobbes, Locke, otros autores modernos, como Hume y Hegel. La afirmación de la existencia de una comunidad o sociedad internacional, que hoy parece obvia frente a la existencia de una organización mundial como las Naciones Unidas, las organizaciones regionales o ciertos tratados universales (postales, de navegación aérea, etc.), tiene sin embargo fundamentos más profundos que los de un mero tratado fundacional) para la escuela clásica del

3. LOS ACUERDOS PRÁCTICOS EN LOS PRINCIPIOS. LA CONCORDIA POLÍTICA

El conocimiento del hombre, en tanto se aleja de los principios que tienen la máxima universalidad a partir de la naturaleza humana, se hace más falible, porque el intelecto conoce directamente sólo lo universal y los sentidos sólo pueden suministrar un conocimiento particular. Lo individual, en tanto material, no es inteligible directamente sino "indirectamente y como por una reflexión". Infinidad de singulares no pueden ser aprehendidos por la razón, por lo que ello hace falibles el pensamiento del hombre²².

Claro que la doctrina tomista no se queda en una posición negativa respecto al conocimiento de lo concreto; por el contrario soluciona el problema de una manera absolutamente original y asombrosamente profunda con su doctrina sobre la experiencia, la memoria, la prudencia y, sobre todo, la cogitativa, que es el vínculo entre el intelecto y la sensibilidad, una participación de la inteligencia en los sentidos que hace posible el conocimiento concreto, organizando inteligentemente las percepciones²³.

En el conocimiento práctico, además, la dificultad es mayor que en otra forma de conocimiento concreto, porque en él el conocimiento se dirige a algo que aún no es, o que por lo menos no lo es plenamente sino que, precisamente, hay que hacer. No es fácil tener en cuenta todas las múltiples circunstancias que van conformando la realidad de un grupo, sea de una familia, de la nación o de la comunidad internacional, ni conciliar y rectificar diversos intereses y opiniones prácticas de tal manera que todo conduzca al interés general.

Se comprende, por lo tanto, que sea una tarea ardua el llegar a un acuerdo sobre valores fundamentales o sobre objetivos comunes en función de los cuales se estructura la organización social y política. Pero hay que lograrlo. Y para ello hay que tener en cuenta la posibilidad de un vínculo unitivo, la concordia, que no es un pacto, que no es consenso, sino un querer común, un cierto acuerdo que debe darse con buena voluntad en torno a la dignidad concreta y comunidad de fines de los hombres. Es un bien buscado, mío, del otro, de todos. Es una voluntad concorde de alcanzar bienes necesarios para el desarrollo de la vida, aprehendidos con referencia a la realidad. La concordia política será entonces de algún modo causa eficiente no sólo del Estado, sino de la Comunidad internacional.

El acuerdo, entonces debe darse en torno de los principios basados en la dignidad, en torno a principios de derecho que no dependen de la "voluntad", ni del mero consentimiento de los sujetos de derecho, sino en los derechos fundamentales de la persona humana, siendo éste el "fundamento necesario de todo orden jurídico".

derecho natural, como se verá más adelante. Por otra parte, para la Escuela Española, la comunidad internacional es una comunidad real, y no, p. ej., una mera comunidad jurídica, como autores formalistas contemporáneos. Cfr. Lamas, Félix A. Los principios internacionales, Ed. Forum, Buenos Aires, 1974.

²² Ver Lamas, Félix A. La concordia política, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, págs 61 y ss, en referencia al pensamiento de Tomás de Aquino S. Teol., I, q. 79, a. 12, q. 85, a. 6, Cfr. Ibid., 1, q. 86, q. 47, a. 3, ad. 2 y relacionadas. Tomás de Aquino, S. Teol., I-II, q. 94, a. 4: "La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, sobre las que tratan las acciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes se encuentra una cierta necesidad, cuanto mas se desciende a lo particular, mas excepciones ocurren [...] En el orden práctico, la verdad o rectitud practica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino solo de conocimiento universal; y aun aquellos que coinciden en la norma practica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente [...] Y tanto mas se encuentra que falta cuando mas desciende uno a lo particular." "La razon practica se ocupa de situaciones reales contingentes, que son en las que se realizan las acciones humanas. Por eso, aunque en los principios generales haya una cierta necesidad, cuanto mas se desciende a lo particular, tanto mas hay de indeterminación. [...] En el ámbito de la acción, la verdad o la rectitud practica no son las mismas en todos en cuanto a las aplicaciones particulares, sino solamente en los principios generales. Y aun en aquellos en los que se da la misma rectitud en las acciones concretas, esta no es conocida igualmente por todos".

²³ Ver Santo Tomás, op. cit., 1, q. 78, a. 4c, q. 81, a. 3c; 1-2, q.30, a. 3 ad 3.

III. CONCLUSIONES

Creemos que las normas de *ius cogens* reconocen principios con notas de respeto necesarias de la persona, inescindibles de la dignidad de su naturaleza. Y ello se desprende de la práctica internacional. La secuencia sería naturaleza humana, dignidad, principios, reconocimiento en una norma positiva imperativa. Pero esto no es ampliamente aceptado en la doctrina internacional, aunque sí en la práctica internacional, en donde se advierte una conciencia de lo justo, aunque no se respete a veces.

¿Qué se observa a partir del análisis de la codificación y de las decisiones mencionadas? Primero, una relación inescindible entre el concepto de dignidad y la formulación de principios que sustentan las normas imperativas. Segundo, la invocación frecuente de normas imperativas que se definen con mayor o menor énfasis como inmutables, que son modificables pero esencialmente pétreas. En esto, más allá de los fundamentos, hay un acuerdo.

Asimismo, lo natural puede soportar cierta modificación. Existe un derecho natural primario y un derecho natural secundario, pero una parte irreductible de las normas imperativas no admitirían un retroceso. Por eso se habla, sin demasiadas referencias al derecho natural, -porque en derecho internacional no se habla de derechos naturales salvo respecto de derechos humanos- de qué hay un núcleo duro de normas de *ius cogens*, y podría haber otro modificable. Las normas de *ius cogens* que reconocen progresivamente principios de derecho internacional. Pero cómo no están determinadas acabadamente, y debido a que no hay una posición pacífica respecto de su naturaleza hay normas que reconocen con una certeza casi absoluta principios derivados del derecho natural²⁴, y otras que, también por su naturaleza, no muestran en forma evidente tal correlación con la misma fuerza. Por ejemplo, las normas sobre el genocidio o la tortura, o el tráfico de esclavos, poseen una derivación directa de la dignidad de los seres humanos. Pero que un determinado tribunal extranjero, en todos los casos, deba juzgar ciertas normas violatorias de principios imperativos, no parece tan claro en cuanto a su invariabilidad, pudiendo transformarse respecto a las circunstancias históricas. Unas parecen difícilmente derogables, y las otras no tanto.

Otro gran tema es si el *ius cogens* se funda en la dignidad del hombre o se funda en un derecho que no es subjetivo, en algo que está más relacionado con lo extrínseco a la persona que a su propia dignidad. Por ejemplo, una necesidad social, el bien del todo. No es un tema menor. No obstante, creemos que en los textos internacionales prevalece el pensamiento que afirma que ésta exigencia es un imperativo que nace del propio hombre, un reclamo de su conciencia. Cómo sabemos, Kant ha sido el gran fundador de la tesis.

Parece entonces que de la naturaleza del hombre proviene esta "imperatividad", la que es reconocida por la comunidad internacional. Pero pocos se atreven a decir en sus decisiones, con convicción, que las normas imperativas son imperativas para siempre, o que son un digno reclamo a una exigencia esencial y objetiva del ser, no una exigencia meramente subjetiva. ¿Por qué sucede esto? Creemos que eso implicaría abandonar la postura de

²⁴ Las normas perentorias se dice que son de normas de derecho positivo. Puede que lo sean, pero los principios que las informan conectan y derivan de la naturaleza humana, no pueden cambiar, por ejemplo, en materias como derechos de los niños, el terrorismo, a la vida, a la libertad, la piratería, el narcotráfico, la esclavitud, el tráfico de personas y drogas, las que no parecen cuestiones que puedan aceptarse en el futuro.

Habermas, la postura de Sartre, y de otras que, con coherencia formal, dicen otra cosa: que las normas son imperativas "ahora", pero que no pueden asegurar que lo serán en el futuro, que se sustentan en una relación exclusivamente existencial. O sea, el genocidio, el terrorismo, la esclavitud, el tráfico de mujeres y niños, los crímenes de lesa humanidad, son condenables hoy. Pero cómo nada es definitivo, no sabemos si lo serán mañana. Esa duda metódica aún prima en las decisiones internacionales. Se dice que se condena porque se viola tal artículo, pero algo falta para completar la fundamentación, si se refiere a una materia tan esencial de *ius cogens*. Se tiene que decir qué, además, esa norma responde a una necesidad de la naturaleza humana, y que su violación va contra los fines del hombre.

Ahora bien, a pesar de esto también creemos, como ya lo hemos dicho, que es posible un acuerdo en los fines. Y esto es bueno. Si bien desde el iusnaturalismo puede considerarse que los derechos humanos son reconocimientos que corresponde a cada hombre en razón de su ser, a partir de su naturaleza”, y que serían previos al derecho positivo no estando sujetos a la arbitrariedad del legislador, y que el iuspositivismo puede considerarlos como reivindicaciones concedidas recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende de los legisladores en qué consisten estos y cómo se delimita el ámbito de las reivindicaciones legítimas, el iuspositivista puede admitir que las convicciones iusnaturalistas son la base moral del derecho positivo de los DDHH, -aunque no las considere de naturaleza jurídica-, y el iusnaturalista aristotélico tomista podrá considerar la positivación del derecho como una exigencia de derecho natural²⁵. Es deseable que las decisiones judiciales, con más fuerza, proclamen la necesidad de reconocer a las personas su posición central dentro de la comunidad internacional, como un nuevo *ethos* del derecho internacional contemporáneo²⁶.

²⁵ Sobre el concepto de dignidad humana Robert Spaemann en “Lo natural y lo racional”, IES, Santiago de Chile, 2012, pp. 61-81.

²⁶ Cancado Trindade A. A. Presentación ante el Consejo Permanente de la O.E.A, cit. de la Fuente, María del Rosario, op. cit. nota 42.