

II. Historia legislativa del <i>ius cogens</i>	21
1. El proyecto Fitzmaurice	25
2. El proyecto Waldock	27
3. La opinión de los Estados miembros	37
4. La labor de la Sexta Comisión y la resolución 2625	40
5. La Conferencia de Viena (1a. parte)	41
6. La Conferencia de Viena (2a. parte)	51

II

HISTORIA LEGISLATIVA DEL *IUS COGENS*

Habiendo dado cuenta de los orígenes remotos del concepto de *ius cogens*, debemos ahora atender a sus orígenes próximos, es decir la historia legislativa del indicado concepto hasta su inclusión —aunque sin designársele con aquel nombre— en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Conforme al plan seguido por todos los autores —y en efecto, es difícil pensar en otro distinto— toda historia legislativa del *ius cogens* ha de pasar forzosamente por las siguientes etapas: su presentación en la Comisión de Derecho Internacional, su discusión en este cuerpo y, posteriormente, los comentarios de los gobiernos, el debate en la sexta comisión de la Asamblea General y, por último, los debates, hasta la aprobación final del artículo, en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, y restringiéndonos por el momento a la primera fase, la introducción del *ius cogens* en la Comisión de Derecho Internacional, hay autores, como Suy y Rosenne, que suelen empezar con la presentación, en 1963, del anteproyecto de sir Humphrey Waldock, en el cual se introduce, en estos términos explícitos, la noción del *ius cogens*. Otros autores, sin embargo, entre ellos Jerzy Sztuchi, nos hacen remontar diez años atrás, hasta 1953, o sea al proyecto de Lauterpacht, presentado por su autor en su calidad de relator especial del derecho de los tratados. Desde un punto de vista formal así podrá ser, pero de nuestra parte creamos que hay que tomar el agua todavía más arriba, desde 1950 por lo menos, cuando el miembro colombiano de la comisión, doctor Jesús María Yepes, planteó la cuestión de la validez de los tratados internacionales en función de la licitud de su objeto. El doctor Yepes, como es bien sabido, en su calidad de representante de Colombia en la conferencia constituyente de San Francisco (1945) hizo aceptar la introducción del principio de la buena fe —principio que, inexplicablemente, no figuraba

en las proposiciones de Dumbarton Oaks— en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2o., parte 2).

Con este trasfondo histórico, y muy ufano, al parecer, de que la Carta hubiera hecho de la buena fe la “norma suprema de la vida internacional”, estimaba Yepes que un corolario inmediato de la buena fe en el derecho de los tratados debía ser el de que los tratados tuvieran un fin u objeto lícito (*a lawful purpose*) y que, al no tenerlo, el tratado no podría ser válido.¹

En el curso de su exposición, el doctor Yepes, con gran brillantez y profundidad, dijo lo siguiente:

La discusión que ha tenido lugar en el seno de la Comisión se ha limitado al aspecto puramente formal de la cuestión. La Comisión ha examinado los problemas siguientes: forma escrita, capacidad, firma, ratificación; tal es, en efecto el marco de los tratados. Ahora bien, y como el valor de los mismos está en función de su contenido, la Comisión ha debido decir que los Estados no tenían el derecho de celebrar tratados con un contenido cualquiera. La Comisión ha olvidado el objeto de los tratados; pero es algo esencial el que los tratados tengan un objeto lícito, y esto hay que decirlo expresamente. El orador sabe quien es él, hasta cierto punto, la *vox clamantis in deserto*, pero pertenece a una escuela filosófica que no acepta la voluntad del Estado como fuente de derecho, y estima que el Estado está sometido al derecho y debe respetarlo. Por encima del Estado, está la ley moral.

En la historia diplomática hay numerosos ejemplos de tratados cuyo objeto ha sido ilícito; por ejemplo los repartos de Polonia que fueron objeto de tratados aceptados por todos los Estados; el tratado Clayton-Bulwer por el cual los Estados Unidos y la Gran Bretaña dispusieron de los derechos de un pequeño Estado sin consultarlo siquiera; los tratados sobre el reparto de China; la declaración de Yalta, de Teherán, de Moscú, de Potsdam, por las cuales se dispuso de la suerte de diversos países sin consultarlos.²

En cuanto a la cuestión de quién podría declarar que el tratado tenía un objeto ilícito, Yepes estimó que era el secretario general de las Naciones Unidas quien debía resolver este punto, pero que, eventualmente, podría pedir el parecer de la Corte Internacional de Justicia; por todo lo cual, en conclusión, el doctor Yepes presentó el siguiente proyecto de artículo:

1 YBILC 1950, vol. I, 78 ed. meeting, pars. 49-69a, b.

2 *Ibidem*, par. 49a.

Para ser válido un tratado en el sentido de esta convención, debe tener un objeto lícito según el derecho internacional. En caso de controversia sobre la licitud de un tratado, la Corte Internacional de Justicia podrá pronunciarse sobre este punto a petición de todo Estado directa o indirectamente interesado o de las Naciones Unidas.

Un tratado cuyo objeto no es lícito no puede registrarse en la Secretaría de las Naciones Unidas. El secretario general de la Organización de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, siempre que tenga dudas sobre la licitud de un tratado presentado para su registro.³

Habiendo dado cuenta de este antecedente, coloquémonos ahora directamente en presencia del texto que en 1953 sometió sir Hersch Lauterpacht, en su carácter de relator especial del Proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados,⁴ en el cual figuraba el siguiente artículo 15: *A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice.*

En su traducción al español, el texto anterior era del tenor siguiente: “Es nulo todo tratado o toda disposición de un tratado cuya ejecución implique un acto que el derecho internacional considere como ilegal, siempre que esta situación haya sido declarada así por la Corte Internacional de Justicia”.

En su comentario al texto anterior, hacía notar Lauterpacht, en primer lugar, que la libertad de contratación, tal como hasta entonces se había entendido, mantenía prácticamente intacto su campo de aplicación, ya que los Estados podrán siempre, en sus relaciones recíprocas, modificar por acuerdo mutuo no sólo el derecho convencional, sino igualmente, hablando en general, el derecho internacional consuetudinario. De este modo, y en los ejemplos puestos por Lauterpacht, los Estados pueden fijar a sus aguas territoriales la anchura que más les agrade, mayor o menor que la determinada por el derecho internacional general, convencional o consuetudinario; o convenir entre ellos que sus representantes diplomáticos no gozarán en adelante de las inmunidades de jurisdicción tradicionalmente reconocidas por el derecho de gentes; o que sus nacionales residentes en el territorio de la otra parte contratante no serán in-

³ *Ibidem*, par. 49c.

⁴ A/CN.4/63.

demnizados en caso de expropiación forzosa, o que estarán obligados, al igual que los ciudadanos del Estado de residencia, al servicio militar.

La libertad de contratación, sin embargo, según sigue diciendo Lauterpacht, nunca fue omnímoda, ya que se reconoció siempre la ilicitud de aquellos tratados destinados a causar un daño a un Estado tercero. Nunca vaciló, por consiguiente, la solidez de la máxima *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*.

Ahora bien, arguye Lauterpacht, si los tratados que causan un daño a terceros Estados están afectados de nulidad en la cláusula o cláusulas respectivas, es simplemente porque tienen por objeto un acto ilícito ante el derecho internacional consuetudinario, por lo que nada impediría pensar en otros actos igualmente ilícitos, aunque no afecten directamente a los intereses de Estados terceros. Tales podrían ser, por ejemplo, los tratados que tuvieran por objeto el tráfico de esclavos o la trata de blancas, por lo que en sentir de Lauterpacht, podría establecerse la conclusión siguiente:

Podría pensarse, por consiguiente, que el criterio que permitiría determinar si el objeto de un tratado es ilícito y si, por esta razón, el tratado es nulo, no es la incompatibilidad con el derecho internacional consuetudinario puro y simple, sino la incompatibilidad con los principios superiores del derecho internacional que pueden considerarse como los principios del orden público internacional. Estos principios no deben forzosamente haber cristalizado en una regla de derecho claramente aceptada, como por ejemplo la prohibición de la piratería o de la guerra de agresión. Pueden expresar reglas de moral internacional tan indiscutibles como para permitir a un tribunal internacional pensar que forman parte de estos principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas, y que la Corte Internacional de Justicia está obligada a aplicar en virtud del párrafo c) del artículo 38 de su estatuto... Así lo vemos en la opinión individual que en el asunto de Óscar Chinn formuló el juez Schucking, quien afirmó que jamás podría la Corte aplicar una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres.⁵

El *ius cogens*, de hecho si no en el nombre, está claramente presente en el pasaje anterior, o sea el conjunto de normas imperativas —que frenan y condicionan la libertad de contratación— las cuales son designadas ya como principios superiores de derecho internacional (*overriding*

⁵ A/CN.4/63, p. 218.

principles of international law), o bien como principios de orden público internacional (*principles of international public policy*) términos, al parecer, perfectamente sinónimos.

Cuando quiera, por consiguiente, que un tratado internacional llegue a transgredir tales normas o principios, tendrá que ser declarado nulo, pero ha de ser solamente la Corte Internacional de Justicia la que declare esta nulidad. Muy prudente cautela ésta que aquí consignó Lauterpacht, y que ha pasado en lo sustancial a la actual Convención sobre el Derecho de los Tratados, pues de otro modo habría quedado librado al subjetivismo algo tan importante como la santidad de los tratados, o sea que cualquiera podría alegar que el tratado que había suscrito era violatorio de tal o cual principio superior de derecho internacional, para poder así exigirse de su cumplimiento.

1. *El proyecto Fitzmaurice*

En 1958, Fitzmaurice, relator especial, en aquel momento, en el derecho de los tratados, somete, prolongando la línea abierta por Lauterpacht, el siguiente proyecto del artículo 16: “1. El objeto de un tratado debe ser lícito (*lawful*)... 2. Es requisito esencial para la validez de un tratado que esté en conformidad o que no contravenga aquellos principios y normas de derecho internacional que son por su naturaleza de *ius cogens*”.⁶

En su comentario, parte Fitzmaurice de la distinción fundamental siguiente:

A los fines de nuestro estudio, las normas de derecho internacional pueden repartirse en dos categorías: Las que son obligatorias e imperativas en cualesquiera circunstancias (*ius cogens*), y aquellas (*ius dispositivum*) que constituyen simplemente normas que tendrán su aplicación en ausencia de un régimen convencional, o para hablar con más exactitud, normas de que puede uno apartarse o modificar convencionalmente, a condición que la posición y los derechos de los Estados terceros no sean afectados.⁷

Juzga Fitzmaurice necesaria la anterior distinción, ya que a menudo suele decirse que están afectados de nulidad los tratados contrarios al derecho internacional, lo cual no es verdad sino tratándose del *ius cogens*,

⁶ YILC, 1958, II, p. 26.

⁷ ACDI, 1958, II, p. 42.

pero no del *ius dispositivum*. A este respecto, vuelve Fitzmaurice a referirse, como ya lo había hecho Lauterpacht, a la libertad en que estarían los Estados para convenir entre sí, para sus aguas territoriales, una anchura diferente de la fijada por el derecho internacional general, o para restringir o ampliar, a su sabor, el régimen general de privilegios e inmunidades diplomáticas, con la sola condición, se entiende, que no traten de imponer estos acuerdos a terceros Estados. Lo que, en cambio, según sigue diciendo Fitzmaurice, no podrían convenir entre sí aquellos dos Estados, sería que, en caso de hostilidades entre ellos, no habrá prisioneros de guerra, sino que todos los soldados capturados serán pasados por las armas, y esto por ser *ius cogens* el derecho humanitario, por lo menos en sus preceptos más fundamentales. Y dígase otro tanto, por ejemplo, del tratado en que dos países convinieran en atacar a un tercero, por ser actualmente *ius cogens*, según se cree comúnmente, la prohibición de la guerra de agresión y, en general, del empleo de la fuerza. Son materias, subraya Fitzmaurice, que hoy por hoy, pertenecen al orden público internacional.

Todavía en 1959, en su cuarto informe, vuelve Fitzmaurice a configurar el *ius cogens* en el siguiente proyecto del artículo 21:

“1. Una obligación convencional que en el momento de la conclusión del tratado, es incompatible con una norma o una prohibición de derecho internacional general (*ius cogens*) carece de validez sustancial *ab initio...*”.⁸

El proyecto de Fitzmaurice tiene la novedad, además, de dar cabida, en el siguiente párrafo del mismo artículo 21, a lo que se ha denominado el *ius cogens* superveniente, a saber:

“2. Una obligación convencional cuya observancia es incompatible con una nueva norma o prohibición de derecho internacional (*ius cogens*) justifica, e inclusive exige, la no ejecución de esta obligación convencional”.

El *ius cogens* superveniente pasó, como veremos, al artículo 64 de la Convención de Viena. Reservamos para más tarde la discusión de este tema.

8 ACDI, 1959, II, p. 47.

2. *El proyecto Waldock*

Lo que hasta aquí queda reseñado podría ser, en el peor de los casos, la prehistoria legislativa del artículo 53 de la Convención de Viena, si la historia legislativa propiamente dicha hubiera de empezar con los grandes debates que tuvieron lugar en la Comisión de Derecho Internacional a partir del 6 de mayo de 1963, cuando la Comisión examinó el proyecto del nuevo relator especial, sir Humphrey Waldock, sobre el Derecho de los Tratados,⁹ cuyo artículo 13 decía lo siguiente:

1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*.

2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña:

a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas;

b) Cualquier acto u omisión calificador por el derecho internacional del delito internacional o

c) Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional.

3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens* no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esta estipulación será nula.

4. Las disposiciones de este artículo no serán aplicables, sin embargo, a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *ius cogens*.¹⁰

Según el comentario de Erik Suy,¹¹ lo que más vivamente llamó la atención, desde el principio de aquellos históricos debates, fue en primer lugar, la unanimidad con que los miembros de la Comisión aceptaron la idea del *ius cogens*, pero en segundo lugar, y con no menor decisión por parte de la mayoría, el repudio del término mismo de *ius cogens*.¹² Una

9 A/CN.4/156.

10 ACDI, 1963, vol. II, p. 60.

11 Suy, Erik, *The concept of ius cogens in public international law*, Conference on international law, Lagonissi, 1966, Genova, 1967.

12 *Ibidem*, p. 50.

explicación de esta segunda actitud podrá tal vez encontrarse en la tibieza con que el mismo relator especial defendió el empleo del término clave:

A falta de término mejor, ha utilizado la expresión *ius cogens*, que no es un concepto completamente nuevo en derecho internacional y al que determinados autores, entre los que cuenta MacNair, han aludido en sus obras, aunque no le hayan dado un desarrollo completo. El concepto probablemente existe en la mayoría de los sistemas jurídicos, si bien no tiene un equivalente exacto en los países de *common law*.¹³

Por esto o por lo que haya sido, el hecho fue que el miembro estadounidense de la comisión, profesor Briggs, entró luego en liza con una notable intervención, y no tanto por su oposición al empleo del término *ius cogens*, como por haber propuesto proféticamente, lo que después pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena, sobre todo la noción de normas imperativas, en los términos siguientes: “Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente”.¹⁴

Propuso también Briggs —y fue aceptado así desde entonces— la supresión total del párrafo 2 del artículo 13, estimando, y con razón, que era mejor no exemplificar el *ius cogens* en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *iuris cogens*. Waldock, por lo demás, no había tenido la intención, ni con mucho, de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *ius cogens* absolutamente indiscutibles, y así se le considera hasta el momento actual.

Otros miembros de la Comisión, como Yasseen, Pal, Bartos y Tunkin, prefirieron la noción de orden público internacional a la de *ius cogens*. Yasseen, en particular, en una intervención de singular valor filosófico, observó lo siguiente:

En derecho internacional el *ius cogens* plantea, no sólo la cuestión de la autonomía de la voluntad de los Estados, sino también la de la jerarquía de las

13 ACDI, vol. I, sesión 683, 20 de mayo de 1963, par. 25, p. 66.

14 *Ibidem*, par. 30.

normas de derecho internacional. La cuestión que hay que determinar en cada caso es la de si un acuerdo internacional puede o no estar en conflicto con una norma jurídica preexistente.¹⁵

Ahora bien, y si todo esto, según seguía diciendo Yasseen, había sido recibido desde hacía mucho tiempo en el orden interno, mediante una subordinación política y legislativa desde la constitución hasta las decisiones en los casos más concretos y singulares, todo esto, evidentemente, no podía trasladarse tal cual y *ne varietur*, a un orden jurídico no de subordinación sino de coordinación, como es el derecho internacional. Dentro de un orden semejante, un orden horizontal, donde los contratantes son los mismos legisladores, ¿cómo encontrar la jerarquía normativa que fluye naturalmente de la verticalidad del orden jurídico interno?, ¿cuál podrá ser el criterio que permita establecer esta jerarquía, y en su más alto vértice? A esta cuestión, pues, responde Yasseen del modo siguiente:

Sin embargo, en derecho internacional las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas. La cuestión del criterio que ha de adoptarse para determinar el orden de precedencia de las normas es, por lo tanto, muy compleja. El número de Estados que acepten la norma no puede ser tal criterio, porque ese número no siempre está en proporción con el valor y la importancia de la norma. Tampoco puede tomarse como criterio la fuente formal de que emana la norma, y es particularmente difícil decir si la costumbre ha de prevalecer siempre sobre la norma de un tratado o viceversa. Así pues, el único criterio posible es el contenido de la norma; para tener el carácter de *ius cogens* una norma de derecho internacional, no sólo ha de ser aceptada por gran número de Estados, sino que también ha de ser considerada necesaria para la vida internacional y estar profundamente enraizada en la conciencia internacional.¹⁶

Con estas últimas precisiones, está bien claro que el concepto de *ius cogens* es un concepto evolutivo, de lo cual se hace cargo Yasseen al comentar el párrafo final del artículo 13 en la forma siguiente:

El párrafo 4o. es necesario porque subraya que el *ius cogens* no es inmutable y que ha de dejarse al concepto de orden público la posibilidad de evolucio-

15 *Ibidem*, par. 38.

16 *Ibidem*, par. 39.

nar. Mientras no exista un órgano supranacional, la conciencia internacional está reflejada en los tratados multilaterales generales; las conferencias que redactan esos tratados expresan las necesidades de la vida internacional, se hacen eco de sus tendencias y por ello tienen la facultad de determinar la fuerza de las normas preexistentes.¹⁷

Pal, de la India, se adhería por su parte a la noción de orden público internacional al decir que:

Ahora no puede haber duda alguna acerca de la existencia del orden público internacional y de algunos principios de derecho internacional con carácter de *ius cogens*. Toda la perspectiva política de las Naciones Unidas puede caracterizarse como una jurisprudencia orientada hacia los valores, dirigida a hacer surgir en la comunidad internacional un orden público bajo el imperio del derecho. Con la Carta se trató de establecer un sistema mediante el cual la comunidad pueda reprimir el abuso internacional de la fuerza bruta y promover en una sociedad que ansía la libertad y la justicia un orden público mundial que incluya los valores de la dignidad humana.¹⁸

A pesar de las dudas expresadas por algunos —terminó diciendo Pal— el orden público internacional existe, aunque en forma imperfecta, y está por tanto plenamente justificada la inclusión en el proyecto de las disposiciones del artículo 13.¹⁹

Manfred Lachs, en su intervención, hizo hincapié en el hecho de que en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de principios generales de derecho internacional que han venido a engrosar, de este modo, el *ius cogens*, por lo que, en su concepto, sería conveniente hacer figurar otros ejemplos en la breve enumeración propuesta por el relator especial en el párrafo 2, que le parecía ser muy fragmentario. Habría que listar además, e igualmente a título de ejemplo, “los tratados que son visiblemente desiguales y los tratados que establecen esferas de influencia”.

Gilberto Amado, del Brasil, siempre tan pintoresco, hizo la siguiente confesión, que mucho le honra, al abogar por la trasposición del orden público interno al orden público internacional:

17 *Ibidem*, par. 43.

18 *Ibidem*, par. 64.

19 *Ibidem*, par. 68.

El comentario del Relator Especial al artículo 13 indica que se ha escrito muy poco sobre el *ius cogens* en derecho internacional. Sin embargo, en el derecho internacional el concepto de orden público ha desempeñado un papel muy importante; por ejemplo, antaño, cuando un terrateniente brasileño llegaba a Inglaterra con sus esclavos, éstos quedaban inmediatamente en libertad al pisar suelo inglés, puesto que allá la institución de la esclavitud era contraria al orden público. El ideal sería que el concepto de orden público tuviese la misma fuerza en derecho internacional.²⁰

Lo único que uno se pregunta, dicho sea con todo respeto, es si alguna vez llegó a Inglaterra un *fazendeiro* brasileño con su séquito de esclavos, y con la pretensión, además, de reconocer, en la Gran Bretaña, la institución servil.

Del mayor interés fue la intervención de Tunkin, el miembro soviético de la Comisión. Sobre la firme base del positivismo jurídico, más aún, del voluntarismo, ya que para Tunkin la costumbre es un pacto tácito, hizo, no obstante, esta manifestación explícita en favor del *ius cogens*.

Algunas de las normas establecidas por acuerdo, en tal amplio sentido, entre Estados, son por éstos reconocidas como normas que poseen el carácter de *ius cogens*. Es decir, no son reglas impuestas desde arriba en virtud de alguna ley natural. Por esto, el Relator Especial ha hecho bien en incluir la disposición que figura en el párrafo 4o. del artículo 13, porque un tratado multilateral en el que sean parte todos o casi todos los Estados de la comunidad internacional puede derogar o modificar una norma de *ius cogens*. La alegación de algunas autoridades en la materia, incluso sir Hersch Lauterpacht, de que las normas generales sólo pueden derivar del derecho consuetudinario, quizá haya sido verdadera cincuenta años antes; pero ya no lo es ahora con el gran incremento de los tratados multilaterales generales, virtualmente de carácter universal.²¹

Sin compartir la teoría de Tunkin sobre la costumbre, Roberto Ago declaró, sin embargo, que estaba de acuerdo con él en cuanto a reconocer que las normas actuales de *ius cogens* pueden tener un origen no sólo de derecho consuetudinario sino igualmente convencional, por haber sido consagradas en un tratado multilateral y que, al adquirir el carácter de normas imperativas, obligarían por ello aun a los Estados que no fueron

20 *Ibidem*, sesión 684, par. 14.

21 *Ibidem*, par. 26.

partes en el tratado.²² Si es o no posible esta extensión de una regla convencional, lo veremos más tarde.

Antonio de Luna, el jurista español, fue prácticamente el único miembro de la Comisión que consideró conveniente conservar, en el texto del artículo, el término *ius cogens*. Inscribiéndose abiertamente dentro de una posición iusnaturalista, declaró que la existencia del *ius cogens*, como igualmente la de un orden público internacional, es difícilmente explicable dentro de una concepción positivista radical del derecho, ya que hay numerosos principios superiores de derecho internacional que no han sido consagrados jamás por una ley formal, sino que pertenecen a la visión del mundo que es común a todos los miembros de la sociedad en cuestión. A juicio del profesor De Luna, esto podría explicar por qué en cierta época, en el siglo XIX concretamente, la doctrina positivista fue aceptada con toda tranquilidad, porque en realidad había una visión del mundo —es decir, un sistema uniforme de valoraciones— que era la misma para todos los grupos que se sucedían en el poder. “La sociedad internacional de aquella época —terminaba diciendo De Luna— pudo por ello aceptar la idea de la voluntad ilimitada del Estado, porque era relativamente estable. Pero cuando surgió un fenómeno tal como el nazismo, la validez de esta teoría resultó discutible”.²³

De Luna, en conclusión, sostenía que el *ius cogens* no forma parte, en su totalidad, del derecho positivo, si por esta expresión hubiera de entenderse el conjunto de normas puestas por un acto formal de la voluntad del Estado. Por el contrario, el jurista español concedía sin dificultad que si hubiera de entenderse por derecho positivo el conjunto de normas vigentes de hecho en la conciencia y en la práctica de determinada comunidad, en este sentido bien podría admitirse que el *ius cogens* forma parte del derecho positivo.

En otra de sus intervenciones, Tunkin hizo ver cómo había acuerdo general entre los miembros de la Comisión sobre la naturaleza jurídica del *ius cogens*, por más que pudiera haber desacuerdo sobre su naturaleza filosófica y sobre sus fuentes, y siguió diciendo:

Lo que importa es que todos los miembros convengan en la cuestión práctica de que ningún Estado puede eludir contractualmente una norma que tenga el

22 *Ibidem*, par. 50.

23 *Ibidem*, par. 61.

carácter de *ius cogens* y en que tales normas existen. Pueden existir diferencias de opinión acerca de la explicación filosófica del derecho internacional considerado en su conjunto, o de los distintos problemas del derecho internacional. Lo esencial en este debate es que la Comisión está dedicada a formular, no un tratado teórico, sino un proyecto de convención. Por supuesto, los miembros pueden no estar de acuerdo en las cuestiones teóricas o filosóficas, y todavía puede esperarse menos que los Estados coincidan en tales cuestiones.²⁴

Milán Bartos, el miembro yugoslavo de la Comisión, dio por su parte esta definición del *ius cogens*: “Es el mínimo de normas de conducta necesario para que las relaciones internacionales sean posibles”.²⁵

Fue también Bartos quien tomó partido en la cuestión del *ius cogens* superveniente, que no figura, por cierto, en el proyecto de Waldock, pero sí en el anterior de Fitzmaurice. Colocándose en la perspectiva más amplia del problema de los derechos adquiridos dentro de un orden jurídico evolutivo, Bartos dijo lo siguiente:

El problema queda fuera del campo del presente debate, pero es pertinente señalar que los derechos adquiridos de conformidad con tratados preexistentes son válidos mientras subsiste el orden dentro del que fueron confluídos esos tratados; si el orden cambia, hay que modificar o poner fin a los llamados derechos adquiridos. En tal caso y siempre que el cambio sea debido a evolución y no a revolución, todos los juristas convienen en que debe mantenerse el orden existente hasta que se produzcan cambios radicales y haya de haber un periodo de ajuste, con medidas transitorias destinadas a facilitar el paso de un régimen al otro.²⁶

De aquí deducía Bartos que “las nuevas normas de orden público son aplicables desde el momento de su aceptación y producen efectos inmediatos sobre los tratados concluidos con anterioridad”.²⁷

Al recoger con aprobación estas apreciaciones, el relator especial se apresuró a declarar que, según lo entendía, lo dicho por Bartos entraba dentro de la noción más amplia de derecho intertemporal. No dijo más Waldock en aquella ocasión, pero era manifiesto que quería aludir a la

24 *Ibidem*, sesión 685, par 28.

25 *Ibidem*, par. 33.

26 *Ibidem*, par. 35.

27 *Idem*.

fecunda doctrina²⁸ según la cual un derecho particular, un derecho subjetivo, está siempre en función del ordenamiento jurídico total, o de la estimativa jurídica de cada época, y subsiste o perece según la evolución de estos grandes conjuntos dentro de los cuales se encuentra aquél inserto. El derecho intertemporal, como se vio en el caso del Sahara occidental, ha tenido un papel muy importante en la formación del nuevo derecho de la descolonización, en la caducidad, por ejemplo, de los títulos que otrora pudo tener la potencia colonial. Según Waldock, en conclusión, no podría hablarse de retroactividad si se aceptara el *ius cogens* superveniente, sino que su introducción en el derecho de los tratados regiría sólo para el futuro del modo siguiente:

En otras palabras, todos los tratados estarán comprendidos en tal disposición y la aparición de una nueva norma de *ius cogens* atañerá a todos los tratados preexistentes que no sean compatibles con ella por no ser ya posible cumplirlos; pero no se invalidará la ejecución de esos tratados en el pasado... Los convenios del pasado siglo sobre la regulación del comercio de esclavos son un ejemplo evidente de tratados válidos en el momento de su celebración pero que con posterioridad resultan nulos por la creación de una nueva norma de derecho internacional que prohíbe completamente el comercio de esclavos.²⁹

Después de estos primeros debates, la comisión consideró que el asunto podía pasar al Comité de Redacción, el cual, por conducto del relator especial, presentó, en la sesión del 21 de junio de 1963, el nuevo texto siguiente: “Un tratado sería nulo cuando sea contrario a una norma perentoria de derecho internacional general de la cual ningún Estado puede eximirse y que sólo puede ser modificada por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.³⁰

Con algunos retoques que vinieron después —como el del reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de las normas *iuris cogens*— éste fue el texto que pasó, en definitiva, a la Convención de Viena. Aunque no sin resistencia por parte de algunos miembros de la Comisión, para los cuales hubiera estado mejor el mostrar, con algunos ejemplos concretos, la realidad viviente del *ius cogens*, quedó admitido

28 Esbozada primeramente por Max Huber en el arbitraje de la Isla Palmas y desarrollada ampliamente por Federico de Castro en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Sahara occidental.

29 ACDI, par. 47.

30 *Ibidem*, sesión 705, par. 53.

al fin que lo más prudente tal vez era no ejemplificar el *ius cogens*, sino caracterizarlo en general de la mejor manera posible. Quedó entendido, además, según aclaró Yasseen, que al describirse la norma imperativa como aquella “de la cual ningún Estado puede eximirse”, lo que en realidad quiso decirse fue lo siguiente: “de la cual no pueden los Estados apartarse contractualmente”.³¹ Esto debía entenderse, por supuesto, de tratados bilaterales o multilaterales, pero no de tratados generales, en los que cuales sí podría válidamente derogarse una norma de *ius cogens*.

Enviado de nuevo al Comité de Redacción, en la sesión del 9 de julio se examinó el nuevo texto revisado, del tenor siguiente:

Artículo 13: *Tratados contrarios a una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)*. Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter.³²

El Comité de Redacción hizo notar, en especial, que había creído mejor rechazar el principio de la divisibilidad, propuesto por el relator especial en el párrafo 3o. del artículo 13, por los siguientes motivos:

El Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que no debe admitirse la divisibilidad en los casos a que se refiere el artículo 13. Es posible que sólo determinadas cláusulas del tratado sean incompatibles con una norma de *ius cogens*, pero el Comité de Redacción ha estimado que, en vista de la naturaleza del *ius cogens*, no procede admitir la divisibilidad. Si las partes conciernen un tratado que es incompatible con una norma existente de *ius cogens*, deberán atenerse a las consecuencias: el tratado será invalidado y a las partes no les quedará otro recurso que volver a negociar el tratado y formularlo conforme al derecho internacional.³³

Al terminar la sesión, el relator especial presentó una enmienda al texto del Comité de Redacción, al efecto de que a la expresión “por una nueva norma de derecho internacional general” se añadiera esta especificación: “sea mediante acuerdo o de otro modo”. Con esto habría quedado perfectamente claro que la derogación eventual de una norma *iuris*

³¹ *Ibidem*, par. 76.

³² *Ibidem*, sesión 717, par. 20.

³³ *Ibidem*, par. 21.

cogentis podría tener lugar tanto por vía convencional como por vía extraconvencional. La enmienda, sin embargo, aunque apoyada por Tunkin, fue derrotada por empate: 5 sí, 5 no y 5 abstenciones.³⁴ Rechazada la enmienda, el artículo 13 fue finalmente aprobado por unanimidad.

Al enviar el texto anterior, que pasó a ser el artículo 37, a la consideración de la Asamblea General y de cada uno de los gobiernos miembros, la Comisión creyó conveniente dar a conocer su criterio, el de la mayoría por lo menos, en ciertos puntos que estimó ser de especial interés.³⁵ La Comisión, en primer lugar, expresó su convicción de que actualmente hay ciertas normas y principios que los Estados no podrían derogar entre sí por medio de acuerdos convencionales, y entre esos principios señaló con especial énfasis la prohibición del empleo de la fuerza, en los términos de la Carta. Como este principio puede haber otros del mismo carácter, pero la comisión se cuidó bien de señalar que sería ir demasiado lejos si se pretendiera que son de la misma condición todas las normas de derecho internacional general.

La Comisión, además, al referirse a la ausencia de ejemplos en el texto del artículo, manifestó que en su opinión la mejor solución consistía en estipular en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una regla de *ius cogens*, y esperar a que la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales esclarezcan el alcance de esta regla.³⁶

La Comisión, por último, se pronunció con toda decisión contra el principio de la divisibilidad de las disposiciones de un tratado violatorio, en alguna de sus cláusulas, de una norma de *ius cogens*. Por más que este criterio hubiera sido prohijado en el proyecto del relator especial, en la Comisión prevaleció el principio contrario, el de la indivisibilidad del tratado, en razón de la importancia fundamental que se atribuyó al *ius cogens*. Las partes, por supuesto, quedarían en libertad de celebrar un nuevo tratado, exento de todo vicio.

³⁴ *Ibidem*, par. 37.

³⁵ Informe de la Comisión a la Asamblea General, A/CN.4/SER A/1963/Add. I, pp. 231 y ss.

³⁶ ACDI, par. 3.

3. *La opinión de los Estados miembros*

Entre las primeras observaciones de los gobiernos, citaremos apenas las que, por cualquier motivo, nos parezcan ser de mayor interés. Representando el punto de vista conservador, pero muy bien fundado, estuvo el gobierno de Luxemburgo, el cual se expresó en los siguientes términos:

La cláusula propuesta por la Comisión de Derecho Internacional puede crear una gran incertidumbre jurídica.

Desde un punto de vista formal cabría preguntarse en primer lugar qué significa en este contexto “norma imperativa de derecho internacional general”. ¿Se refiere esta expresión a la costumbre internacional, a ciertos principios generales del derecho o puede significar también normas imperativas definidas por tratados internacionales? Si esta última hipótesis es la acertada —y parece que lo es con arreglo al comentario del artículo— habría que determinar a partir de qué nivel de generalidad podría considerarse que un tratado internacional formula válidamente una norma imperativa que se imponga a otros tratados. Además, la cláusula propuesta tendría la consecuencia de introducir la cuestión del conflicto de normas resultantes de sucesivos tratados internacionales, siempre que la fuente de una norma considerada como imperativa fuese un tratado internacional concertado con anterioridad al tratado discutido. Combinando con este artículo la norma *pacta sunt servanda* (que indudablemente es una norma imperativa) se podría afirmar que es nulo todo tratado internacional incompatible con otro tratado anterior, salvo en el caso de que los autores del tratado posterior tengan indiscutiblemente poder para abrogar el primer tratado.

Desde el punto de vista material la incertidumbre no sería menor. En efecto, como la propia Comisión ha señalado, en la vida internacional no existe ninguna autoridad competente para definir las normas que son imperativas en las relaciones entre los Estados y las que no lo son. Precisamente por el carácter contractual de todos los tratados internacionales, se puede afirmar que *todas* las normas formuladas por medio de tratados son imperativas, puesto que cada una de ellas representa una obligación de un Estado, para con otros Estados. En efecto, el derecho de origen contractual, debido a la obligación mutua que implica, tiene siempre un carácter más coercitivo que el derecho de orden legislativo, algunas de cuyas disposiciones conceden una mayor libertad a los sujetos a que se aplican.

El gobierno de Luxemburgo cree que en realidad la Comisión de Derecho Internacional deseaba introducir aquí una causa de nulidad análoga a los criterios de la moral y el “orden público” que se emplean en el derecho interno para determinar la compatibilidad de los contratos privados con ciertas concepciones fundamentales del orden social. Hay que preguntarse si estas concepciones pueden transponerse a la vida internacional, que se caracteriza por la ausencia de toda autoridad, política o judicial, capaz de imponer a todos los Estados ciertas normas de justicia y moral internacionales. Por esta razón, es de temer que la cláusula propuesta, lejos de servir su propósito, sólo produzca inseguridad y confusión. El gobierno de Luxemburgo, muy a su pesar, llega a la conclusión de que en el actual estado de las relaciones internacionales no es posible definir en términos jurídicos el contenido del derecho internacional imperativo.

Finalmente, hay que plantear la cuestión de determinar *quién* estaría facultado para alegar la nulidad prevista en este artículo: ¿Sólo podrían invocar esta nulidad los Estados partes en el tratado tenido por incompatible con una norma imperativa? En tal caso, la aplicación de la disposición implicaría una actitud contradictoria de la parte que alegase la nulidad, puesto que dicha parte habrá participado en la preparación y entrada en vigor del tratado cuya validez impugne; sería una especie de *venire contra factum proprium*. Por el contrario, admitir que terceros puedan alegar la nulidad de un tratado que consideren incompatible con una norma imperativa, estaría en contradicción con el principio de relatividad, que en ausencia de una autoridad supraestatal, sigue dominando toda la materia de los tratados internacionales.³⁷

En una actitud todavía cautelosa, pero ya de apertura hacia el futuro, se manifestó el gobierno de Portugal, al decir lo siguiente:

Aun en nuestro tiempo hay quien afirma que las normas de derecho internacional no son de carácter imperativo y que los tratados pueden tener cualquier contenido, sin limitaciones de ninguna especie. Se alega como prueba de ello la falta de una norma que prohíba o sancione los tratados contrarios a las buenas costumbres o a cualquier principio fundamental de derecho internacional. No obstante, es posible decir que, especialmente desde que entró en vigor el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, se viene dando por entendido que existen limitaciones al objeto jurídico de los tratados. En virtud del citado artículo 20, los Miembros de la SDN acordaron que en lo futuro no asumirían obligaciones contrarias al Pacto. Y la doctrina se ha venido orient-

³⁷ *Ibidem*, p. 35.

tando con creciente vigor en el sentido de que debe considerarse nula, por el carácter ilícito de su objeto, toda convención que viole el derecho internacional, las normas de la moral universal y los derechos humanos fundamentales. Incluso los autores que, partiendo de la posibilidad de que un tratado modifique la costumbre internacional, reconocen la dificultad de resolver la cuestión, terminan por preguntarse si no han de considerarse nulos los tratados que atentan contra los principios verdaderamente estructurales de la sociedad internacional, por ejemplo los que prevén el recurso a la piratería o la falta de respeto a la persona humana.

Actualmente, conforme al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, se reconoce que las obligaciones contraídas por los Estados Miembros en virtud de la Carta prevalecen sobre las contraídas en cualquier otro convenio internacional, en caso de conflicto entre ellas.

El artículo 37 del proyecto pretende consagrar esta nueva tendencia del derecho internacional positivo.³⁸

Si hemos hecho especial mención, en lo que precede, de la opinión del gobierno de Luxemburgo, es por haber sido prácticamente la única que, en términos categóricos, se expresó en contra de la recepción del *ius cogens* en el derecho de los tratados, y hasta hoy deben hacernos meditar los términos en que está redactada. La mayoría absoluta de los Estados miembros, en cambio, estuvieron por su aceptación, y así pudo comprobarlo, con gran satisfacción, la Comisión de Derecho Internacional, al volver sobre este asunto el 11 de enero de 1966.

La Comisión, sin embargo, se hizo eco de la preocupación expresada por varios gobiernos y publicistas, en el sentido de que la institución del *ius cogens* podría dar lugar a incontables abusos, abriendo de par en par las puertas al subjetivismo, en ausencia de una instancia internacional obligatoria que decidiera, en cada caso litigioso, si el tratado era o no contrario a una norma imperativa. De otro modo, la apelación al *ius cogens* sería el mejor expediente para que cualquier Estado pudiera exonerarse, en el momento que más le conviniera, del cumplimiento de cualquier tratado.

La idea no prosperó por entonces, pero con el tiempo, como veremos, vino a concretarse en el actual artículo 66 de la Convención de Viena. Por el momento, la Comisión se limitó a aprobar de nuevo, sin la menor

³⁸ *Ibidem*, p. 372.

variación, el texto del artículo 37, que luego pasó a figurar, hasta la Conferencia de Viena, con el número 50.

4. *La labor de la Sexta Comisión y la resolución 2625*

Concurrentemente con las observaciones de los Estados miembros, son de recordarse, así sea muy de pasada, los debates habidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 1963 principalmente, al recibirse el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. A decir verdad, no se registraron puntos de vista muy novedosos, entre otras cosas porque los miembros de la CDI, casi todos por lo menos, eran igualmente representantes de sus gobiernos en la Sexta Comisión. En general y como era de esperarse, en consonancia con las respuestas oficiales de los gobiernos mismos, la actitud prevalente fue de ostensible entusiasmo ante una innovación que señalaba, como dijo El-Erián (Egipto) “el tránsito del derecho internacional clásico al moderno derecho de las Naciones Unidas”.

En otro aspecto, posiblemente el más original, tuvieron aquellos debates una larga proyección hacia el futuro, y fue en el intento muy serio que se hizo desde entonces por describir, en la medida de lo posible, el contenido del *ius cogens*. En sentir de las delegaciones socialistas (Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia) que desplegaron en esto gran actividad, el inventario del *ius cogens* podría empezar con los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas, y este carácter lo tendrían los siguientes principios: 1) la prohibición de la amenaza o empleo de la fuerza; 2) la no intervención en los asuntos internos de los Estados; 3) el arreglo pacífico de las disputas, y 4) la igualdad soberana de los Estados.

Prosiguiendo por esta ruta que acababa de ser abierta, al año siguiente (1964) se reunió en México el Comité Especial de 27 miembros, cuyas labores, con las que luego siguieron en la Sexta Comisión, pudieron cristalizar al fin en la resolución 2625 (XXV) que contiene la histórica “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Siete son los principios codificados en la Declaración (obra exclusivamente de juristas), a saber: prohibición de la amenaza o uso de la fuerza; arreglo pacífico de controversias; no intervención; obligación de cooperación recíproca; igualdad de derechos y libre determinación de los

pueblos; igualdad soberana de los Estados y, por último, el principio de la buena fe.

Aun antes de que estos principios fueran incorporados en la Declaración, en las Naciones Unidas se reconocía generalmente

...que los cuatro principios (que figuran entre los siete anteriores) constituyen la piedra de toque de las relaciones entre los Estados. Constituyen una parte esencial del derecho internacional y no uno de sus aspectos secundarios... constituyen la verdadera base de las relaciones pacíficas entre los Estados. Se ha dicho, además, que la paz internacional no puede establecerse firmemente ni eliminarse el espectro de la guerra sino por una aplicación rigurosa de estos principios.³⁹

Estos textos —comenta Erik Suy— son muy importantes, hablan de la sumisión al derecho internacional (*Volkerrechtsunmittelbarkeit*) lo cual implica una restricción a la libertad total de los Estados. Los términos empleados, como “piedra de toque”, “parte esencial del derecho internacional”, “verdadera base”, no dejan duda sobre el carácter absoluto de estos principios. Si en verdad constituyen los prerrequisitos de la paz internacional, la conclusión debe ser la de que son una parte del orden público internacional. Estos principios encuéntrense, de manera general, en la Carta de las Naciones Unidas, y podrían expandirse para incluir el principio del respeto a los derechos humanos.⁴⁰

Lo anterior hace ver cómo la resolución 2625 representa, entre otras cosas, la plena conciencia de un orden público internacional.

5. *La Conferencia de Viena (1a. parte)*

La Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados se desarrolló en dos períodos de sesiones, el primero del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, y el segundo del 9 de abril al 22 de mayo de 1969.

En la primera parte, en la sesión de la Comisión Plenaria, celebrada el 4 de mayo de 1969, se inició la discusión del artículo 50 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, en el texto que ya conocemos.

39 ONU, *Chronique mensuelle*, vol. I, núm. 6, noviembre de 1964, pp. 57 y 58.

40 Suy, Erik, *The concept of ius cogens...* cit., p. 56.

Con anterioridad habían sido distribuidas varias enmiendas, de las cuales aludiremos únicamente a las que, por uno u otro motivo, sean para nosotros de mayor interés.

Una de estas enmiendas, la presentada por México, proponía añadir al texto del artículo 50 la siguiente provisión: “La presente disposición no tendrá efectos retroactivos”.⁴¹

Al introducir esta enmienda, el gobierno de México, consciente de que en otro artículo del proyecto (el que pasó al texto actual con el número 28) se consagraba en general el principio de la no retroactividad, lo que quería era que figurara también de manera expresa en el artículo consagrado al *ius cogens*, y sobre todo teniendo presente que luego venía otro artículo, el del *ius cogens* superveniente, que por motivo alguno debía interpretarse en sentido retroactivo. Por lo demás, y según lo explicó el licenciado Eduardo Suárez, presidente de la delegación mexicana, la enmienda era más de forma que de fondo, y no para ser votada, sino para ser enviada al Comité de Redacción, el cual podría, en definitiva, disponer de la enmienda.⁴²

La enmienda mexicana, en suma, no pretendía sino perfeccionar el artículo 50, pero sin escatimarle el apoyo total por parte del gobierno mexicano, lo cual hizo presente el licenciado Suárez en estos párrafos de su intervención en favor del *ius cogens*:

En derecho interno, no se pueden concertar pactos contrarios a las leyes de interés público. En los albores del derecho internacional, Grocio y sus eminentes precursores españoles, imbuidos por la teoría del derecho natural, que entonces prevalecía de manera absoluta, postulaban la existencia de principios susceptibles de descubrirse por la razón y que gozaban de vigencia absoluta, eterna e inalterable, muy por encima de los intereses o pactos de los hombres e incapaces de ser influidos por éstos. Sin pretender formular una definición rigurosa que pueda servir de texto de un tratado, se puede decir que las normas de *ius cogens* son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico.

Los principios de *ius cogens* han existido siempre; en número limitado, cuando las obligaciones entre los Estados eran pocas, pero que han ido cre-

41 A/CONF. 39/11/Add. 2, p. 187.

42 A/CONF. 39/11, sesión 52, par. 10.

ciendo y seguirán creciendo a medida que las relaciones que impone la vida contemporánea sean más complejas y sean más complicados los vínculos internacionales de carácter humano, económico, social y político. Las normas de *ius cogens* tienen un contenido variable y, como prevé el artículo 61 del proyecto, muchas más aparecerán en el futuro. Tal vez otras dejen de tener vigencia, como ha acontecido, por ejemplo, con aquellos principios que prevalecieron en Europa sobre la unidad religiosa o las reglas fundamentales del régimen feudal.⁴³

De las otras enmiendas, hubo dos que en el fondo perseguían el mismo propósito, aunque la segunda con mayor realismo o flexibilidad. La primera enmienda, de los Estados Unidos,⁴⁴ proponía, en lugar del texto propuesto por la CDI, la siguiente redacción del artículo 50: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en posición con una norma imperativa de derecho internacional general, admitida en común por los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo y que no admita acuerdo en contrario”.

De los tres elementos novedosos que contenía la enmienda, sólo prosperó el primero, el que, para disipar cualquier duda, establecía en términos precisos el *ex tunc* de la nulidad del tratado contrario a una norma *iuris cogens*. Este punto había sido ya discutido en la Comisión de Derecho Internacional, y si en un primer momento pudo creerse que sería superfluo hacer una declaración a este respecto, posteriormente, y con mejor acuerdo, llegó a pensarse que lo más conveniente era declarar que la nulidad operaba por sí misma, *ab initio*, y no por la declaratoria que pudiera hacer posteriormente una instancia jurisdiccional. El pronunciamiento del tribunal, en este caso, tendría precisamente este efecto, declarativo y no constitutivo, ya que este último —el de la nulidad del tratado— se produciría desde el momento de su conclusión.

Los otros dos elementos innovadores de la enmienda estadounidense, por el contrario, cayeron, y con toda razón, en el debate y en la votación. La enmienda perseguía —y en esto estaba en lo justo— cierta positivización del *ius cogens*, de las normas que pudieran ostentar este carácter, dentro de la comunidad internacional, y esto con el fin, por extremo loable, de oponer una barrera al subjetivismo. En lo que, sin embargo, el gobierno de los Estados Unidos anduvo por completo desar-

43 *Ibidem*, pars. 7 y 8.

44 A/CONF.39/11/Add. 2, p. 186.

certado, fue en exigir no un reconocimiento de la comunidad internacional, así en general y con toda la elasticidad que estos términos comportan, sino la recepción del *ius cogens* “en el conjunto de los sistemas jurídicos nacionales”, y más aún, por si lo anterior fuera poco, “regionales”. Como lo dijo sin miramientos el delegado cubano, “con esta fórmula cualquier Estado puede exceptuarse de la aplicación de la norma de *ius cogens* invocando su legislación interna”.⁴⁵

La referencia a los sistemas jurídicos nacionales y regionales, según hizo ver, por su parte, el delegado polaco, haría muy difícil en la práctica la determinación de numerosas normas imperativas. “Además —siguió diciendo— la enmienda parece estar fundada en el concepto de la supremacía del orden jurídico nacional sobre el orden jurídico internacional, y del orden jurídico internacional regional sobre el orden jurídico internacional general, cuestión litigiosa sobre la cual es preferible que no se pronuncie la conferencia”.⁴⁶

En consideraciones semejantes, para no hablar de otros oradores, abundó el delegado español (Federico de Castro) en cuya opinión, y en la hipótesis de que se adoptara la enmienda estadounidense, cualquier sistema nacional podría, llegado el caso, imponer su veto. “La consecuencia de la enmienda de los Estados Unidos sería hacer revivir la idea ultranacionalista del ‘derecho estatal externo’, incompatible con la concepción de un derecho internacional que merezca con razón tal nombre”.⁴⁷

Tampoco podía prosperar, en fin, la última parte de la enmienda estadounidense, enmienda supresiva esta vez, ya que hacía caso omiso del carácter dinámico y evolutivo del *ius cogens*, carácter que ponía de manifiesto el proyecto de la CDI, al decir que una norma imperativa de derecho internacional general podría eventualmente ser modificada por otra norma de igual condición y carácter.

Con mejor fortuna corrió la enmienda tripartita, auspiciada por España, Finlandia y Grecia,⁴⁸ y que decía como sigue: “Insértense las palabras ‘reconocida por la comunidad internacional como una norma’ entre las palabras ‘derecho internacional general’ y «que no admita acuerdo en contrario»”.

45 A/CONF. 39/11, sesión 52, par 38.

46 *Ibidem*, sesión 53, par. 41.

47 *Ibidem*, par. 5, p. 348.

48 A/CONF. 39/11/Add. 2, p. 187.

Como lo dijo el delegado helénico al introducir la enmienda, y toda vez que “el elemento esencial del *ius cogens* internacional radica en la universalidad de su aceptación por la comunidad internacional”, era mejor decirlo así en el texto mismo del artículo. “En consecuencia —prosiguió diciendo— las normas a que se refiere deben ser aceptadas por la conciencia jurídica de la comunidad de los Estados como constitutivas de un orden público internacional”.⁴⁹

Con algún ligero retoque que recibió después, la enmienda tripartita fue la única de fondo que alcanzó a pasar al texto actual del artículo 53. Hasta allí, en efecto, el proyecto de la CDI no ofrecía sino dos criterios objetivos para determinar cuándo estamos en presencia de una norma imperativa, el primero, que dicha norma es inderogable, y el segundo, que la norma en cuestión no puede modificarse sino por otra que tenga el mismo carácter. Ahora, en cambio, la enmienda agregaba un tercer elemento de identificación, que era el reconocimiento de la comunidad internacional, elemento de control y freno al subjetivismo. Con esta misma intención, aunque con una redacción arcaica, se había aceptado hacía muchos años, que podían ser fuente de derecho internacional los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (artículo 38, (c) del Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, idéntico en el estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia). Lo de las “naciones civilizadas” no pasaba de ser un resabio de la antigua concepción elitista, pero lo fundamental y lo permanente era el reconocimiento de la comunidad internacional, para concretar y positivizar de este modo lo que, sin esta cautela, podría quedar abandonado el capricho del subjetivismo.

En el plano del debate general, la mayoría de las delegaciones estuvieron, como era de esperarse, en favor del artículo 50. No faltaron, sin embargo, ciertas delegaciones que, sin ser propiamente hostiles a la idea del *ius cogens*, consideraban precipitada su trasposición del derecho interno al derecho internacional, en razón sobre todo de tratarse de dos medios política y sociológicamente del todo diferentes. Uno de los que con mayor fuerza arguyeron contra la sobredicha trasposición, fue el delegado de Turquía, para el cual ni el tratado era lo mismo que el contrato, ni, sobre todo, era posible establecer en derecho internacional una jerarquía entre las normas jurídicas, lo cual, por cierto, pasaba por ser la gran

49 A/CONF. 39/11, par. 20, p. 326.

aportación del *ius cogens*. A este respecto, el delegado turco razonaba del modo siguiente: “Trátase de establecer una jerarquía de las normas jurídicas. La jerarquía de las normas supone una jerarquía de las fuentes de derecho. Ahora bien, la fuente del derecho internacional no conoce legislador que le imponga sus órdenes”.⁵⁰

Para el delegado turco, por consiguiente, no podía hablarse de jerarquía frontal o normativa en derecho internacional, toda vez que la única fuente real de este derecho era la voluntad de los Estados miembros de la comunidad internacional, creadores y sujetos, a la par, de las normas jurídicas vinculantes. No había, en otros términos, la diferenciación jurídica y política que en el orden interno se establece entre los particulares, creadores de normas jurídicas de derecho privado, y el poder público, creador, a su vez, de normas prohibitivas o de interés público que no pueden derogarse al arbitrio de los particulares, y que constituyen el orden público interno.

El delegado de Turquía, por último, y con esto iba al fondo del asunto, no desconocía que en el derecho internacional actual era perfectamente posible establecer por una convención el carácter prioritario (*caractère prioritaire*) de ciertas normas determinadas, como lo hicieron el Pacto de la Sociedad de Naciones y, últimamente, las Naciones Unidas, cuyo artículo 103 dispone lo siguiente: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Con todo ello, y según seguía diciendo el delegado turco, esta *priorité conventionnelle*, en la que tanto hincapié hacían los defensores del *ius cogens*, no era de ningún modo equivalente a la noción de orden público interno, ya que, a diferencia de lo que ocurre en este último, no sancionaba con la nulidad los acuerdos internacionales contrarios a la Carta, sino que se limitaba a declarar que, en caso de conflicto, las disposiciones de la Carta habían de “prevalecer”.

Por último —y en esto fue su crítica de lo más constructivo— el delegado turco insistía, como tantos otros, en la necesidad de una instancia jurisdiccional obligatoria que pudiera controlar, en los términos del artículo 50, la nulidad de un tratado derogatorio de una norma *ius cogens*.

50 *Ibidem*, par. 6, p. 331.

Hasta allí, en efecto, el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional adolecía de una grave laguna, por cuanto que se contentaba con remitir a las partes en controversia al artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual se limita a enumerar los medios de solución pacífica de los conflictos, sin imponer ni recomendar siquiera ninguno de ellos en particular.

En el mismo sentido se expresó el delegado del Japón, al declarar que le sería imposible votar en favor del texto propuesto sin una adecuada salvaguarda procesal. “La delegación japonesa —dijo— tiene la firme persuasión de que no debe permitirse a ningún Estado recurrir al artículo 50 sin aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte”.⁵¹ A su tiempo fue satisfecho este justísimo requerimiento en la forma que oportunamente veremos.

La intervención del delegado de Francia fue de importancia excepcional, tanto por su contenido como por la actitud final que, con respecto a toda la Convención, hubo de adoptar la delegación francesa, y en la que influyó sobre todo, por lo que pudo verse, el artículo relativo al *ius cogens*.

Francia, tan conservadora como revolucionaria, mostró en aquella ocasión sobre todo el primer aspecto, el más habitual en ella tal vez a lo largo de la historia. De repente, según dijo su representante, quemando todas las etapas, iban a ser afectados de nulidad absoluta buen número de actos jurídicos que hasta entonces habían podido los Estados consumar válidamente, y todo esto por la interferencia de algunas nuevas normas, las llamadas normas imperativas, cuyo contenido nadie conocía a punto fijo, y que, por último, escapaban a todo control jurisdiccional. Ahora bien, introducir de buenas a primeras una jerarquía de tal especie en el complejo normativo del derecho de gentes, producto único, hasta aquel momento, de la voluntad de los Estados, era una empresa quizá loable pero riesgosa, y en la que Francia no tenía la voluntad de embarcarse.

Francia no puede formular objeciones a tal tentativa, pero la empresa es difícil. El problema que se plantea, en efecto, en una esfera que se encuentra en la incierta frontera de la moral y el derecho, es el de saber a qué principios quiere reconocerse efectos tan graves como es el de hacer ilícitos, al margen de la voluntad de los Estados que los han celebrado, ciertos acuerdos internacionales. Esta elección no es fácil, ya que si bien la idea de que existen

⁵¹ *Ibidem*, par. 30, p. 352.

principios jurídicos distintos del derecho convencional es sumamente antigua, determinar qué principios deben revestir el valor de *ius cogens* es algo distinto. La dificultad se agrava aún más si se tiene en cuenta que no se trata solamente de referirse a principios formulados actualmente sino también —y esto es lo que prevé el artículo 61— de admitir que puedan incorporarse al *ius cogens* reglas que aún no han sido establecidas. Dada la amplitud del problema es indispensable resolverlo de manera clara y precisa en la convención. Es absurdo, en efecto, admitir la existencia actual y futura de una ley suprema y atribuirle efectos tan graves como la nulidad *ab initio* de los acuerdos internacionales sin definir la esencia de esta regla de derecho positivo, las condiciones de su desarrollo y el control de su aplicación. A falta de tales precauciones, nadie puede prever la amplitud del desorden que ello podría provocar en la comunidad internacional, en perjuicio de los más débiles, para quienes el derecho sigue siendo la mejor salvaguardia.⁵²

En esta actitud se mantuvo firme Francia hasta el final de la Conferencia. En la última sesión, celebrada el 22 de mayo de 1969, las actas registran la siguiente declaración de su representante:

Nadie se sorprenderá de que el orador mencione en primer lugar las disposiciones relativas al *ius cogens*, concepto sin duda muy elevado pero que puede comprometer la estabilidad del derecho de los tratados, es decir, una garantía necesaria en las relaciones entre los Estados. Sobre tal punto, aun los procedimientos mejor ideados de solución de las controversias, incluso el recurso a la Corte Internacional de Justicia, no pueden compensar la falta de precisión en la redacción de los textos. Se dará al juez tan amplio arbitrio que se convertirá en legislador internacional, función que evidentemente no le corresponde.⁵³

Al delegado francés causaba gran sorpresa, además, el que así como a la Corte se atribuían poderes cuasilegislativos a propósito del *ius cogens*, así por el contrario, se le escatimaran a propósito de litigios tan importantes como los que pudieran suscitarse con respecto a otras cuestiones tan controvertidas como los vicios del consentimiento o el cambio fundamental de circunstancias. En todas estas materias la Convención no preveía sino un procedimiento de conciliación, sujeto prácticamente al voto de cualquiera de las partes.⁵⁴

52 A/CONF.39/11, pars. 27 y 28, p. 341.

53 A/CONF.39/Add. 1, par. 16, p. 215.

54 *Ibidem*, par. 17.

Fue por estos motivos, y no por otros, aparentemente, por los que Francia emitió el único voto negativo contra la Convención en su conjunto, la cual fue así aprobada por 79 votos contra uno y 19 abstenciones.

Volviendo al debate en la Conferencia, y circunscribiéndose a los países o juristas de mayor entidad, el delegado de Italia, profesor Maresca, no sólo apoyaba entusiastamente el artículo 50 del proyecto, sino que en el *ius cogens* veía un reflejo del *ius naturalis* (*sic*), como puede colegirse del texto de su intervención, a saber:

El desarrollo del derecho internacional está unido íntimamente a una concepción jerárquica de sus fuentes y sus normas. A principios del decenio de 1930, la concepción del derecho internacional era puramente convencional. La única fuente del derecho era el acuerdo. Sin embargo, algunos juristas opinaban que existía algo más que las normas puramente convencionales, que había también normas de carácter general y fuentes de primer grado y de segundo grado. El acuerdo es una fuente de segundo grado, mientras que la costumbre es una fuente de primer grado. El acuerdo está limitado por la costumbre. De la jerarquía de las fuentes se pasa a la jerarquía del contenido. Entre las normas consuetudinarias existen algunas que tienen un contenido jurídico más profundo, un contenido que no admite excepción. ¿Cuáles son las normas que tienen ese carácter absoluto? Son las que protegen a la persona, que aseguran el mantenimiento de la paz y la existencia y la igualdad de los Estados. Se encuentra aquí de nuevo el *ius naturales*, es decir, el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana. El positivismo creyó abrir brecha en el derecho natural. Pero esa doctrina condujo a los terribles acontecimientos de dos guerras mundiales. En consecuencia, no es de extrañar que la conciencia humana busque otra cosa. Es preciso pues agradecer a la Comisión de Derecho Internacional que haya tenido el valor de introducir el artículo 50 en la Convención.⁵⁵

Entre el escepticismo medroso de unos y el entusiasmo desbordado de otros, se sitúa, como un modelo de realismo, la intervención de Jiménez de Aréchaga. En las actas la encontramos resumida del modo siguiente:

Apoya plenamente el artículo 50, pues estima que esta causa de nulidad debe figurar en la Convención. Al apoyar el principio se ha de cuidar de no exagerar su alcance, sea en un sentido positivo, queriendo hacer de él una mística que renueve el derecho internacional, sea en un sentido negativo, viendo en

⁵⁵ A/CONF. 39/11, par. 42, p. 343.

él un elemento de disolución de los tratados y de anarquía. A juicio de la delegación del Uruguay el significado del artículo 50 es simple y relativamente limitado en sus afectos. La comunidad internacional reconoce ciertos principios que corresponden a intereses esenciales y a sus concepciones morales básicas, como la prohibición del uso de la fuerza y la agresión, del genocidio, de la discriminación racial o la violación sistemática de derechos humanos. No basta con condenar la violación de tales principios; es preciso sancionar preventivamente, con nulidad absoluta, el acto preparatorio, el tratado mediante el cual dos Estados se ponen de acuerdo para la ejecución concertada de actos que configuran la violación de uno de estos principios. Está en la propia naturaleza de las cosas que, en la práctica, este tipo de tratado, desafío flagrante a la conciencia internacional, sea poco frecuente, y rara la hipótesis de tratados nulos por aplicación de este precepto. Debe existir, no obstante, un criterio preciso que permita identificar las normas de *ius cogens*, pues cada vez que se afirma que determinado principio constituye una regla de *ius cogens* se disminuye el campo de aplicación de uno de los pilares del derecho internacional, la regla de que aquello que los Estados convienen es la ley para las partes (*pacta sunt servanda*).⁵⁶

A moción igualmente del representante del Uruguay, el texto de la CDI, con sus enmiendas, fue enviado al Comité de Redacción, pero en el entendimiento de que el principio del *ius cogens* había sido aceptado, y que sólo se trataba de formularlo de la manera más clara posible, y así lo declaró el presidente.

El Comité de Redacción devolvió el proyecto con la importante adición del término “en su conjunto” (*dans son ensemble*) para calificar la aceptación y reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de las normas *iuris cogens*. En su calidad de presidente del Comité de Redacción, Yasseen lo explicó del modo siguiente:

Al añadir en el artículo 50 las palabras “en su conjunto”, el Comité de Redacción ha querido subrayar que no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del y/o de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto.⁵⁷

56 *Ibidem*, par. 48, p. 335.

57 *Ibidem*, par. 12, p. 519.

Según aclaró también Yasseen, la otra modificación introducida por el Comité de Redacción, fue la de escindir (*scinder*) el artículo 50 en dos frases, de las cuales la primera enuncia la regla, y la segunda explica lo que es una norma imperativa de derecho internacional general a los fines de la Convención.

Con estas modificaciones, el artículo 50 fue aprobado (57 votos contra 3 y 27 abstenciones) con el siguiente texto, que no varió más hasta pasar finalmente a figurar como el actual artículo 53:

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

6. *La Conferencia de Viena (2a. parte)*

En esta segunda fase, consagrada a las sesiones plenarias de la Conferencia (9 de abril-22 de mayo de 1969) no hubo, hablando en rigor, elementos nuevos en el debate doctrinal. Ciertos argumentos, sin embargo, fueron redondeados con mayor fuerza persuasiva, como lo hizo, por ejemplo, el delegado rumano, en cuya opinión los tratados derogatorios de una norma de *ius cogens* no podían sancionarse sino con la nulidad: “En efecto, si todo tratado contrario a una norma de *ius cogens* puede quebrantar un orden jurídico universalmente aceptado, de ello se deduce que la validez de un tratado que contenga tal acuerdo sólo puede sancionarse con la nulidad *ab initio*”.⁵⁸

Otras delegaciones, las más renuentes a la adopción del artículo 50, volvieron a desarrollar su línea argumentativa. Con particular énfasis lo hicieron el delegado de Suiza, para quien el citado artículo no podría ser sino “una fuente de incertidumbres”, y sobre todo, como era de esperarse, la delegación de Francia, cuyo representante declaró, una vez más, que no podía votar por un artículo “tan flotante como absoluto”. “La delegación francesa —terminó diciendo— se niega a dar un salto en el

58 A/CONF. 39/11/Add. 1, par. 51, p. 103.

vacío y aceptar una disposición que, por no fijar criterios bastante precisos, abre paso a la duda y a la coacción”.⁵⁹

El artículo 50 fue finalmente aprobado en votación nominal, en la sesión del 12 de mayo, por 87 votos contra 8 y 12 abstenciones, y pasó a figurar con el número 53 en el texto definitivo de la Convención.

En los términos del artículo 84 de la Convención, ésta entró en vigor el 27 de enero de 1980, después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión.

⁵⁹ *Ibidem*, par. 18, p. 100.