

EL JUS COGENS Y LOS TRATADOS

Por el licenciado
Víctor Carlos GARCÍA MORENO

Profesor de la Facultad de Derecho
de la UNAM

A) *Antecedentes y generalidades*

“La escuela positiva y consensualista del Derecho Internacional, indiscutida hasta hace tiempo, no admitía la acción, propia del derecho interno, de un orden público que limitara la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Brierly, que fue el primer relator de la Comisión de Derecho Internacional sobre tratados, observaba que en materia internacional “prevalece una casi completa libertad contractual”.¹

No siempre fue así. En el seno de la Comisión antes mencionada, la delegación de México expresó que “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 inmutable, muy por encima de los intereses o pactos de los hombres e incapaces de ser influidos por éstos”.²

“Ciertos acontecimientos de este siglo y en particular aquellos que se produjeron antes y durante la Segunda Guerra Mundial, hicieron creer en la existencia de ciertas normas superiores a la voluntad de los Estados, aunque sobre bases totalmente distintas a la doctrina del viejo jusnaturalismo”.³

En el Derecho Internacional contemporáneo es unánime el reconocimiento de la existencia de normas *jus cogens*, a pesar de no existir un criterio simplista que sirva para identificar estas normas de carácter general a nivel internacional.

Algunas corrientes de pensamiento aseguran que dichas normas ponen en entredicho la soberanía absoluta del Estado para negociar los tratados acorde a sus intereses. En este sentido, el artículo 53 de la Convención del Derecho de Tratados de Viena, de 1969, recoge las ideas que a lo

¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Apuntes acerca de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Inédito, p. 55.

² *Loc. cit.*

³ *Loc. cit.*

largo de la historia del Derecho Internacional exponen las diferentes escuelas en relación a la noción de un derecho imperativo cuya naturaleza está establecida en franca oposición al voluntarismo puro de los Estados.

Como lo señalamos anteriormente, en los orígenes del Derecho Internacional, la idea de un orden público internacional está basado en fundamentos jusnaturalistas. Como principales representantes de esta corriente basta señalar a Francisco de Vitoria y a Francisco Suárez, quienes difundieron la idea de la existencia de normas necesarias e imperativas al propugnar por un derecho natural preceptivo dentro de la doctrina tradicional de la Escolástica.⁴

Dicha concepción consideraba al Derecho de Gentes positivo como una emanación del Derecho natural, que, aunque en su elaboración permitía la intervención de la voluntad humana, de igual manera presentaba una absoluta dependencia del derecho natural.⁵

Wolff, al igual que Vattel, por su lado, concedieron cierta primacía al Derecho positivo sobre el natural, aunque de manera subordinada a este último y aseguran: "este derecho de gentes necesario e indispensable no pueden las naciones modificarlo en sus convenciones; ni dispensarse a sí mismas de él o recíprocamente una de otra", agregando, que "todas las costumbres que van en contra de lo que prescribe el derecho de gentes necesario, son ilegítimas".⁶

Mucho después de Vattel, en pleno apogeo del nacionalsocialismo,⁷ surge una corriente más radical que no niega el derecho natural aún cuando emancipa absolutamente de él al derecho de gentes positivo, todo esto sin hacer la menor mención de un derecho necesariamente obligatorio. Así, François niega la existencia siquiera de normas fundamentales inmutables.⁸ Otro autor representante de esta corriente es Reuter, quien afirma que "en el actual estado del derecho internacional difícilmente se conciben normas imperativas".⁹

Una corriente ecléctica surge con Cavaglieri y Moreno Quintana quie-

⁴ SUÁREZ, FRANCISCO. *De legibus ac deo legislatore*. Libro II, Capítulo 121, párrafo 9. En: *The classics of international law*. James Brown Scott, editor. Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, pp. 156 y 157 (en latín) y 272 y 273 (en inglés).

⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho internacional público*. 3a. edición. Madrid, Atlas, 1960. 2a. parte, caps. IV y V, pp. 287-345.

⁶ VATTEL, Emerich de. *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. 1758. Preliminares, pars. 7, 8 y 9. En: *Classics of International Law*. Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916. Vol. I, pp. 4 y 5.

⁷ LISZT, Franz Von. *Derecho internacional público*. Trad. esp. de la 12a. ed. alemana. Barcelona, Gili, 1929, p. 17.

⁸ FRANÇOIS, J.P.A. *Règles générales du Droit de la paix*. RC. 1938, IV, núm. 66, pp. 22 y 23.

⁹ REUTER, Paul. *Principes de Droit international public*. RC. 1961, II, núm. 103, p. 567.

nes atribuyen al Derecho internacional un carácter positivo-dispositivo, afirmando: "los estados no se hallan obligados sino por aquellas normas en cuya creación intervienen voluntariamente". Sin embargo, entre las condiciones de validez de los tratados incluyen el objeto lícito, bajo el argumento de que un objeto de no ser así, sería contrario a la *opinio juris gentium*.¹⁰

Sin embargo, es mayoritaria la corriente de autores que admiten la existencia de normas necesarias, obligatorias e imperativas. Bluntschli en su Código, hace una identificación del derecho necesario con el Tratado Ley, argumentando que deben distinguirse los tratados que crean entre las partes contratantes un derecho puramente convencional y los actos por los cuales varios Estados formulan, en común, una regla general y absoluta.¹¹

En este orden de ideas, en el artículo 410 de su Código, señala que serán nulos los Tratados que atenten contra los principios necesarios del Derecho Internacional. Para este autor son disposiciones contrarias a los derechos de la humanidad, por ejemplo, la esclavitud, la negación absoluta de derechos a los extranjeros, estipulaciones contrarias a la libertad de los mares, persecuciones originadas por convicciones de tipo religioso, etcétera. Inclusive, argumenta que resultan contrarias al Derecho Internacional, y por consiguiente nulas, las cláusulas contenidas en Tratados estableciendo el dominio de una potencia sobre el mundo entero y la supresión de un Estado viable.¹² En este mismo sentido se manifiestan Kluber,¹³ Heffter,¹⁴ Pradier-Fodéré¹⁵ y Mérignac,¹⁶ entre otros.

Las características de derecho inmutable cesan con Bonfils sujetándolo al grado de civilización de los Estados, asegurando, además, que los preceptos tienen ante todo un carácter negativo, "ellos ordenan con más frecuencia la abstención que la acción".¹⁷

Por otro lado, Podestá Costa asegura que: "En derecho privado la nulidad de los contratos que afectan el orden público o la moral emana de una disposición de la Ley, en la vida internacional no existe ley posi-

¹⁰ MORENO QUINTANA Y BOLLINI, Shaw. *Derecho internacional público*. Buenos Aires, Lib. del Colegio, 1950, pp. 34 y 311.

¹¹ BLUNTSCHLI, M. *Le Droit international codifié*. 2a. Ed. francesa. París, Guillaumin et C^{ie}, 1874, p. 235, comentario al artículo 402.

¹² *Ibidem*, pp. 238 y 240, artículos 410-412.

¹³ KLUBER, Jean Louis. *Droit des gens moderne de l'Europe*. París, Aillaud Lib., 1831. T. I, pp. 1206 y 1207.

¹⁴ HEFFTER, A.G. *Derecho internacional público de Europa*. Trad. española de la ed. francesa. Madrid, Lib. de V. Suárez, 1875, pp. 14, 15 y 192.

¹⁵ PRADIER FODÉRÉ, P. *Traité de Droit international public*. París, Pedone-Lauriel, 1885. T. II, pp. 751 y 752.

¹⁶ MÉRINGAC, A. *Traité du Droit public international*. París, Lib. Générale de droit et de jurisprudence, 1907, T. II, p. 641.

¹⁷ BONFILS. *Manuel du Droit international public*. París, A. Rousseau, 1894, pp. 16 y 18.

tiva que así lo determine, no obstante, un tribunal internacional podría aclarar y declarar sin valor una estipulación que fuese contraria al derecho o a la moral".¹⁸

A partir del presente siglo los positivistas rechazan las concepciones iusnaturalistas, surgiendo la concepción de un derecho necesario, superior al voluntario, extraído del derecho positivo consuetudinario o de la noción de orden público.¹⁹ En lo que toca a Silbert, se pronuncia categóricamente por un orden público internacional de bases positivas, asegurando que: "verdadero es el derecho de gentes para la comunidad internacional, como lo es con respecto al derecho interno de cada país". De todo esto se desprende la concepción de un orden público internacional, es decir, un conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos, no tolerando discusión alguna en contrario, trayendo como consecuencia el que la voluntad de las partes no puedan dejarlas de lado ni suspender sus efectos.²⁰

Dentro de esta corriente podríamos ubicar a Hans Kelsen, quien asegura que los Estados pueden suscribir tratados sobre el *ius dispositivum* pero no contrarios al *jus cogens*. Agrega este autor, que resulta innegable que exista dificultad para precisar las normas a las que se les podría atribuir el carácter de *jus cogens*, sin embargo, pone como ejemplo un tratado encaminado a apropiarse la alta mar por parte de un Estado, mismo que sería declarado nulo por un tribunal internacional.²¹

La doctrina soviética reconoce que el tratado debe corresponder a los principios fundamentales del Derecho internacional. Así Tunkin defiende el *jus cogens* basado en el voluntarismo, asegurando que "de la tesis que sostenemos, según la cual las normas surgen de acuerdos entre Estados, no deben deducirse las consecuencias de reglas imperativas de Derecho internacional. La necesidad de principios y normas ha aparecido, se ha reforzado con la extensión de las relaciones internacionales".²²

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que nada impide hablar de un orden público en el sentido del Derecho internacional público, es decir, de un conjunto de reglas obligatorias (*jus cogens*) que eliminan toda regla en contrario, sea de origen consuetudinario, sea de origen convencional. Un tratado no puede derogar los principios que hacen a estos valores supremos y que son de orden público internacional, de tal ma-

¹⁸ PODESTÁ COSTA, L.A. *Manual de Derecho internacional público*. 4a. ed. Buenos Aires, TEA, 1970, Tomo 1, p. 410.

¹⁹ DIENA, Julio. *Derecho internacional público*. Trad. esp. de la 4a. ed. italiana. Barcelona, Bosch, 1946, pp. 414, 423 y 424.

²⁰ SILBERT, Marcel. *Traité du Droit international public*. París, Dalloz, 1951, T. I, pp. 16 y 17.

²¹ KELSEN, Hans. *Principios de Derecho internacional público*. Trad. al esp. del H. Caminos y E.C. Hermida. Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pp. 276 y 294.

²² TUNKIN, G.I. *Droit international public*. París, Pedone, 1965, p. 100.

nera que un tratado no puede tener cualquier objeto y que la formación del Derecho Internacional no es exclusivamente voluntaria.^{23, 24, 25 y 26}

Ya en 1937, Verdross, quien escribía desde Austria, publicó un artículo en donde señalaba, entre otras cosas, que sería nulo por su objeto un tratado por el cual un Estado enajenaba su independencia en materia de defensa nacional.

De enorme importancia para el tema que nos ocupa son las opiniones de los internacionalistas británicos Oppenheim, Lauterpacht, Mc Nair y Brierly.

Para Oppenheim el *jus cogens* "es una norma consuetudinariamente reconocida del derecho de gentes ya que las obligaciones inmorales no pueden ser el objeto de un tratado internacional", y añade que "debe, sin embargo, tenerse en cuenta que la cuestión de lo que es inmoral resulta con frecuencia controvertida. Así una obligación considerada inmoral por algunos Estados no puede necesariamente parecer inmoral a las partes contratantes".²⁷ Sin embargo, se muestra cauteloso al afirmar que desde un punto de vista práctico, en tanto no exista un órgano con jurisdicción obligatoria para sentenciar la moralidad o inmoralidad de las obligaciones de un tratado, la pretendida nulidad de los tratados inmorales constituye una invitación constante a los violadores del Derecho para deshacerse unilateralmente de una obligación que les estorba.²⁸ En base a estas ideas, en su informe de codificación indicó que "un tratado o cualquiera de sus provisiones es nulo si su cumplimiento implica un acto ilícito según el Derecho Internacional, si así es declarado por la Corte Internacional de Justicia".²⁹

A este respecto, independientemente de que existe una corriente de pensamiento que no sólo niega la validez, sino la existencia misma de las normas *jus cogens*, como es el caso de Schwarzenberger,³⁰ otro autor, Verdross³¹ mantiene una posición diametralmente opuesta, ya que desde 1929

²³ D'ESTÉFANO, Miguel. *Derecho internacional público*. La Habana, Edit. Universitaria, 1965, p. 195.

²⁴ QUADRI, R. *Cours général du Droit international public*. RC. 1961, T. III, núm. 113, pp. 335 y 337.

²⁵ BALLADORE-PALLIERI, G. *Diritto internazionale pubblico*. 7a. ed., Milán, Giuffré, 1956, p. 282.

²⁶ MÓNACO, R. *Manuale de Diritto internazionale pubblico e privato*. Turín, Edit. Torinese, 1949, pp. 47, 291 y 292.

²⁷ OPPENHEIM, L. *International law*. 8a. ed. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1955, T. I, pp. 893, 896 y 897 y Mc NAIR, *The law of treaties*. Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 213 y ss.

²⁸ LAUTERPACHT, H. *Regles générales du Droit de la paix*. RC. 1937, IV, núm. 62, pp. 306 y 307.

²⁹ "Yearbook", I.L.C. 1953, Vol. II, pp. 93 y 154.

³⁰ SCHWARZENBERGER, Georg. *International ius cogens*. En "Texas Law Review", marzo, 1965.

³¹ VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 5a. ed. Trad. esp. de la 4a. ed. austriaca. Madrid, Aguilar, 1967, pp. 80 y 81.

afirmaba que “hay términos que ni algunos Estados particulares pueden intentar alterar” (v. gr.: los principios del artículo 2º de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, así como los tratados contrarios a la trata de seres humanos), “de ahí que ante cada norma sea preciso averiguar si por su sentido es dispositiva (*jus dispositivum*) o taxativa (*jus cogens*)”.³²

Como consecuencia de la polémica Verdross-Schwarzenberger, en 1966, se incluyeron en el informe de la Comisión del Derecho Internacional, concepciones definitivas acerca del *jus cogens*.³³ Por lo que respecta a la doctrina actual, desde un punto de vista teórico resulta innegable que la gran mayoría de los autores reconocen plenamente la existencia de normas imperativas.

Todas estas ideas influyeron decisivamente en la Comisión del Derecho Internacional, a través de los relatores encargados de los proyectos de Codificación del Derecho de Tratados. A este respecto, fue Lauterpacht uno de los pioneros en fundamentar el *jus cogens* en contra del carácter ilícito de un acto. Así, el artículo 15 de su proyecto decía: “un tratado o cualquiera de sus provisiones será nulo al implicar su cumplimiento cierta ilicitud, previa declaración expresa de la Corte Internacional de Justicia”.³⁴ Dos párrafos más adelante agrega: “Resultaría sí que la demostración de la ilicitud de un objeto de tratado y de la nulidad de éste no constituye su inconformidad con el Derecho Internacional puro y simple, sino la inconformidad con aquellos principios supremos de Derecho Internacional, mismos que pueden ser considerados como principios emanadores del orden público internacional”.

Durante la Codificación del Derecho de Tratados el citado texto se discutió, mismo que mereció el apoyo general y al que se le dio la siguiente forma:

Artículo 37

“Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma suprema 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”.

Artículo 45

“Un tratado será nulo y quedará extinguido cuando se estableciere una norma imperativa de Derecho Internacional general como la indicada en el artículo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma”.³⁵

Estos artículos fueron puestos a consideración de los Estados a través de sus delegados ante la Asamblea General (periodo de 1973), mismos que fueron objeto de algunas consideraciones posteriores, como es el caso

³² *Ibid.*, pp. 116 y 117.

³³ “Yearbook”, I.L.C., 1953, Vol. II, pp. 93 y 154.

³⁴ “Yearbook”, I.L.C., 1963, Vol. II, pp. 198 y 211.

³⁵ “Yearbook”, I.L.C., 1966, Vol. II, pp. 20 y 22.

de Turquía y Luxemburgo, estados que relevaron la carencia de un mecanismo jurisdiccional efectivo para establecer el *jus cogens*, así como para resolver en última instancia las controversias.³⁶

En 1976 se elaboró el texto definitivo, mismo que suscribe la Comisión del Derecho Internacional:

Artículo 50

“Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general y 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”.

Artículo 61

“Si se ha establecido una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el artículo 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará”.³⁷

La Comisión de Derecho Internacional reconoce, en sus comentarios, que las anteriores disposiciones encierran ciertas dificultades, toda vez que no existe un criterio sencillo para identificar una norma general de Derecho Internacional que tenga el carácter de *jus cogens*.

La Comisión consideró conveniente estipular la nulidad de los tratados que se contrapongan en un determinado momento con este tipo de normas; como ejemplos se mencionaron:

- a) Tratado en donde se estipule el uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta de Naciones Unidas;
- b) Tratado en donde se consagre un acto considerado como delictivo de acuerdo a los lineamientos del Derecho Internacional; y
- c) Tratado en donde se señale la tolerancia o bien exista un pacto que proteja los actos encaminados al tráfico de esclavos; tratados que permitan o faciliten la piratería, el genocidio, etcétera.³⁸

La referida Comisión aceptó el principio, pero no la técnica de ejemplificación, señalando que ello la conduciría a codificar materias muy alejadas al tema al tratar de hacer una nómina de todos los actos internacionales que resultan ilícitos.

De cualquier manera queda bien claro en el pensamiento de la Comisión que el *jus cogens* no es un derecho imperativo e inmutable de contenido *jus naturalista*, sino un derecho positivo, mismo que puede ser modificado por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. Otra característica importante en el contenido de la norma es la irretroactividad de la nulidad, “misma que se produce

³⁶ “Anuario”, C.D.I., 1966, Vol. I.

³⁷ Informe C.D.I. Asamblea general, documentos oficiales: XXI periodo de sesiones, suplemento, núm. 9 (A/6309 Rev. 1), p. 81.

³⁸ *Loc. cit.*

únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma del *jus cogens*.³⁹

Con la redacción antes señalada, los artículos referentes al *jus cogens* pasaron al proyecto definitivo, aprobado en 1966, y que fue base para la Conferencia Diplomática de Viena sobre el Derecho de Tratados, de 1969.

Durante el primer periodo de sesiones la Conferencia de Viena, solamente un Estado, específicamente Turquía, desconoció el *jus cogens* internacional, argumentando que "no se trata de una norma sólidamente establecida, sino de una nueva norma mediante la cual se intenta introducir en el Derecho Internacional, por vía convencional, el concepto de orden público del derecho civil". Otros Estados mantuvieron una postura restrictiva encaminada a precisar y limitar el referido concepto.

Por último, el texto en definitiva quedó de la siguiente manera:

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 la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Este texto fue aprobado en la Plenaria, con 72 votos a favor, 3 en contra y 18 abstenciones. Varios Estados hicieron la salvedad condicionando su posición definitiva a la aprobación del ya referido mecanismo internacional. En el segundo periodo de sesiones de la Conferencia, el Comité de redacción dejó el citado precepto sin modificaciones.

En cuanto al artículo 64 (definitivo), el mismo se aprobó en los siguientes términos:

"Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esta norma será nulo y terminará".

De lo anterior podemos desprender cinco elementos constitutivos del *jus cogens*:

1. Debe, en primer lugar, tratarse de una norma de Derecho Internacional general, que obligue a todos los Estados. Esto significa que debe ser una norma de derecho consuetudinario, aún cuando es posible que se origine en un tratado, como la Declaración de París de 1856, aboliendo el curso. Pero ese tratado tiene que haberse convertido en norma consuetudinaria general;

2. Que se trate de una regla que sea imperativa o preceptiva en el sentido de no admitir acuerdo válido en contrario;

³⁹ Informe C.D.I. *op. cit.*, pp. 81 y 94.

3. Que se trate de una norma reconocida en tal carácter de imperatividad por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

En Viena diversas delegaciones insistieron, por medio de una enmienda, en reforzar este carácter y hacerlo explícito. Pero, señalaba el profesor Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, "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 rehusa 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 el reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto".

4. Debe el *jus cogens* estar compuesto de normas no inmutables. Este elemento planteaba una dificultad. Si existe una norma *jus cogens* y, ésta, por definición, no admite acuerdo en contrario, ¿cómo es posible proceder a su reforma o modificación? En la esfera del derecho interno, no existe este problema, porque el legislador puede por vía de ley fijar nuevas normas y concepciones de orden público. Por eso, señalaba Lauterpacht, "la sociedad internacional queda desprovista de los medios necesarios de desarrollo mediante el proceso de la legislación internacional". En esto se inspiró la C.D.I. para señalar el cuarto elemento de definición del *jus cogens*; que estas normas sólo pueden ser derogadas o modificadas por normas que tengan el mismo carácter, es decir, que se presenten los rasgos de generalidad, imperatividad y reconocimiento como tales por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y,

5. El que produzca la nulidad de cualquier otra norma derogatoria que no sea de su misma naturaleza, o bien de aquellos tratados existentes que estén en franca oposición con la misma.

En este orden de ideas, cabe hacer la diferencia entre una norma dispositiva y una norma imperativa a nivel internacional. Las primeras son aquellas creadas por los Estados mediante tratados así como por medio de su participación en la formulación de una costumbre; en este caso su derogación será posible siempre y cuando la acepten igualmente los otros estados con los que se había obligado. Por otro lado, las normas *jus cogens* se caracterizan precisamente porque prohíben una derogación semejante en las relaciones entre Estados, es decir, un Estado no puede deshacerse de las obligaciones que una norma *jus cogens* le impone, aún con el consentimiento expreso de los otros Estados.

El carácter prohibitivo se justifica por el hecho de que el *jus cogens* protege los intereses supremos para los que fue creado el Estado, como lo son los Derechos Humanos, entre otros ejemplos.

Por lo que toca a la generalidad, implica que no sólo deberá ser reconocida por un número determinado de Estados, sino que deberá representar los intereses comunes de la sociedad internacional. Concebido de

esta manera, el derecho internacional general encuentra su expresión más perfecta en el *jus cogens*.

Otro elemento que vale la pena destacar de las normas *jus cogens* es el relativo a la nulidad que produce sobre cualquier norma derogatoria que no sea de su misma naturaleza; esto es debido a las transformaciones violentas y continuas dentro del marco histórico y social que vive actualmente la comunidad internacional, y sobre todo debido a que dichas normas son de carácter positivo y por lo tanto —como ya lo señalamos anteriormente— no caen dentro del supuesto del derecho natural.

Finalmente, la nulidad que produce la norma *jus cogens* constituye un elemento trascendental; basta recordar que dicha nulidad es en sí misma la sanción más grave que pueda padecer un acto jurídico, en virtud de que le suprime todos los efectos de derecho que normalmente debería producir. En Derecho Internacional, tal sanción es muy rara, inclusive en el mismo Derecho de los Tratados, ya que la sanción ordinaria de un acto internacionalmente ilícito se limita a la responsabilidad del Estado autor de la violación de la norma de Derecho Internacional.

Cabe recordar que, cada vez que se afirma que determinado principio constituye una regla de *jus 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 suprema para las partes.

B) Sanciones para los tratados que estén en oposición con una norma *jus cogens*

Como ya lo habíamos dicho antes, la norma *jus cogens* tiene como característica preponderante producir la nulidad de aquellas normas de Derecho Internacional que no siendo imperativas se oponen a las mismas.

En tal sentido, las condiciones de validez de los actos jurídicos internacionales, las clasifica la doctrina internacional en condiciones de forma y de fondo.⁴⁰ Las primeras se refieren a la capacidad de los Estados para obligarse internacionalmente hablando, mientras que las condiciones de fondo implican la configuración de la validez de los actos jurídicos, mismos que requieren la licitud del objeto y la libertad del consentimiento de las partes.⁴¹ En este sentido, Rousseau asegura que “una voluntad concordante de las partes expresada, sin equívocos, constituye la primera condición de validez de un tratado; hay una segunda; los tratados deben ser libremente consentidos”.⁴²

Existen dos corrientes en relación a la transposición de la teoría ge-

⁴⁰ ROUSSEAU, Charles. *Principes généraux du Droit international public*. París, Pedone, 1944, p. 399. Existe Trad. al español: ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. 3a. ed. Barcelona, Ariel, 1966.

⁴¹ VERDROSS, *op. cit.*, p. 114.

⁴² ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 343.

neral de los vicios del consentimiento al Derecho Internacional. La primera dentro de la que ubicaremos a Lauterpacht,⁴³ Verdross,⁴⁴ Le Fur,⁴⁵ Heffter, J. F. Martens, Pradier-Fodéré, quienes consideran que, al igual que en el derecho nacional, en el Derecho Internacional se deberán invalidar aquellos convenios viciados de error, dolo, lesión o violencia. La segunda corriente, misma que comparten la mayoría de los tratadistas, encierra una franca oposición a la transposición lisa y llana de la teoría civilista. En la actualidad resultan, sin embargo, convincentes las opiniones de quienes objetan la adecuación simplista del sistema del derecho privado al Derecho Internacional, y admiten, en cambio, diferencia entre ambas derivada más del grado distinto de evolución de uno respecto del otro, que de una diferencia esencial.

En esta materia las legislaciones civiles y la doctrina del derecho interno se manifiestan con una gran riqueza de matices. Esta variedad de opiniones se pueden agrupan en dos grandes vertientes: la que se apoya en la tesis clásica y la que sigue los lineamientos del derecho civil francés, o sea, la tesis de Julián Bonnecase.

Una variante contemporánea de esta teoría, es la sostenida por el Código Civil Argentino, que distingue, principalmente, entre nulidad y anulabilidad, y por otro lado entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

La nulidad como ya lo apuntamos con anterioridad, es la sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico determinado; se entienden por actos nulos, aquellos cuya causa de invalidez ha sido establecida de pleno derecho, lo que autoriza al órgano judicial competente —una vez probada la causa de invalidez— a constatar directamente la nulidad del acto, pudiendo actuar “ex officio”. En cambio, los actos anulables son aquellos cuya causa de invalidez deja al arbitrio del juez la apreciación amplia de la eventual nulidad. “Como es común afirmar en el derecho interno, el juez constata un acto nulo en tanto que declara la anulabilidad de un acto, previa apreciación de las condiciones de validez respectivas”.⁴⁶ Además, el derecho de pronunciar o invocar la nulidad, en el caso de la absoluta, corresponde al juez, a la parte interesada o a terceros. Mientras que en el caso de la relativa es privativa de la parte interesada.

En el Derecho Internacional, algunos autores admiten la existencia

⁴³ LAUTERPACHT, H. *Private law sources and analogies*. 1927, p. 166, citado por LE FUR, *Le développement historique du Droit international*, RC. 132, III, núm. 41.

⁴⁴ VERDROSS, Alfred. *Règles générales du Droit de la paix*. RC. 1929, IV, núm. 30, pp. 428, 429 y 430.

⁴⁵ LE FUR, Louis Erasme. *Le développement historique du Droit international*. RC. 1932, III, núm. 41, pp. 575 y ss.

⁴⁶ LLAMBIAS, J.J. *Tratado de Derecho civil*. Parte general. 3a. ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, pp. 551 y 559.

de actos nulos y anulables; tal es el caso de Luna y Bastos.⁴⁷ Schwarzenberger se inclina a admitir la anulabilidad en el caso de dolo y violencia sobre el representante del Estado.

Otros, como Guggenheim, distinguen entre actos inexistentes y actos nulos (nulidad absoluta o relativa), pero no se refieren para nada a la anulabilidad.⁴⁸

El acto inexistente se da cuando "individuos o entidades jurídicas pretenden haber creado un acto jurídico aunque los elementos de dichos actos estén de tal modo ausentes que no pueda llegar a existir de ninguna manera".⁴⁹

Ago concuerda con Guggenheim en cuanto a que no es posible aplicar el sistema general de nulidades, propio del derecho interno, al Derecho Internacional, señalando que "la anulabilidad es un concepto aplicable únicamente en derecho interno, con el cual se puede recurrir a una autoridad competente para pronunciar la nulidad".⁵⁰

Consideramos que este último criterio es el más aceptable. La distinción entre actos nulos y anulables requiere, para su correcto funcionamiento, de un adecuado sistema de competencias judiciales. En el derecho interno, sólo el trabajo lento y eficaz de la jurisprudencia ha hecho posible la aplicación de la interpretación del sistema de sanciones consagrado para la corrección de los actos inválidos.

En el actual estado del Derecho Internacional, cuyas características de descentralización son bien conocidas, la mera transportación de la teoría de los vicios consensuales no puede sino limitarse a las instituciones y modalidades que se ajustan al momento. En particular, por su esencia misma, la institución de la anulabilidad requeriría para su aplicación al Derecho Internacional de una perfecta centralización del orden público internacional.

En materia de nulidades, la Convención de Viena considera tres tipos específicos de vicios sustanciales del consentimiento: error, dolo y violencia, acompañados a veces, de la lesión; entre ellos el tercero ha ocupado muy preferentemente la atención.⁵¹ El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional expuso estas figuras tradicionales bajo la forma de error y dolo; de esta última se extrajo un subtipo doloso que es la corrupción

⁴⁷ "Anuario", C.D.I., 1966, 1a. parte, p. 24.

⁴⁸ SCHWARZENBERGER, Georg. *The fundamental principles of international law*. RC. 1955, I, núm. 87, pp. 265, 268 y 270.

⁴⁹ GUGGENHEIM, Paul. *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*. RC. 1949, I, núm. 74, pp. 203 y ss.

⁵⁰ "Anuario", C.D.I., 1966, Vol. I, parte uno, pp. 24 y 25.

⁵¹ OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 547; ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 350 y 354; PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, p. 409; VERDROSS, *op. cit.*, pp. 114 y 115; GUGGENHEIM, *op. cit.*, pp. 188 y 191; CAVARÉ, Louis. *Le Droit international public positif*. 2a. ed., Paris, Pedone, 1961, Tomo I, p. 196; y BASDEVANT, Jules. *Regles générales du Droit de la paix*. RC. 1938, IV, núm. 58, pp. 645 y ss.

del representante de un Estado. En relación a la violencia, la misma fue tratada en dos cláusulas separadas: *a*) coacción sobre un representante de un Estado y, *b*) coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Las tres figuras son de nulidad relativa (error, dolo y violencia); las dos últimas de nulidad absoluta.

A estos vicios sustanciales se agregaron dos casos: *a*) disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados y, *b*) restricción específica en los poderes para manifestar el consentimiento del Estado. Estos vicios son sancionados con nulidad relativa.

A los vicios sustanciales se agrega una causa de nulidad absoluta, muy ajena a los vicios del consentimiento: el *jus cogens*, tipificado en dos cláusulas separadas —como ya lo hemos visto—, según se trate del existente —tratados que estén en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional general— o del emergente —aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general.

En lo que se refiere a estos dos últimos supuestos, la Convención de Viena establece, en dos artículos, las consecuencias de derecho que generan dichas nulidades. El artículo 69 determina la norma general para todos los tratados, y el numeral 71 considera el caso específico de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Por lo tanto, la Convención se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la nulidad de un tratado, y no afecta, ni considera el problema de la responsabilidad de los Estados por actos inválidos e ilícitos de una materia expresamente excluida del ámbito de la Convención, por disposición del artículo 73.

En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional recalca el establecimiento de la nulidad de un tratado por cualquiera de las causas indicadas en la sección dos, parte V de Convención, señalando que el tratado será nulo *ab initio*, no sólo a partir de la fecha en que se ha alegado la causa de nulidad,⁵² sino desde antes.

Esto quiere decir que es insubsanable y que su nulidad puede ser denunciada por cualquiera y aún suplida de oficio por un tribunal. La anterior disposición ha originado críticas; decía el delegado de Malasia en Viena, “una vez que un tratado haya sido debidamente negociado y celebrado entre dos Estados conforme a las realidades de sus relaciones mutuas, un tercer Estado, ajeno al tratado, podría basándose en el artículo 53, optar por no tomar en consideración los derechos y las obligaciones creadas por el tratado entre las partes”. Pero, precisamente a esto se debe el carácter público de la ilicitud concertada; el crimen contra un Estado es un crimen contra todos.

Este problema nos relaciona con la cuestión de la retroactividad de las sanciones en virtud de la invalidez de los actos jurídicos. El compor-

⁵² Informe C.D.I., Asamblea general, documentos oficiales, XXI Período de sesiones, suplemento núm. 9 (A/6309/Rev. I), p. 97.

tamiento de la sanción de nulidad absoluta —a diferencia del supuesto de la relativa— es que la invalidez se retrotrae a la fecha misma del acto como si nunca el mismo hubiere tenido lugar. La retroactividad en que opera al nulidad lleva consigo la cuestión de la reparación, o sea, del interés de las partes en retrotraer la situación al *statu quo ante*, puesto que el acto nulo se reputa sin fuerza jurídica alguna. Al respecto Waldock decía que cuando un tratado sea nulo *ab initio*, todo acto que se funde en el instrumento nulo carecerá de eficacia o de efecto jurídico y los Estados interesados recobrarán, en la medida de lo posible, la situación que antes tenían.⁵³

De lo anterior se desprenden dos elementos importantes que merecen destacarse: la acción que posee cualquier Estado contra todos los demás Estados partes de un tratado para exigir la restauración, en la medida de lo posible, en sus relaciones mutuas, de la situación *statu quo ante*, y ciertos actos ejecutados con motivo y en aplicación de un tratado —cuando son ejecutados de buena fe y antes de la invocación de la causal de nulidad—, dichos actos no resultan ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.

Ahora bien, en el artículo 64 de la Convención de Viena se establece que al surgir una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma, se convertirá en nulo y terminará. La primera consecuencia consiste en que tal nulidad eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado, lo cual es lógico, pues el tratado hasta entonces válido y por consiguiente jurídicamente vinculatorio, se ha “convertido en nulo”, resultando sus disposiciones carentes de fuerza jurídica. En cambio, frente a los efectos que surgen de los actos ya ejecutados en virtud del tratado, el inciso b del artículo 71 determina, acertadamente, que los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes “podrán, en adelante, mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento esté por sí mismo acorde con la nueva norma del *jus cogens*”.⁵⁴

De lo anterior se desprende que el efecto retroactivo no afecta tales derechos, o situaciones jurídicamente válidas originadas en el tratado, aún cuando su operatividad futura, una vez creada la norma *jus cogens*, pueda ser admisible si se adecúa por sí misma a dicha nueva norma imperativa.

Pero lo que se ha dicho no significa que queda resuelto el problema concreto de identificar en cada caso si se ha celebrado un tratado nulo por violación del *jus cogens*. ¿Cuál es el *modus operandi* al respecto? Hay dos métodos posibles: 1. El de la enumeración taxativa o por la vía de ejemplo de casos de *jus cogens* como proponía Waldock; y 2. El de confiar a un órgano judicial el identificar en cada caso la existencia de una

⁵³ “Anuario”, C.D.I., 1963, Vol. II, p. 108.

⁵⁴ *Loc. cit.*

infracción al *jus cogens*, como proponía Lauterpacht con respecto a la Corte Internacional de Justicia.

En cuanto al primer método se formularon algunos ejemplos en Viena. La URSS hablaba de la “no agresión”, la no ingerencia en asuntos internos de los Estados, la no violación a la igualdad soberana y otros principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo y de la Carta de Naciones Unidas. Líbano mencionaba: “las normas fundamentales del derecho humanitario, como la prohibición de la esclavitud, el genocidio y el trato de prisioneros, de los heridos y de la población civil en tiempo de guerra”. Ghana señalaba la no discriminación racial. El juez Taraka decía que “el derecho relativo a la protección de los derechos humanos, puede considerarse perteneciente al *jus cogens*”.

La otra posibilidad es encomendar la tarea al órgano jurisdiccional. Esto origina asimismo críticas.

Decía Gran Bretaña: “Pedir a la Corte que determine si una regla de Derecho Internacional tiene el carácter de norma imperativa y en qué momento lo ha adquirido, sería imponerle una carga demasiado pesada. Sería lo mismo que encargar a un tribunal que estableciera el contenido de un código penal”.

Dradder, de Bélgica: “No es posible encomendar a los árbitros y jueces la tarea de crear el derecho, pues su misión concreta consiste en aplicar las leyes, no en formularlas”. Y Francia expresaba: “La función del juez internacional es aplicar y precisar el Derecho, no crearlo”.

En cambio, Japón señaló que: “La cuestión del conflicto entre un tratado y una norma imperativa de derecho internacional es de carácter eminentemente jurídico y afecta a los intereses generales de toda la comunidad de naciones. No puede permitirse que esta cuestión se resuelva mediante procedimientos *ad hoc*, convenidos entre las partes en la controversia. La delegación del Japón cree firmemente que no debe permitirse a ningún Estado que recurra al artículo 53, sin aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia”.

Irlanda: “Sólo se podrá aplicar si va asociada a algún medio independiente y con autoridad para decidir si un principio invocado por una parte como *jus cogens* es tal”.

Esta fue la fórmula a que se llegó en Viena, pues la determinación del *jus cogens* queda librada a la competencia obligatoria de la Corte. El profesor Sinclair, quien fue uno de los delegados británicos en Viena, ha dicho: “La decisión de atribuir las disputas relativas a la aplicación del *jus cogens* a la Corte Internacional de Justicia, es de gran importancia. Esto permitirá al más alto órgano judicial de la comunidad internacional desarrollar una jurisprudencia coherente sobre el alcance y contenido de este concepto que está emergiendo gradualmente. Proporciona una salvaguarda sustancial para aquellos que temían que el reco-

nocimiento de esta causal de nulidad nueva e indefinida, pudiera fomentar a ciertos Estados a afirmar unilateralmente la invalidez de un tratado, bajo una noción de *jus cogens* que no ha obtenido aceptación universal o ni siquiera general. Tal afirmación puede aún hacerse pero conforme a la Convención su examen objetivo por la Corte Internacional queda asegurado en definitiva”.