



Universidad Nacional Autónoma
de México

FACULTAD DE DERECHO

EL "JUS COGENS" COMO LIMITACION A LA
VALIDEZ DE LOS TRATADOS
(Convención de Viena)

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JOSE LUIS ZAVALA PORRAS



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Cristina, Pepito y Crísty.

Dr. José Cruz Zavala.

Eufemia Porra^s de Zavala.

**Guillermo y Martha, Elizabeth y Carlos,
y Estela.**

Francisco Porras Prieto.

Aurelia García de Porras.

Pbro.

Don. Francisco A. Porras García.

Gerardo Zavala.

Hermelinda Ramo^s de Zavala.

A la tierra de mi^s padre^s: Nahuatzen, Mich.

Pfra. Clara Zavala Ramo^s.

Lic. Narciso Zavala Ramo^s.

Con Profundo Agradecimiento

a mi Director de Tesis:

Lic. Víctor C. García Moreno,

I N D I C E

Pág.

1.	PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS TRATADOS	
1.1	Los tratados como fuente del Derecho Internacional.....	1
1.2	Concepto de Tratado.....	6
1.3	Clasificación de los Tratados.....	15
1.4	El Derecho de los Tratados hasta la Convención de Viena.....	21
2.	ANÁLISIS DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS	
2.1	La codificación del Derecho Internacional...	29
2.2	La codificación del Derecho de los Tratados.	36
3.	IDEA Y EVOLUCION DEL "JUS COGENS"	
3.1	Evolución Histórico-Doctrinal del "Jus Cogens" en el Derecho Internacional.....	43
3.2	Incorporación del "Jus Cogens" al Derecho Positivo Internacional.....	73
3.3	Definición del "Jus Cogens" en la Convención de Viena.....	95
4.	LA SANCION A LOS TRATADOS QUE ESTAN EN OPOSICION A UNA NORMA DE "JUS COGENS"	
4.1	Las condiciones de validez de los Actos Jurídicos Internacionales.....	99
4.2	Las sanciones a la invalidez de los Actos Jurídicos Internacionales.....	104

4.3	La sanción a los tratados que están en oposición a una norma de "Jus Cogens".....	118
5.	CONCLUSIONES.....	128
6.	BIBLIOGRAFIA.....	133

INTRODUCCION

A poco tiempo de haber surgido el Derecho Internacional como sistema legal de un pequeño grupo de Naciones, Hobbes describió las relaciones interestatales de su tiempo, de la siguiente manera: "Los reyes y las personas que poseen autoridad soberana, viven en continuo recelo y en estado y postura de gladiadores, a causa de su independencia; Sus fortalezas y guarniciones, sus cañones en las fronteras de los reinos, y su espionaje continuo entre los vecinos, no son otra cosa que posiciones de guerra" (*). Quizá esta descripción nunca haya sido tan verídica como en nuestro tiempo en el que los hombres son más inhumanos con sus semejantes, las diferencias raciales, de credo y de riqueza acrecientan la injusticia y el hambre no sólo en el seno de los estados sino incluso en la sociedad internacional misma. No obstante, grandes son los logros que la humanidad ha obtenido en la integración de una sociedad mundial: La liga de las Naciones, la organización de las Naciones Unidas, y en la actualidad una conciencia clara y un sentimiento profundo de que una sociedad organizada no podrá nacer sin el esfuerzo decidido de los hombres.

Uno de estos esfuerzos, sin lugar a duda, lo es la conferencia internacional sobre el derecho de los tratados, reunida en Viena bajo los auspicios de las Naciones Unidas. La importancia de esta conferencia -

(*) Levlathan, 13

se nos manifiesta no sólo por haber cumplido una de las tareas más extraordinarias en materia de codificación sino por el tema considerado pues los tratados son, hoy en día, la herramienta primordial de las relaciones internacionales.

Entre los temas considerados en la conferencia, sobresale por su trascendencia el del "Jus Cogens" establecido en los artículos 53, 64, 69 y 71 de la Convención. Y es que "El Jus Cogens" apunta hacia un orden público internacional apareciendo como la norma que coronaría la pirámide normativa del orden jurídico internacional. Por su posición en la pirámide jurídica, su forma de aparición y de derogación, y sus efectos sobre los tratados, esta norma de "Jus Cogens" sería una norma de carácter constitucional. Este nivel normativo -- implica un cierto grado de organización de la comunidad internacional. Pero estamos seguros que inevitablemente, y prescindiendo del tiempo que ello requiera para su consagración definitiva, el "Jus Cogens" -- llegará a ser el orden constitucional de la comunidad internacional -- perfectamente organizada y el actual reconocimiento de la validez y realidad de dicha norma es una etapa de ese tránsito. De ahí que -- hayamos escogido el "Jus Cogens" como tema de nuestra Tesis.

El estudio del "Jus Cogens" se puede emprender desde un -- punto de vista teórico o especulativo como sería el de limitar sus -- fronteras con el derecho natural o profundizar en sus relaciones con --

la norma "Pacta Sunt Servanda" o con la teoría de la soberanía absoluta de los estados; sin embargo, desde un principio nos propusimos abordar su estudio situándonos en la práctica de los estados como camino seguro para obtener consecuencias reales y objetivas y no caer en disquisiciones especulativas que además de insolubles, serían de escasa aplicabilidad. Con estos antecedentes queda justificado el uso del método inductivo tanto en la elaboración del concepto de tratado como en el análisis histórico-inductivo de la idea del "Jus Cogens". De igual forma se utilizó el método exegético en el estudio de los artículos de la convención que reglamentan el "Jus Cogens", por lo que continuamente se acude a los antecedentes inmediatos - comisión plenaria y comité de redacción de la convención de Viena- y a sus antecedentes más remotos- informe de la C.D.I., informes de los relatores Waldock, Fitzmaurice y Lauterpacht- .

La tesis se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero, consideramos el concepto de tratado, su clasificación y los principios que lo rigen hasta la convención de Viena; en el segundo estudiamos la convención de Viena en cuanto codificación del derecho de los tratados; en el tercero, seguimos la idea del "Jus Cogens" a través de las diversas épocas que ha vivido el Derecho Internacional hasta lograr ubicarla en el Derecho positivo y finalmente en la convención de Viena; en el capítulo cuarto, analizamos las consecuencias jurídicas que produce dicha norma, para concluir evaluando las disposiciones del "Jus Cogens" según la convención.

CAPITULO 1

PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

Para estudiar las fuentes del Derecho Internacional de una manera realista y objetiva, lo indicado es partir del análisis de los textos positivos aceptados en la práctica por el Derecho Internacional. Por lo anterior, analizaremos el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que se acostumbra citar por los internacionalistas actuales como criterio enumerativo de las fuentes del Derecho Internacional. Este artículo es la reproducción textual del artículo 38 de la Corte Permanente de Justicia Internacional de fecha 16 de diciembre de 1920, con el añadido de la frase: "Cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas". El artículo 38 del Estatuto de la CIJ que se incorporó a la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publi-

cistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las partes así lo conviniere.

Por lo tanto, las fuentes del Derecho Internacional son:

- 1) Las convenciones o tratados (Derecho Convencional);
- 2) La costumbre (Derecho Consuetudinario);
- 3) Los principios generales del derecho;
- 4) Las decisiones oficiales (Jurisprudencia, medio auxiliar);
- 5) La doctrina (Derecho doctrinario o científico, medio auxiliar).

Hay, sin embargo, algunos autores dentro de la doctrina del Derecho Internacional que afirman que es incompleto el número de fuentes que ofrece el Art. 38 del Estatuto de la CIJ. Añaden, entre otros, la legislación internacional y el acto unilateral.

¿Que debe entenderse por legislación internacional? La creación de normas obligatorias de carácter general o particular por órganos internacionales competentes para hacerlo. Un órgano internacional, creado por tratado, puede ser competente para dictar normas jurídicas obligatorias para las partes en el tratado. Tales normas recibirán entonces, su validez del tratado constitutivo estando en un escalón jerárquico inferior al tratado.

Un tipo especial de legislación internacional es el poder reglamen-

tario propio de las organizaciones internacionales, a cuya esfera pertenecen instrumentos tales como las reglas de procedimiento de la CIJ - Estatuto CIJ art. 30- o el Reglamento de la Asamblea General, incluido lo referente al personal de la Secretaría General. - Carta de la O.N.U., - arts. 21 y 101, - que integran los derechos constitucionales de las organizaciones respectivas.

En cuanto a la legislación internacional en general es obvio que, no es igual en el plano internacional y en el interno en donde existe como fuente primera. La esencia de la legislación internacional es, sin embargo, la misma de la ley. Solo que no existe, de hecho, un órgano internacional competente para dictar una legislación general obligatoria para el conjunto de la sociedad internacional, tal como existe, en el plano nacional órganos competentes para dictar una legislación general obligatoria para el conjunto de la sociedad nacional. Pero desde un punto de vista jurídico nada impide que dicho órgano internacional exista; sólo que entonces estaríamos dejando la esfera del derecho internacional para entrar en un nuevo derecho "supra nacional", tal y como ocurre, en escala regional, con las comunidades europeas; entonces el grado de centralización del orden jurídico habría sobrepasado el límite para que el derecho internacional siguiera siendo tal.

Por lo que respecta a los actos unilaterales, hay que distinguir, los verdaderos de los aparentes. La adhesión a un tratado, las reservas al mismo, el acto de retirarse o la denuncia de un tratado, son actos en sí mismos unilaterales pero que se insertan en el contexto de un tratado,

en cuyo caso no son independientes de éste.

Los verdaderos con validez por sí mismos, independientemente de cualquier otro acto jurídico, son: La promesa, la protesta, la renuncia y el reconocimiento. Y por lo tanto, verdaderas fuentes del Derecho Internacional.

Las fuentes se pueden clasificar siguiendo dos binomios de criterios básicos: El general-particular y el obligatorio-auxiliar. Aun cuando el art. 38 del Estatuto de la CIJ únicamente menciona que las convenciones pueden ser generales o particulares, sin embargo, también pueden serlo la costumbre- el derecho del asilo -, la doctrina y la jurisprudencia - Jurisprudencia particular por su tendencia: Jurisprudencia Anglosajona, con raíces en el Commonlaw; continental, de inspiración romanonapoleonica, o Jurisprudencia particular por su materia: -de presas; de la corte de las comunidades europeas, -

De acuerdo con este binomio, las fuentes se clasifican de la siguiente manera:

GENERALES

Convenciones

Costumbre

Doctrina

Jurisprudencia

Legislación Internacional
(reglamentaria)

PARTICULARES

Convenciones

Costumbres

Doctrinas

Jurisprudencias (Por escuela jurídica, materia o tribunal)

Legislación Internacional

Principios generales del Derecho Acto Unilateral

Conforme al binomio Obligatorio-Auxiliar, las fuentes se clasifican

en:

OBLIGATORIAS

Convenciones

Costumbre

Principios Generales del Derecho

Legislación Internacional

Acto Unilateral

AUXILIARES

Jurisprudencia

Doctrina

Aún cuando algunos autores, como Rousseau, manifiestan que el art. 38 de la CIJ no establece una jerarquía entre las distintas fuentes, creemos que dicho artículo refleja adecuadamente la jerarquía de las fuentes según el derecho internacional contemporáneo. ⁽¹⁾ Efectivamente, -- cualquier tribunal, y no solo la CIJ, que deba juzgar una controversia -- entre Estados, procurará en primer lugar establecer las convenciones -- particulares o generales que rijan entre las partes y únicamente a falta -- de éstas que normas consuetudinarias las vinculan. Si no existen conven -- ciones y costumbres, se buscara la aplicación de algún principio general del derecho. De esta manera la costumbre queda como regla supletoria -- de la convención y los principios generales como regla supletoria a falta de tratados y costumbre. Con ésto no negamos que desde el punto de --

(1) Rousseau, Charles. - "Derecho Internacional Público", 3a. Ed. en español, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pág. 22.

vista de la evolución histórica del Derecho Internacional la costumbre sea la fuente original y más antigua del Derecho Internacional ya que existen una serie de instituciones relativas al mar, al comercio, a la guerra o a la función consular que se originaron antes de toda convención en la materia de los estados soberanos.

Las convenciones o tratados son, pues, la fuente más importante del Derecho Internacional; por lo anterior, es conveniente que estructuremos su concepto partiendo de la doctrina contemporánea y de la propia -- definición que da la convención de Viena. En esta estructura tendremos presente que:

" No existe una piedra de toque general para determinar lo que es un tratado. Todo depende del análisis del instrumento en -- cuestión, de si el objeto contemplado tiene significado jurídico, de si el lenguaje empleado indica una intención jurídica, y de -- si los firmantes han actuado de manera consecuente con la in -- tención de concertar un compromiso obligatorio y no llegar a -- una mera concordancia en un objetivo político ad live." (2)

He aquí algunas definiciones:

KELSEN:

"Un tratado es un acuerdo concertado normalmente por dos o más estados conforme al derecho Internacional general.

(...) Un acuerdo (agreement) es el acto de arribar a un - - entendimiento (accord), o la comprobación de una comuni - --

(2) O'Connell, D.P. "International Law", Londres, Stevenson & Sons, - 1965. T.I., pág. 223.

dad ya sea de opinión o de voluntad. (. . .) Un tratado es una manifestación de la voluntad emanada de dos o más estados. _
 (. . .) El orden jurídico nacional como el internacional otorga efectos jurídicos al acuerdo manifiesto de la voluntad de dos o más personas. Cuando es el orden jurídico nacional el que _ hace efectivo este acuerdo, hablamos de un contrato; cuando _ es el orden jurídico internacional hablamos de un tratado. ----
 (. . .) El tratado como el contrato, es una transacción jurídica por la cual las partes contratantes intentan establecer obligaciones y derechos recíprocos."⁽³⁾

HARVARD DRAFT (Art. 1)

" a) Un tratado es un instrumento formal según el cual dos o más estados establecen o procuran establecer una relación de derecho internacional entre ellos. (b) El término tratado no incluye un acuerdo efectuado por canje de notas. (c) El --- término tratado no incluye un instrumento en el que sea o -- pueda ser parte un sujeto que no sea un estado".⁽⁴⁾

ANZILOTTI

"... La expresión tratados, sin otra indicación, se emplea _ para designar, en general, los actos jurídicos internaciona-

(3) Kelsen, Hans, "Principios de Derecho Internacional Público", 1era. Ed. en Español, Buenos Aires, Editorial Librería -- "El Ateneo", 1965, págs. 271 y 272.

(4) Harvard Draft Convention on the law of treaties, suplemento de A.I.J. Vol. 22, No. 4 (1925) -- págs. 657-686 (1923)

cionales bilaterales".

"... Acto jurídico internacional bilateral: (. . .) el acuerdo de voluntades de dos o más estados a los que el derecho internacional atribuye efectos determinados"⁽⁵⁾.

OPPENHEIM-LAUTERPACHT:

"Los tratados internacionales son acuerdos de carácter contractual, entre Estados u organizaciones de Estados, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes"⁽⁶⁾.

ROUSSEAU:

"Cualquiera que sea su denominación, el tratado internacional se nos aparece como un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos"⁽⁷⁾.

MACNAIR:

"... Un acuerdo escrito por el cual dos o más estados u organizaciones internacionales crean o manifiestan la intención de crear una relación entre sí que se desenvuelve en la esfera del derecho internacional"⁽⁸⁾.

-
- (5) Anzilotti, Dionisio: "Curso del Derecho Internacional", Tomo I, Trad. española de la 3a. Ed. Italiana, Madrid, Editorial Reus, 1935, pág. 311.
- (6) Oppenheim, "International law" Ed. por H. Lauterpacht, 8a. Ed., Tomo I, Londres, Longmans, 1955/1960, pág. 877.
- (7) Rousseau, Charles: "Derecho Internacional Público", 3a. Ed. en español, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pág. 23.
- (8) Macnair, Lord. "The law of treaties", Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 4.

GUGGENHEIM:

" ... Un acuerdo internacional, consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea - su denominación particular..." (9)

SCHWARZENBERGER:

" Tratados son acuerdos entre sujetos del derecho internacional, creadores de obligaciones vinculantes en derecho internacional" (10)

PROYECTO BRIERLY (Art. 1o.)

"a) Un tratado es un acuerdo consignado por escrito entre dos o más estados u organizaciones internacionales que establece una relación de derecho internacional entre las partes del mismo.

b) Un tratado incluye un acuerdo efectuado por canje de notas.

c) El término tratado no incluye un acuerdo en el que sea o pueda ser parte una entidad que no sea un estado o una Organización Internacional" (11)

PROYECTO LAUTERPACHT (Art. 10)

"Los tratados son acuerdos entre estados, incluyendo organizaciones de estados, que tienen la intención de crear derechos -- y obligaciones jurídicas entre las partes". (12)

(9) Guggenheim, Paul "Traité de droit international public", 2a. Ed. Tomo I, Ginebra, 1967, pág. 114.

(10) Schwarzenberger, Georg: "A-Manual of International Law", 4a. Ed. Londres, Stevens - Nueva York, Praeger, 1960, T.I. pág. 26

(11) Yearbook ILC, 1950, II, 223

(12) Yearbook ILC, 1953, II, 90.

PROYECTO FITZMAURICE (Art. 2)

"1. Para los efectos de la aplicación del presente código, se entien-
de por tratado un acuerdo consignado en un instrumento formal úni-
co (sea cual fuere su nombre, título o denominación) concertado en
tre entidades que son todas ellas sujetos de derecho internacional
con personalidad internacional y capacidad para concertar tratados,
y destinado a crear derechos y obligaciones, o a establecer rela-
ciones, que se rigen por el derecho internacional. 2. Sin embar-
go, no habiendo ninguna regla general de derecho, que exija que
un determinado acuerdo internacional tenga la forma de tratado
propriadamente dicho, cualquier acuerdo internacional, que tenga
los mismos fines y que sea concertado entre cualesquiera de las
entidades antes mencionadas, puede consignarse en forma distin-
ta de la de tratado consignada en el párrafo anterior; en parti-
cular, puede figurar en más de un instrumento, como sucede
con el canje de notas, cartas o memorándums..."⁽¹³⁾

PROYECTO WALDOCK (Art. 1)

" A los efectos de los presentes artículos, las expresiones si-
guientes se entenderán en el sentido que a continuación se indica:

a) Se entiende por acuerdo internacional, todo acuerdo destina-
do a regirse por el derecho internacional y concluido entre dos

(13) Anuario CDI, 1956, II, 106.

o más estados u otros sujetos de derecho internacional dotados de personalidad internacional y con capacidad para celebrar tratados con arreglo a las normas que se establecen más adelante en el artículo 3. b) Se entiende por tratado, todo acuerdo internacional consignado por escrito en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, sea cual fuere su designación particular...⁽¹⁴⁾

PROYECTO C.D.I. 1962 (Art. I, ap. "A").

"Se entiende por tratado, todo acuerdo internacional consignado por escrito en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación (. . .) celebrado por dos o más estados u otros sujetos de derecho internacional y regido por el derecho internacional"⁽¹⁵⁾

PROYECTO C.D.I. 1965 (Art. 10. Par. I)

"Se entiende por tratado todo acuerdo internacional celebrado entre estados en forma escrita y regido por el derecho internacional, ya sea consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, sea cual fuere su denominación particular"⁽¹⁶⁾

CONVENCION DE VIENA 1969:

(Art. I)

(14) Anuario CDI, 1962, II, 35.

(15) Anuario CDI, 1962, II, 186.

(16) Annuaire CDI, 1965, II, 172.

" La presente convención se aplica a los tratados entre los estados"
 (Art. 2o., Ap. "A")

" Se entiende por tratado, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya _ conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos co-- nexos y cualquiera que sea su denominación particular"; ha-- (17) ciendo a un lado diferencias de mero énfasis o redacción, encon-- tramos que en las definiciones antes mencionadas existen las si-- guientes características comunes que integran nuestra definición de tratado:

- 1) Acuerdo de voluntades,
- 2) Entre estados u organizaciones internacionales (entre su-- jetos del Derecho Internacional),
- 3) Destinado a producir efectos jurídicos,
- 4) Regidos por el derecho internacional,
- 5) En un instrumento formal único o en varios instrumen-- tos conexos,
- 6) Cualquiera que sea su denominación,
- 7) Bajo forma escrita.

Salvo la referencia a otros sujetos del derecho internacional en _ general, o a las organizaciones internacionales, en particular así como a los efectos jurídicos, todas las demás características se _ encuentran en la definición de la Convención. Esta por consiguen-- te se adhiere al criterio contemporáneo y más generalizado en --

(17) Convención de Viena.

cuanto a la utilización del término tratado como el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, a los que se les denomina también convención, protocolo, pacto, convenio, arreglo, carta, declaración, acta, concordato, canje de notas, notas reversibles, minutas aprobadas, memorándum de acuerdo, modus vivendi, etc., a muchos de los cuales se les conoce en la práctica internacional como acuerdos en forma simplificada. Creemos que esta variedad de denominaciones es irrelevante para el derecho internacional, siempre y cuando el acuerdo produzca efectos jurídicos, puesto que la naturaleza jurídica de un instrumento nada tiene que ver con su designación, ya que aún cuando una declaración política expresara que carece de efecto obligatorio, puede, pese a ello, tenerlo. "En el derecho internacional... la presunción rectora es que el instrumento crea derechos y obligaciones jurídicas. (. . .) aunque las partes hayan tenido la intención de que un tratado signifique poco, no puede permitirse la presunción de que su intención es que no signifique nada y que el instrumento concluido bajo forma de tratado... no es un tratado". (18)

No obstante la irrelevancia de las denominaciones del tratado, la práctica internacional señala, algunas de ellas significados determinados:

El término Convención tiene un doble sentido, según se refiera al instrumento jurídico en sí mismo o a la norma jurídica establecida en dicho instrumento. Puede significar también un acto o procedimiento de--

(18) Year book ILC, 1954, II, 125 y Ss.

terminado o el producto jurídico de ese acto o procedimiento. Los términos carta de las Naciones Unidas, pacto de la Sociedad de las Naciones o del Atlántico, tienen un significado solemne; o bien técnico, como protocolo en sentido de documento anexo o aclaratorio; canje de notas -- acuerdo caracterizado por su procedimiento; concordato acuerdo entre la Santa Sede y los estados para regular la situación jurídica de la iglesia; modus vivendi arreglos provisionarios; compromiso acuerdo en que se especifica la materia y procedimiento de un juicio o arbitraje; pacto "de contrahendo" acuerdo para celebrar otro acuerdo; acuerdo de sede entre un estado y una organización internacional, en el que se fija el asiento territorial de esta última, se establece su estatuto jurídico en el país donde se instala, etc.; armisticio acuerdo militar. Las resoluciones o declaraciones son tratados únicamente si estatuyen derechos u obligaciones. El vocablo declaración puede tener los siguientes significados: acuerdo, si lleva la intención de producir efectos jurídicos bilaterales; declaración propiamente dicha, si expresa un punto de vista o una intención política; doctrina Monroe; declaración interpretativa, en relación con un tratado; y acto unilateral propiamente dicho, destinado a producir efectos jurídicos. La palabra "resolución" expresa en sentido específico, la voluntad de una organización internacional o una conferencia pero sin comprometer el consentimiento de los estados que la integran, aunque hayan votado favorablemente la resolución "declaración" sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, VII Conferencia Internacional Americana.

Las recomendaciones no son acuerdos internacionales, como tampoco lo son las actas o las declaraciones conjuntas emitidas con motivo de visitas oficiales, salvo que la intención de las partes les acuerde efectos jurídicos. "Las recomendaciones son resoluciones emitidas con la intención de no obligar a los destinatarios"... "debido a la estructura embrionaria del orden internacional... es natural que la forma normal de expresión... de la sociedad internacional, sea la recomendación, esto es, una manifestación de la voluntad de la mayoría que no necesariamente obliga a la minoría".⁽¹⁹⁾

De la anterior definición de tratado podemos concluir que cualquier clasificación que se haga de las mismas necesariamente atenderá a un problema de terminología mas que a un problema de naturaleza ya que, en sí mismo, el tratado es creador de derechos y obligaciones o no es realmente un tratado. Sin embargo, para fines metodológicos, sí es conveniente clasificar los convenios internacionales, nosotros señalaremos las más importantes:

- a) Atendiendo a la intención de los contratantes en cuanto a la participación (*affectum societatis*), los tratados se pueden clasificar en abiertos y cerrados. Los tratados abiertos prevén, en su propio articulado, la accesión, por firma o adhesión, de estados que no son los contratantes origina-

(19) Castañeda, Jorge "Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas", México, El Colegio de México, 1967, págs. 9/10.

les. Puede haber, por lo menos tres tipos:

- 1) **Tratados abiertos en escala mínima:** los candidatos a ser parte son designados explícita e implícitamente.

EXPLICITAMENTE: Los tratados bilaterales sobre libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay entre la Confederación Argentina y Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña -(San José de Flores, 10 de julio de 1953) admiten la adhesión de Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay (Art. 7° de los tres convenios); IMPLICITAMENTE: El acuerdo de pesca entre Argentina y Brasil del 29.12.1967 expresa, en su art. 4° "Este acuerdo queda abierto a la adhesión de cualquier otro Estado sudamericano del Atlántico Sur..." Es evidente que esta disposición solo puede designar al Uruguay.
- 2) **Abiertos en escala más amplia** siguen criterios de diversa motivación: geográfico, sociológico, étnico cultural, teleológico-ideológico, mixto. Geográfico: Carta de la OEA, Art. 2: "Son miembros de la Organización todos los Estados Americanos que ratifiquen la presente Carta". Carta de la OUA, Art. 2: "Esta Organización comprende los Estados africanos continentales, Madagascar y las demás islas vecinas de Africa; Sociológico: (étnico cultural): Pacto de la Liga Árabe, Art. 1° "La Liga de

los Estados Arabes se compone de los Estados independientes que han firmado el presente pacto. Todo Estado árabe independiente se puede adherir a la Liga".

Los Estados firmantes originales fueron Arabia Saudita, Egipto, Irak, Líbano, Siria, Transjordania, Yemen, a los que se han agregado Argelia, Kuwait, Libia, Marruecos, Somalia, Sudán, Túnez; Teleológico-Ideológico;

El Art. 10 del Tratado del Atlántico Norte: "Las partes pueden, por acuerdo unánime, invitar a acceder al tratado a cualquier otro Estado europeo susceptible de favorecer el desarrollo de los principios del presente tratado y de contribuir a la seguridad de la región del Atlántico Norte". El 22 de octubre de 1951 se incorporaron al Pacto Atlántico Turquía (Estado Europeo en muy pequeña proporción) y Grecia (no ribereña del Atlántico Norte-Italia, miembro original tampoco lo es-) lo que demuestra como el criterio teleológico-ideológico domina aquí ampliamente sobre la apariencia geográfica (incluido el nombre); Teleológico-Económico: El Art. 237 del Tratado de Roma expresa que "todo estado europeo puede solicitar llegar a ser miembro de la comunidad", pero la decisión es privativa del Consejo, que debe pronunciarse por unanimidad. De hecho se sabe cómo un miembro de la CEE

(Francia) impidió con su voto durante mucho tiempo el ingreso del Reino Unido; Mixto: El sistema de la OEA requiere, además de la pertenencia al continente americano, una identidad de fines (Arts. 2 y 3 de la Carta, sobre propósitos y principios) y modo de conducta (Arts. 23 a 28, sobre solución pacífica de controversias y seguridad colectiva).

- 3) Abiertos sin limitaciones a todos los estados que deseen acceder a ellos (principio de la universalidad de participación).

En cuanto a los tratados cerrados se celebran exclusivamente entre los contratantes y no contienen cláusula que prevea la adhesión de nuevos miembros. Tales son en principio, los tratados bilaterales aún cuando no es imposible, por raro que sea, que puedan convertirse en multilaterales si otros estados piden y obtienen ser admitidos en el tratado sobre todo cuando los estados son vecinos y la materia de interés común (aduanas, tráfico fluvial, carreteras, etc.)

- b) Según el Art. 38 del estatuto de la "C. I. J." las convenciones (tratados) pueden ser Generales o Particulares.

Sobre esta clasificación hay muchos criterios. Unos autores identifican el tratado bilateral con el particular y el multilateral con el general.

Desde nuestro punto de vista hay dos criterios para apreciar la "Generalidad" de un tratado: Uno, cuantitativo,

según el cual sólo con verdaderamente generales los tratados que vinculen o pretendan vincular a todos los estados sin --- excepción. El otro cualitativo, que aprecia la generalidad _ del tratado por la índole de su materia. Por lo contrario, _ un tratado es particular cuando la parte dispositiva del mismo, objeto del tratado, es de interés inmediato para los estados contratantes y mediatamente para la comunidad internacional; además los contratantes son dos o un número pequeño de Estados. Frecuentemente se quiere equiparar el término bilateral con el término particular y el término _ general con el término multilateral. Efectivamente todo _ tratado bilateral es particular pero no viceversa, pues hay tratados como los que instituyen la C.E.E. o la ALALC - que son estrictamente particular y que son multilaterales _ y no bilaterales. Por lo mismo no hay adecuación entre el concepto de multilateralidad y generalidad. Por ejemplo _ La Carta de la OEA por haberse adherido a la misma los _ Estados del Continente Americano es multilateral, sin em _ bargo atendiendo a su exigencia de requisitos geográficos y teleológico-ideológico definidos, es un tratado particu- lar.

- c) Atendiendo a la función jurídica que persiguen los tratados, los podemos clasificar en "tratados-contrato" y "tratados-ley". Los Tratados-Contrato como los tratados de alianza,

de comercio, de límites, de cesión territorial, etc), son actos de carácter subjetivo que engendran prestaciones recíprocas a cargo de los estados contratantes, cada uno de los cuales persigue objetivos diferentes.

En cambio, los tratados normativos (o tratados-ley) tienen -- por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tienen idéntico contenido. (20)

Es sin duda Kelsen quien asesta a la presente teoría, críticas demolidoras e irrefutables: "Es usual distinguir entre tratados creadores de derecho y otros que no lo crean. Esta distinción está basada en el concepto que algunos tratados se concluyen con el propósito de establecer normas de conducta entre los estados, es decir, con el propósito de crear derecho, mientras que otros tratados se concluyen para otros propósitos. Sin embargo, esta distinción es incorrecta ya que el derecho en general, y el derecho convencional en particular, es un medio para un fin, no un fin en sí mismo. La función esencial de cualquier tratado es la de crear derecho, es decir, crear una norma jurídica, ya sea una norma general o individual. Cuando los estados buscan por medio de un tratado cualquier propósito, político o económico, éste se realiza en una forma jurídica; y cualquier tratado llamado normativo, tiene un propósito político o económico. De ahí que una clasificación desde el punto de vista del Derecho Internacional, debe

(20) Rousseau Charles, "Derecho internacional público", 3a. Ed. en español, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pág. 26.

distinguir entre los diferentes tratados creadores de derecho y no debe _
diferenciar entre tratados creadores de derecho y tratados para otros --
propósitos. Hay en verdad una diferencia importante entre los tratados _
concluidos por muchos estados -tratados multilaterales- por los cuales se
crean las normas generales, regulando la conducta mutua de los estados
contratantes, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones o la Carta de
las Naciones Unidas, y los tratados concluidos por solamente dos esta--
dos -tratados bilaterales- por los cuales se crea una norma individual, _
estableciendo solamente una obligación de un estado y un derecho del --
otro estado, como por ejemplo, un tratado de cesión. Los llamados _
tratados creadores de derecho son tratados que crean normas generales,
mientras que los otros son creadores de derecho a través de normas in-
dividuales". (21)

Después de haber obtenido el concepto de tratado y de haber ana-
lizado algunas de las clasificaciones del mismo, pasaremos a conside-
rar el derecho de los tratados hasta antes de la Convención de Viena. _
Las normas que integran "el Derecho de los Tratados" hasta antes de _
la Convención de Viena y que incluyen las que rigen la celebración, el
funcionamiento y la terminación de los tratados, así como su validez,
tienen diversas fuentes que estudiaremos a continuación. Desde un _
punto de vista histórico, la fuente primigenia es la "costumbre", de-
recho consuetudinario; posteriormente, el comentario y la interpreta-
ción de esa costumbre, que origina "doctrinas" (Siglo XVII en adelante).

(21) Kelsen, Hans "Principios de Derecho Internacional Público", 1a.
Ed. en español, Buenos Aires, Editorial Librería "El Ateneo",
1965, págs. 273 y 274.

El siglo XX trae abundante material "jurisprudencial" además de la primera y única convención sobre el Derecho de los Tratados: La Convención de La Habana sobre tratados.

Hasta la aparición de los primeros tratados colectivos creadores de normas generales sobre la celebración, funcionamiento, terminación y validez de los tratados, la creación de dichas normas tuvo su origen en la costumbre y en los principios generales. Así pues, la práctica repetida, convertida en costumbre, está en el origen de la gran mayoría de las normas relativas al Derecho de los Tratados, particularmente en todo lo que se refiere a su "conclusión", sea por los procedimientos tradicionales negociación, firma, ratificación, adhesión, sea por los modernos acuerdos en forma simplificada: Convenios que no requieren ratificación, canjes de notas, acuerdos administrativos o ejecutivos y su extinción fin del plazo, denuncia, retiro, nulidad por vicios del consentimiento; pero también en cuanto a su objeto, licitud o ilicitud; sus efectos entre las partes o con respecto a terceros estados; sus limitaciones teoría de las reservas; etc... Como reflejo y prueba de esa costumbre existen numerosos casos jurisprudenciales en el interior de cada estado. La jurisprudencia interna aún cuando no es fuente del Derecho Internacional sin embargo es un elemento importante y ponderable para la determinación el reconocimiento de la costumbre internacional y la aplicación de los principios generales del derecho. "Aunque los tribunales no son órganos del Estado para expresar de manera obligatoria sus opiniones en cuestiones exte

riores, son, sin embargo, órganos del estado que dan, como regla general, la expresión imparcial de lo que creen que es el derecho internacional". (22)

La doctrina, por su parte, también ha hecho notables aportes al -- derecho de los tratados tanto bajo la forma de obras especializadas como _ por los trabajos encaminados a la codificación.

Una bibliografía por demás exhaustiva, de obras especializadas en _ esta rama del derecho internacional, hasta el año de 1935, se encuentra _ en la publicación del "Proyecto Harvard- Harvard Draft", en el American (23) Journal of International Law.

Estas obras doctrinarias, principalmente las de Bittner, Macnair y Rousseau, cumplieron una extraordinaria labor como exposición del derecho consuetudinario vigente, investigación de jurisprudencia y casos, _ y expresión de su propia "Opinio Juris" en los temas controvertidos.

Entre las obras y trabajos encaminados a la codificación se destacan notablemente el "Proyecto Harvard- Harvard Draft", los informes de los Relatores de la C.D.I. y los informes de este cuerpo en su con-- junto. Estos trabajos preparatorios o proyectos de código tienen im-- portancia en sí mismos en tanto que son labor precursora de toda co-- dificación.

Otra fuente importante es sin duda alguna, la política del poder. Desde que hubo tratados o contratos -pactos- la moral, la razón huma na o el derecho natural impusieron que ellos debían ser cumplidos. En

(22) Oppenheim, L. "International Law", Ed. por H. Lauterpacht, 8a. Ed., Tomo I, Londres, Longmans, 1965/1960, pág. 32.

(23) Harvard Draft Convention on the law of treaties, suplemento de AJIL, Vol. 29, No. 4 (1935) págs. 671/685.

la esfera del derecho natural romano se corporizó la norma *pacta sunt servanda*, transmitida luego al derecho natural cristiano escolástico-medieval; convertida más tarde en norma del derecho internacional consuetudinario; y aceptada, ya en nuestros días, como norma fundamental de todo el derecho de los tratados.

Esto no quita que desde que hubo pactos, muchos hayan sido violados, generando la consiguiente responsabilidad; la reparación efectiva del acto ilícito dependió, por lo común, de la fuerza efectiva que tuviera el damnificado para obtenerla. Pero la violación de los tratados -acto ilícito de por sí- no originó derecho -"ex injuria jus non oritur"- sino una reacción para restablecer la situación anterior por medio de sanciones.

El aporte notable de la política -política de poder- en el campo del derecho de los tratados consistió en la búsqueda de una justificación para no cumplir el tratado; en el esfuerzo por legitimar su incumplimiento; lo que de alguna manera fue homenaje a la regla "*pacta sunt servanda*".

"Es, sobre todo, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, la que, durante todo el período moderno, rinde, puede decirse, servicios inestimables a quienquiera que desee, sea en la teoría o en la práctica, sustraerse a las consecuencias demasiado absolutas del principio fundamental de la inviolabilidad de los tratados".⁽²⁴⁾

(24) De Taube Michel, "L' inviolabilité des traités, RDC, 1930 -- II, No. 32, pág. 359.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el problema de la caducidad por "cambio de las circunstancias" de las obligaciones contraídas, se encuentra ya en Santo Tomás, quien, examinando las excepciones al principio indiscutido de la observancia debida, estima que una de ellas puede darse cuando el consentimiento fue prestado bajo la condición implícita de la existencia de ciertas circunstancias, y resulta que éstas -- cambian o desaparecen. (25) La doctrina fue aplicada al derecho civil por los postglosadores del siglo XIV, de donde pasó al derecho internacional; Grocio la consideró para refutarla, y Vattel, para afirmarla. En el derecho interno -civil, comercial y administrativo- tomó la forma de teorías de la "imprevisión", "derecho de conservación" o de "necesidad", y se discutió si se trataba de una mera regla interpretativa o de una verdadera "cláusula" tácita.

Pero, cualquiera que sea su formulación y valor jurídico, es innegable que la "cláusula" irrumpe en el derecho internacional a impulso de la más cruda política de poder, a compás del crecimiento y auge de las teorías de la soberanía estatal absoluta y del voluntarismo jurídico puro.

Por lo que respecta a la jurisprudencia como fuente del derecho de los tratados, es conveniente señalar que al hablar de ella nos referimos a las decisiones judiciales o arbitrales en conjunto, es decir, en cuanto fuente general y auxiliar del derecho internacional, porque

(25) Aquino, Tomás, "Summa Theologica", II - 2a. Questio 110, V. Taube 360/361.

se forma por la suma de decisiones en casos concretos, actos creadores de normas individuales, fuente particular y obligatoria. Muchas de estas decisiones, de una manera directa o indirecta, principal o accesoria, han versado sobre el derecho de los tratados. Es auxiliar, ya que no se puede exigir el acatamiento obligatorio de los fallos pronunciados anteriormente. En el marco jurídico de la CIJ y de su antecesora la CPJI, los fallos no son obligatorios sino para las partes en juicio-Art. 59, Estatuto CIJ,- es decir para el caso concreto, y no son tampoco obligatorias para la propia corte, salvo con respecto a las mismas partes y en un mismo juicio.

Sin embargo, nada impide a la corte considerarlos como si lo fuesen, tratándose de normas particulares que ella misma ha dictado como expresión autorizada del derecho internacional positivo vigente, y de hecho acata su propia jurisprudencia y la de su antecesora la CPJI, siendo frecuente la cita de los precedentes.

La Convención de La Habana sobre tratados -VI Conferencia Internacional, 1928- es el único instrumento hasta la Convención de Viena en que se establecieron por escrito normas o principios sobre el derecho de los tratados. Algunos de estos principios perduran hasta la fecha al incluirse en la Convención de Viena. Para justipreciar este aporte de América al derecho de gentes, referiremos cada uno de los "principios" al artículo que le corresponde en la Convención de Viena. He aquí los principios:

- La competencia para celebrar tratados corresponde al Derecho Interno de los estados (Art. 1) (Conv. de Viena: --- Arts. 2, 7 y 46)
- Es condición esencial la forma escrita (Art. 2) (Viena: _ Art. 2 (a).)
- Los tratados deben ser publicados luego de vigentes, pero la omisión no afecta su vigencia (Art. 4)
- Los tratados no son obligatorios sino después de ratificados, aunque ello no sea exigido por el propio tratado. _ (Art. 5) (Viena: Arts. 11 a 14)
- Las reservas deben ser aceptadas, explícita o implícitamente; ellas sólo afectan a la cláusula pertinente, y no al conjunto del tratado (Art. 6) (Viena: Arts. 20 y 21)
- La falta de ratificación y las reservas son actos privativos de la soberanía nacional (Art. 7) (Viena: Arts. 14 y 19)
- Las cláusulas que afecten a un tercer estado dependen _ de la voluntad de éste (Art. 9) (Viena: Arts. 34 a 36)
- Ningún estado puede eximirse de cumplir un tratado o _ modificarlo sin el acuerdo de los demás contratantes _ (Art. 10) (Viena: Arts. 26, 39 a 41, 61, 62, 65 y 66)
- La ejecución de un tratado puede ser garantizada por -- terceros estados (Art. 13)

- Los tratados terminan por cumplimiento, vencimiento de plazo, condición resolutoria, acuerdo común, renuncia del beneficiario, denuncia lícita, imposibilidad de ejecución - (Art. 14)(Viena: Arts. 54 56 y 61)
- Los tratados terminan si las causas que le dieron origen han desaparecido (Art. 15)(Viena: Art. 62)
- Los tratados no pueden ser denunciados sino por las causas previstas en ellos; a falta de estipulación prevalece la voluntad del estado, previo cumplimiento de buena fe. (Art. 17)(Viena: Arts. 54 y 56)
- Libre adhesión al tratado, salvo oposición de alguna parte (Art. 19)(Viena: Art. 15).

ANALISIS DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO
DE TRATADOS

1. ANTECEDENTES.

"En cualquier rama del derecho interno, codificar es la tarea consistente en la reducción a unidad sistemática de las normas que comprende aquella rama jurídica, a la vez que en la elaboración de reglas nuevas y la modificación de las existentes con un criterio político y jurídico también unitario. Es, por consiguiente, algo más que la ordenación sistemática o cronológica de reglas jurídicas de los más variados orígenes y ---⁽²⁶⁾ tiempos, que es en lo que consisten las compilaciones o recopilaciones"

Por lo tanto, el código es un cuerpo orgánico y sistemático de leyes, relativas a una rama del derecho. Su propósito general es sustituir la costumbre por la ley escrita; sustituir una pluralidad de leyes y costumbres por una ley única; unificar el derecho.

La codificación es un proceso de centralización jurídica que suele preceder, acompañar o seguir a uno de centralización política. La historia del derecho romano termina con las grandes codificaciones de Justiniano, íntimamente relacionadas con la organización política del Imperio Romano de Oriente, centralizada al máximo y burocrática. El movi

(26) Miaja de la Muela, Adolfo: "Introducción al Derecho Internacional Público, 3a. Ed., Madrid, Atlas, 1960, pág. 161.

miento codificador del derecho occidental), que comienza a mediados del siglo XVIII, no solo es expresión de una necesidad jurídica, sino que integra el conjunto de ideas filosófico-políticas racionalistas e individualistas que se desarrollan con la ilustración y la enciclopedia, y culminan con la Revolución Francesa. De acuerdo con esta concepción se considera al derecho como hechura de la razón humana, como producto de la labor de los jurisconsultos. En consecuencia, surgía la necesidad de dictar códigos completos y sistemáticos, capaces de proporcionar solución a todas las interferencias posibles entre los hombres.

Federico Carlos Von Savigny, jefe de la Escuela Histórica, reaccionó en contra afirmando que el derecho, como el lenguaje, es un producto de la Historia, elaborado por la conciencia popular, que evoluciona y se transforma incesantemente, y que la codificación era inconveniente por cuanto presentaba el peligro de fijar excesivamente el derecho, paralizando su desarrollo al ahogar sus fuentes naturales dentro de moldes rígidos. No creía Savigny que la sola razón humana pudiera improvisar códigos claros y completos, concibiendo la codificación apenas como una formulación ordenada del derecho vigente, que debía ser completada con una "organización progresiva de la ciencia del derecho".

Tal movimiento jurídico-político no podía menos que incidir sobre el derecho internacional, conjunto heterogéneo de costumbres, tratados y doctrinas -recuérdese que hacia 1800 se daba un valor casi inapelable a las doctrinas, principalmente Vattel-. De los tres propósitos fundamentales de toda clasificación, han predominado en el campo del

derecho internacional los dos primeros: sustituir la costumbre por el derecho escrito y sustituir una pluralidad de leyes -tratados- y costumbres por una ley única. Pero es evidente que estos dos propósitos coadyuvan el tercero -unificar el derecho- y que este movimiento jurídico unificador coincide cronológicamente con intentos de unificación política del mundo, es igualmente innegable.

El primer movimiento codificador del Derecho Internacional se desarrolló estrictamente en la esfera científica o doctrinaria, proveniente de individuos o de sociedades; La idea de una codificación del "Derecho de las Naciones" surgió a fines del siglo XVIII con Bentham. Después, la Convención Francesa decidió emitir una declaración de los derechos del hombre, cuya redacción confió al abate Gregoire, quien la produjo en Francia en 1795, pero no fue aceptada. (27)

Según Guggenheim los más famosos ensayos individuales han sido los de Bluntschli: "le Droit International codifié"; Dudley Field: "Draft out Lines of International Law", 1872; Fiore: "Il Diritto Internazionale codificato, 1890; Stockton: "The Law and Usages of War at Sea. A Naval war code, 1900; Pessoa: "Projeto de Código de Direito Internacional Público, 1911". Estos manuales, redactados en forma de código, contienen numerosos postulados que no corresponden al contenido del derecho positivo y que son la expresión del derecho natural progresista". (28)

(27) Oppenheim, L. "International Law", ed. por H. Lauterpacht, 8 Ed., Tomo I, Londres, Longmans, 1955/1960, págs. 57/58.

(28) Guggenheim, Paul: "Traité de droit International Public", 2a. Ed., Tomo I, Ginebra, 1967, pág. 319.

En cuanto a sociedades científicas, los ensayos del Institut de Droit International: "Manual de las Leyes de la Guerra Terrestre", Oxford 1880 y "Manual de las Leyes de la Guerra Marítima", Oxford 1913; International Law Association, "Proyecto sobre Aeronavegación", Madrid, 1913; Instituto Americano de Derecho Internacional, "Recomendaciones sobre Neutralidad Marítima", La Habana, 1917; Facultad de Derecho de Harvard --- "Harvard Research International Law". Este estudio es importante ya que incluye proyectos sobre nacionalidad, responsabilidad de los estados, --- aguas territoriales, privilegios e inmunidades diplomáticas, funciones -- consulares, jurisdicción sobre estados extranjeros, piratería, extradit-- (29) ción, jurisdicción criminal y tratados.

En el terreno intergubernamental, la declaración sobre la guerra marítima de París (1856) y los convenios sobre guerra terrestre y marítima de la Haya (1899 y 1907), fueron grandes codificaciones del derecho (30) de guerra del momento, aunque no suele contárseles como tal.

Ha correspondido a América un papel de conductor en la mate-- ría: Trabajos de la comisión internacional de jurisconsultos ameri-- canos, Rio de Janeiro, 1912 y 1927: Comisiones Permanentes de codifi cación para el derecho internacional Público, Privado y Legislación _ Uniforme, 6a. Conferencia Interamericana, La Habana 1928; Comité

(29) Guggenheim, 320.

(30) Oppenheim, 58/60.

de expertos de Washington, 7a. Comisión Interamericana, Montevideo, -- 1933; Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, 8a. Conferencia Interamericana, Lima, 1938 y muy especialmente del Comité Jurídico Interamericano, 3a. Reunión de Consulta de Cancilleres Americanos, --- 1942 y Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Carta de la O. E. A., -- Arts. 67 a 72, 8a. Conferencia Interamericana, Bogotá, 1948. (31)

Aunque el Pacto de la Sociedad de las Naciones no contenía ninguna disposición relativa a la codificación del derecho internacional, existía ya conciencia de que esta labor le correspondía de alguna manera, de que había una estrecha relación entre organización de la comunidad internacional y Codificación del derecho internacional. El Comité de Juristas de La Haya que elaboró el estatuto de la C. P. J. I. -1920-, se manifestó a favor de la codificación, y la 5a. Asamblea de la Sociedad instituyó una comisión de expertos para la codificación sistemática y progresiva del derecho internacional, encargada de determinar las materias aptas para ser consideradas a tal efecto. La 8a. asamblea convocó una gran conferencia con tal objeto, sobre tres temas: Nacionalidad, Aguas Territoriales y Responsabilidad de los Estados, que se reunió en marzo de 1930 en La Haya y a la que asistieron 47 estados. Solo en el primer tema llegó la conferencia a algún resultado -Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad, firmada por 31 estados-. Pero en la otras dos el desacuerdo fue total. Se llegó a la conclusión de que la reunión no había sido bien preparada,

(31) Míaja de la Muela, 168/170.

por cuanto tanto los temas elegidos como su tratamiento tenfan connotaciones políticas que la conferencia no habfa estado en condiciones de supe--
(32)
rar.

La carta de las Naciones Unidas, al contrario que el pacto, determina en su Art. 13 que:

"1. La Asamblea general promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

- a) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el derecho progresivo del derecho internacional y su codificación".

Para tal efecto la asamblea general creó en 1947 el órgano llamado Comisión de derecho internacional, "Con objeto de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación: (Estatuto C.D.I. Art. 1). La definición de ambos conceptos esta dada en el Art. 15 de dicho estatuto:

"En los artículos siguientes la expresión "desarrollo progresivo del derecho internacional" se emplea, convencionalmente (for convenience), para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional, o respecto de los cuales los estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas. Así mismo, la expresión "Codificación del Derecho Internacional" se emplea, convencio

nalmente, para designar la formulación más precisa y la sistematización de las normas de Derecho Internacional en materias en las que ya existe amplia práctica de los estados, así como precedentes y doctrina".

Además, en los Art. 16 al 24 del mismo estatuto, se establece un procedimiento distinto para el tratamiento de ambos temas. Esta distinción parece tener su fundamento en varios elementos; distinción entre --- Lex Lata y Lex Ferenda; naturaleza distinta de la función codificadora - - y de la del desarrollo progresivo; distinción entre codificación convencio - - nal y científico-declarativa; el desarrollo progresivo debe decidirse prin - - cipalmente por factores políticos (la Asamblea General propone el tema de la C.D.I.) en tanto que la codificación debe serlo por razones científicas - - (la C.D.I. selecciona los temas). Sin embargo, de hecho no ha funciona - - do la distinción entre ambas materias. En efecto, no solo la C.D.I. ha - - unificado ambos métodos de trabajo, sino que ha reconocido, en cuanto al fondo, que en muchos casos es imposible distinguir entre ambos. Así, - - a propósito del derecho de tratados dice: "La labor de la comisión sobre el derecho de los tratados corresponde a la vez a la codificación y al de - - sarrollo progresivo del derecho internacional, en el sentido que da a es - - tas nociones el art. 15 del estatuto de la Comisión y, como en varios - - proyectos anteriores, no se puede determinar a que categoría pertenece - - cada disposición. Sin embargo, en algunos de los comentarios se indica - - que se trata de nuevas normas que se presentan a la consideración de la Asamblea General y de los gobiernos. (33)

(33) Informe de la C.D.I. de 1966, Párrafo 35,

Para un conocimiento adecuado de la naturaleza de la codificación en el campo internacional no hay que pasar por alto su carácter "diplomático" ó "intergubernamental" ya que en él reside su importancia pero también sus límites. La codificación y el desarrollo progresivo resultan de una colaboración entre cuerpos científicos y cuerpos políticos. Las Naciones Unidas no son ni pretenden ser, - un centro de investigación científico del derecho, sino que aspiran a la armonización, en la medida de lo posible de las aspiraciones y necesidades de los estados por una parte, y de la comunidad internacional organizada, por otra, para contribuir, por medio del derecho, al mantenimiento de la paz y seguridad, su fin primordial.

Las Naciones Unidas deben ser juzgadas, pues, a la luz de su verdadera naturaleza y propósitos y no desde un ideal de perfección científica. La ciencia está ausente de ella, pero se somete a la voluntad de los estados, moldeándose a la realidad de la vida internacional.

Ya dentro de nuestra rama de estudio - "El Derecho de los Tratados" la codificación se ha desarrollado dentro del ámbito del derecho doctrinario. Así, encontramos que la mayor parte de los autores de -- obras de codificación general anteriormente citados dedicaron una parte al derecho de los tratados: Bluntschli le dedicó del artículo 402 al 461; Dudley del artículo 188 al 204; Fiore del artículo 744 al 918; -- Peçsoa del artículo 197 al 221. Otros documentos sin duda muy -- importantes, son el proyecto de la Facultad de Derecho de Harvard --

(1935) y el proyecto de convención sobre los tratados de la Comisión de --
Jurisconsultos Americanos (1924). Este último, además, de relevancia --
por ser antecedente inmediato de la Convención de La Habana sobre trata--
dos.

Como instrumento del Derecho Positivo que concretó una codifi--
cación en la materia, de alcance regional, encontramos la convención so--
bre los tratados aprobada en la 6a. Conferencia Interamericana celebra--
da en La Habana, Cuba, en 1928. Esta Convención tuvo su origen en el --
proyecto de Código de derecho internacional de Epitacio Pessoa, y el --
proyecto de convención sobre los tratados del Instituto Americano de De--
recho Internacional, del año de 1924. Pese al notable esfuerzo y pro--
greso que significó esta convención suscrita por veinte estados ameri--
canos -todos los que integraban entonces el sistema, menos El Salva--
dor-, sólo la ratificaron ocho -Brasil, Ecuador, Haití, Honduras, Ni--
caragua, Panamá, Perú y República Dominicana-.

El antecedente inmediato y más importante de la Conferencia de
Viena lo integran los informes y documentos sobre los tratados de la --
Comisión de Derecho Internacional. Esta comisión fue creada por la --
asamblea general de las Naciones Unidas mediante la resolución 174 --
(II) (21. II. 1947). Este órgano estuvo compuesto por 15 miembros elegi--
dos entre "personas de competencia reconocida en derecho internacio--
nal" (Est. CDI, art. 2). En 1956 la resolución 1103 (XI) elevó el núme--
ro a 21, que en 1961 fue aumentado a 25 por resolución 1647 (XVI). --
Los miembros son elegidos por cinco años (Id., art. 10) por la asam

blea general (Id., art. 3): No representan a sus estados de origen, sino que deben "Reunir individualmente las condiciones requeridas" y debe asegurarse "que en conjunto esten representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (Id., art. 8 y 9). Su sede permanente está en Ginebra.

En el primer período de sesiones, en el año de 1949 la C.D.I. incluyó entre las materias aptas para ser tratadas, el derecho relativo a los tratados. Se designó relator especial del tema al jurista británico J. L. Brierly quien produjo cuatro informes, tres sobre los tratados en general, y uno especial sobre las reservas en los tratados multilaterales.⁽³⁴⁾

En el año de 1952 Brierly renunció a la C.D.I., designándose en su lugar a H. Lauterpecht quien lo sucedió como relator especial. Esta elección fue significativa en el sentido de que se mantuvo una continuidad de línea británica en la persona del relator. Después de producir dos informes Sir Hersch Lauterpacht renunció a la C.D.I. por haber sido elegido juez de la C.I.J. en el año de 1954, sucediéndolo en la relatoria Sir Gerald Fitzmaurice.⁽³⁵⁾ Este elaboró 5 informes del año de 1956 al de 1960 en que renunció. Fitzmaurice, aún cuando tuvo en cuenta la labor de sus predecesores, trabajó de una manera distinta, abandonando la forma articulada y sustituyéndola

(34) Yearbook IIC, 1950, II; 1951, II; 1952, II.

(35) Yearbook IIC, 1953, II; 1954, II.

por largas exposiciones sobre cada tema. En 1959 la C. D. I. aprobó catorce artículos con sus respectivos comentarios. (36)

De nuevo se produjo un cambio en 1960 al abandonar Fitzmaurice la C. D. I. por haber sido elegido juez de la C. I. J. En su lugar se designó a Sir Humphrey Waldock quien volvió al sistema de los primeros relatores, es decir, abandonó las largas exposiciones sobre cada tema escogiendo la forma articulada como la más apta para ser llevada a una convención. (37)

Waldock elaboró seis informes sucesivos y parciales que abarcan toda la materia, sobre cuya base la C. D. I. fue aprobando sucesivamente proyectos parciales de artículos, hasta que en 1966 aprobó el proyecto definitivo, compuesto de 75 artículos divididos en siete partes: Introducción; celebración y entrada en vigor; observancia, aplicación e interpretación; enmienda y modificación; nulidad; terminación y suspensión de la aplicación; disposiciones diversas: Depositarios, notificaciones, correcciones y registros. (38)

No obstante la importancia de los proyectos del Relator, la CDI les dió diferente forma, aún más articulada -sin perjuicio de otras modificaciones- en cuya tarea se destacó el jurista italiano Roberto Ago, futuro presidente de la Conferencia.

La Comisión de Derecho Internacional, en su reunión 892 de fecha 18 de julio de 1966, decidió recomendar a la Asamblea General la convo-

(36) Anuario CDI, 1956, II; 1957, II; 1958, II; 1959, II; 1960, II.

(37) Anuario CDI, 1961, II.

(38) Anuario CDI, 1962, II; 1963, II; 1964, II; 1965, II; 1966, II.

catoria de una conferencia Internacional de Plenipotenciarios para redactar una Convención sobre el tema, sobre la base del proyecto de la C. D. I., lo que aquella aceptó por resolución 2166 (XXI) de fecha 5 de diciembre de 1966: A la Conferencia debían ser invitados los estados miembros de las Naciones Unidas y de los Organismos especializados, los Estados partes en el estatuto de la C. I. J. y los que la asamblea general decidiese invitar especialmente.

Las Naciones Unidas aceptaron el ofrecimiento del gobierno de Austria de su capital como sede. Dada la magnitud de la tarea a emprender se decidió que la conferencia se celebrase en dos periodos de sesiones separadas, en 1968 y 1969, respectivamente. Cronológicamente el primer periodo de sesiones tuvo lugar el 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, durante el cual solo trabajaron la comisión plenaria y el comité de redacción. Estos órganos aprobaron todo el proyecto con excepción de lo relacionado con los "tratados" multilaterales generales", y los "tratados multilaterales restringidos".

El segundo periodo se realizó del 9 de abril al 22 de mayo de 1969. En primer lugar, la comisión plenaria terminó con los artículos pendientes y con su cometido; el 26 de abril comenzó su segunda revisión el comité de redacción; el 28 de abril se reunió el pleno de la conferencia y ambos órganos trabajaron juntos hasta el final.

La Convención de Viena, apegada fielmente al proyecto de la C. D. I. consta de un preámbulo, 85 artículos y un anexo. Los artículos están agrupados en 8 partes.

He aquí su esquema general:

_____ Preámbulo

_____ Parte I

Introducción (arts. 1 a 5)

_____ Parte II

Celebración y entrada en vigor de los tratados

Sección 1. Celebración de los tratados (arts. 6 a 18)

Sección 2. Reservas (arts. 19 a 23)

Sección 3. Entrada en vigor y aplicación provisional de los tratados (arts. 24 y 25)

_____ Parte III

Observancia y aplicación e interpretación de los tratados.

Sección 1. Observancia de los tratados (arts. 26 y 27)

Sección 2. Aplicación de los tratados (arts. 28 a 30)

Sección 3. Interpretación de los tratados (arts. 31 a 33)

Sección 4. Los tratados y los terceros estados, (arts. 34 a 38)

_____ Parte IV

Enmienda y modificación de los tratados (arts. 39 a 41)

_____ Parte V

Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

Sección 1. Disposiciones generales (arts. 42 a 45)

Sección 2. Nulidad de los tratados (arts. 46 a 53)

Sección 3. Terminación de los tratados y suspensión

Sección 4. Procedimiento (arts. 54 a 64)

Sección 5. Consecuencias de la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado (arts. 69 a 72)

_____ Parte VI

Disposiciones diversas (arts. 73 a 75)

_____ Parte VII

Depositarios, Nulificaciones, Correcciones y
Registro (arts. 76 a 80)

_____ Parte VIII

Disposiciones finales (arts. 81 a 85)

_____ Anexo.

CAPITULO III

IDEA Y EVOLUCION DEL JUS COGENS

Sin lugar a duda , el tema del "Jus Cogens" fue uno de los puntos mas controvertidos de la Convención de Viena. Por una parte el Derecho Internacional contemporáneo fue prácticamente unánime en el reconocimiento de la existencia de normas con características del Jus Cogens -- sólo la delegación de Turquía negó su existencia- pero al mismo tiempo la determinación del contenido de las normas del Jus Cogens y su enunciado, son discutibles, pues no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga dicho carácter. Por lo anterior en los debates de la conferencia unos delegados calificaron los artículos del Jus Cogens de Codificación de Normas existentes, en tanto que otros vieron en él la mas típica manifestación del DESARROLLO PROGRESIVO.

Lo que es cierto, es que al haber introducido la CDI una norma sobre el Jus Cogens en el proyecto de codificación sobre el derecho de los tratados, realmente estaba poniendo en el tapete de las discusiones la soberanía absoluta de la voluntad de los estados, o dicho de otra manera, ¿Pueden los estados, en virtud de la autonomía de su voluntad, celebrar cualquier tratado, o existe alguna limitación a ello?

El artículo 53 de la Convención de Viena, es el cúlmen de _

una idea que ha persistido a través de los años y de las escuelas desde el nacimiento del derecho internacional: la noción de un derecho imperativo y necesario, superior a la voluntad de los estados. Efectivamente, al adentrarse en la historia del derecho internacional, se corroborará que la antigua idea de un derecho imperativo, necesario y absolutamente -- obligatorio de fundamentos jusnaturalistas o al menos íntimamente ligada con éstos, fue perdiendo fuerza y valor, quedando de ella un pequeño núcleo nada desdeñable: La exigencia de licitud en cuanto al objeto de los tratados en abierta oposición al voluntarismo puro. De ese reducido núcleo, emerge a su vez la idea -no necesariamente jusnaturalista- de un orden público internacional que se afianza y amplía cada vez más sobre fundamentos de derecho positivo, aun cuando de contenido impreciso y que cristaliza en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena.

En los orígenes mismos del derecho internacional, su fundador, Francisco de Vitoria, nos señala la autoridad que ciertas normas jurídico-internacionales -como la inviolabilidad de los embajadores- tienen, para obligar a toda la comunidad de estados, y no sólo a --- aquellos que han participado en su creación o simplemente en su reconocimiento. Con plena claridad y firmeza nos dice:

"De todo lo cual se infiere un corolario, a saber: que el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene -- verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, _

que en cierto modo es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea de guerra, y particularmente en asuntos tan graves como la inviolabilidad de los embajadores. A ninguna nación, en efecto, le es ilícito eximirse del derecho de gentes, porque está promulgado por la autoridad de todo el orbe." (39)

Como se ve, el carácter positivo de la norma en cuestión, se funda en la "auctoritas totius orbis".

Otro de los grandes pensadores del jusnaturalismo español, Francisco Suárez, también admite la existencia de normas necesarias e imperativas al propugnar un derecho natural preceptivo dentro de la doctrina tradicional de la escolástica. (40)

En la escuela clásica del jusnaturalismo, encontramos que del derecho natural -derecho necesario- van desmembrando y al mismo tiempo, dando entidad al derecho de gentes positivo -costumbre, tratados: derecho voluntario- pero siempre teniendo cuidado --

(39) De pot., civ., 21

(40) De Legibus, II, 14, 9.

(41) de subordinarlo al derecho natural. En Wolff y Vattel, continuadores de Grocio, se encuentra una clara distinción entre ambos derechos aun cuando se le otorga una primacía al positivo en la práctica, pero aun subordinado al natural en cuanto a su fundamento. Wolff define el derecho de gentes necesario como "aquel que consiste en la aplicación del derecho natural a las naciones". Pero como para él, el derecho natural es inmutable, silogísticamente concluye: "desde que la obligación que proviene del derecho natural es necesaria e inmutable, también la obligación que proviene del derecho de gentes es necesaria e inmutable; en consecuencia, no puede ninguna nación liberarse de ella, ni liberar de ella a otra nación". (42)

Por su parte Vattel, llega a -- las mismas conclusiones: "Es necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo. (. . .) este derecho es inmutable y la obligación que impone, necesaria e indispensable; las naciones no pueden modificarlo en sus convenciones, ni dispensarse a sí mismas de él, o recíprocamente una a otra". y añade: "Este es el principio por medio del cual se pueden distinguir las convenciones o tratados legítimos, de los que no lo son, y las costumbres inocentes y razonables, de las que son injustas o condenables. (. . .).

(41) Mijaja de la Muela Adolfo, "Introducción al Derecho Internacional Público", 3a. Ed., Madrid, Atlas, 1960. 2a. Parte.

Verdross, "Derecho Internacional Público", Madrid, 5a. Ed., Cap. II Trad. de la 4a. Ed., Austriaca, Aguilar 1967, Pags. 50/54.

(42) Wolff, "Jus gentium Methodo Scientifica Pertractatum," -- 1749, para. 4, 5 y 6.

Todos los tratados, todas las costumbres que van contra lo que prescribe o defiende el derecho de gentes necesario, son ilegítimos". (43)

Después de Vattel esta idea de un derecho necesario e imperativo, empieza a oscurecer, pero sin desaparecer completamente. Son pocos los positivistas que basándose en un voluntarismo puro, desconocen expresamente toda limitación a la voluntad de los estados. Así, Jorge Federico de Martens, no niega el derecho natural aún cuando emancipa absolutamente de él al derecho de gentes positivo, sin hacer la menor mención de un derecho necesariamente obligatorio. (44)

Más radical aún, es Liszt, quien en pleno apogeo del Nacional-socialismo, afirma que "el derecho internacional es derecho positivo", con exclusión de toda norma superior imperativa necesariamente obligatoria. (45)

Guardan la misma posición Francois: (46)
 "No existen ni siquiera normas fundamentales inmutables!" y

(43) Vattel, "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; Libro II, Par. 161.

(44) De Martens, Jorge F., "Précis du droit des gens moderne de L' Europe" 2a. Ed. Jr., Paris, Guillaumin et Cie., 1864, T. I, pag. 37, 44/46

(45) Liszt, F. Von, "Derecho Internacional Público", Trad., Esp. de la 12a. Ed., Alemana, Barcelona, Gill, 1929, pag. 17.

(46) Francois, "Règles générales du droit de la paix", RDC, 1938, IV, No. 66, pags. 22/23.

Morelli, quien rechazando la opinión de Verdross, según la cual un -- acuerdo no podría producir reglas contrarias a la moral y las buenas costumbre, afirma: "semejante límite a la eficacia del acuerdo no _ podría provenir más que de la regla sobre la producción jurídica con- cerniente a los acuerdos y, por consiguiente, de la costumbre, que _ es el procedimiento por el cual esa regla se ha formado.

Pero el examen de la actitud de los estados y de su convic- ción jurídica al respecto no llega a un resultado positivo en cuanto a _ la existencia del límite en cuestión". ⁽⁴⁷⁾ Otro autor representante de esta corriente es Reuter, para quien "en el estado actual del dere- cho internacional difícilmente se conciben normas imperativas". ⁽⁴⁸⁾

Dentro de esta misma corriente del pensamiento, pero con _ una opinión más moderada, encontramos a Cavaglieri, Moreno Quin- tana y Bollini Shaw. Estos últimos dan al derecho internacional --- "carácter positivo y dispositivo". "Los estados no se hallan obliga- dos sino por aquellas normas en cuya creación intervienen volunta- riamente". Sin embargo, entre las condiciones de validez incluyen el objeto lícito, con el argumento de que "un objeto-ilegítimo sería _ contrario a la opinio juris gentium". ⁽⁴⁹⁾ Moreno Quintana de---

(47) Morelli Gaetano, "Cours general de droit international -- public", RDC, 1956, I, No. 89, pag. 462

(48) Reuter, "Principes de droit international public", RDC, 1961, III, No. 103, pag. 567.

(49) Moreno Quintana y Bollini Shaw, "Derecho Internacional Público", Bs, As., Lib. del Colegio, 1950, pags. 34 y 311.

secha toda idea de derecho internacional natural, racional, teórico, --
filosófico o técnico, pues "sólo el positivo corresponde a tal califica-
ción", (50) pero no dice que sea sólo de carácter dispositivo. Por su
parte Cavaglieri exige el objeto posible y lícito, pero restringiendo --
el concepto de ilicitud a la imposibilidad jurídica, hipótesis poco fre-
cuente, "porque las voluntades soberanas de los estados son libres --
para dar a sus manifestaciones cualquier contenido". (51)

Sin embargo son muchos más los autores que admiten la --
existencia de normas necesarias, obligatorias e imperativas, o al --
menos su principal aplicación práctica, a saber, la limitación de la
voluntad de los estados en su contratación recíproca centrada funda-
mentalmente en la exigencia de licitud del objeto de contratación. --
Así, Bluntschli hace una identificación del "derecho necesario" con
el "tratado-ley": "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. (. . .) Buen número de disposiciones tomadas
por los congresos internacionales tienen este último carácter y son,
en consecuencia, un derecho necesario y no un derecho convencio

(50) Moreno Quintana, "Tratado de Derecho Internacional", --
Bs, As., Sudamericana, 1963, T. I, pags. 45/46, nota
19.

(51) Cavaglieri, "Règles générales du droit de la paix, RDC,
1929, T. I, No. 26, pags. 509/510.

(52) "Además, en el artículo 410 de su código expresa que "serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional". En el artículo 411 señala que:

"Son contrarios a los derechos reconocidos de la humanidad, y nulos por consiguiente, los tratados que:

- a) introduzcan, extiendan o protejan la esclavitud;
- b) rehúsen todo derecho a los extranjeros;
- c) sean contrarios a la libertad de los mares;
- d) establezcan persecuciones por opiniones religiosas".

Y en el artículo 412, que:

"Son contrarios al derecho internacional, y nulos por consiguiente, los tratados que tienen por objeto:

- a) El establecimiento del dominio de una potencia sobre el mundo entero;
- b) La supresión violenta de un estado viable, que no amenaza el mantenimiento de la paz".

(52) Bluntschli, "Le droit international codifié", 2a. Ed. Francesa, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1874, pag. 235, comentario al art. 402.

Y con toda lógica afirma en el artículo 457:

"Los tratados cesan igualmente de ser obligatorios cuando llegan a estar en contradicción con el desarrollo de los derechos generales de la humanidad y con el derecho internacional reconocido".
(53)

En el mismo sentido se manifiestan Kluber (54) Heffter (55)
(56) (57) Pradier-Fodéré y Mérignhac entre otros.

Varios autores admiten un derecho "teórico o racional", como gufa o modelo del derecho positivo, y exigen igualmente la lictud del objeto bajo sanción de nulidad. Para Bonfils, este "derecho teórico o -- racional" no es ya inmutable sino que varfa con el grado de civilización alcanzado. "esta rama del derecho -observa- es restringida; sus preceptos tienen ante todo un carácter negativo. Ellos ordenan con ---

(53) Blutschli, op, cit., pags. 238/240

(54) Kluber, "Droit des gens moderne de L'Europe", 2a. Ed., -- Jr., Paris, Guillaumine et Cie., 1874, pags. 1 y 206.

(55) Heffter, "Derecho Internacional Público de Europa", Trad. Esp. de Ed., Jr., Madrid, Lib. de V. Suárez, 1875, pags. 14/15 y 192.

(56) Pradier Fodéré, "Traité de droit International Public", -- Paris, Pedone-Lauriel, 1885, T. II, pags. 751/752

(57) Mérignhac, "Traité de droit Public International", Paris Lib. gen. de Dr. et de Jur., 1907, T. II, pag. 641. --

con más frecuencia la abstención que la acción".⁽⁵⁸⁾ Despagnet concibe la ilicitud como "la oposición con los principios reconocidos del derecho internacional",⁽⁵⁹⁾ y Fauchille como "toda violación del derecho internacional positivo, de las reglas de la moral universal, de los derechos fundamentales de la humanidad."⁽⁶⁰⁾ Podestá Costa --- expresa: "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 positiva que así lo determine; _ no obstante, un tribunal internacional podría declarar sin valor una _ estipulación que fuese contraria al derecho o a la moral. (. . .) -- . . . si la estipulación. . . falta a la moral, la anulación es también _ procedente, puesto que tanto el derecho como la equidad están encerrados dentro del círculo más vasto de la moral y no pueden sus---⁽⁶¹⁾ traerse a sus normas".

En cuanto a los posibles objetos ilícitos, el conjunto de los

-
- (58) Bonfils, "Manuel de Droit International Public", Paris, A., Rousseau, 1894, pags. 16/18.
- (59) Despagnet, "Cours de droit international public", 2a. Ed., Paris, Lib. de la Doc, du Ric, gen, des lois et des arrêts, 1899, pag. 486.
- (60) Fauchille, "Traité de Droit International Public", 8a. Ed., del Manuel de Bonfils, Paris, Rousseau S. Cié, 1922, T. I, la. Parte, pags. 22/24; y T. I, 3a. Parte, pags. 297/300.
- (61) Podestá Costa, L. A., "Manual de Derecho Internacional Público", 7a. Ed., Buenos Aires, T. E. A., 1960, pag. 410.

autores antes citados, da los siguientes ejemplos: convenciones que _
tuvieran por objeto fomentar o proteger la trata de esclavos y perso--
nas en general, o la piratería, o impedir el libre comercio, o procu--
rar la conquista de un tercer estado, o la imposición forzada de una _
religión determinada.

Por lo que respecta a la corriente jusnaturalista de esa época,
encontramos que se apega a los lineamientos clásicos. Travers ---
Twiss reconoce un derecho natural y neces-ario, al lado del positivo. (62)
Fiore, para quien los estados deben ordenar su conducta al respeto y
observancia de la ley natural, exige que el objeto del acuerdo sea mo--
ral, jurídica y físicamente posible, ya que lo contrario acarreará su _
nulidad. (63)

Ya en nuestro siglo, la mayoría de los positivistas, rechazan
do las posiciones a priori jusnaturalistas, vuelven poco a poco a la _
concepción de un derecho necesario y superior al voluntario, que pro--
curan extraer del propio derecho positivo-consuetudinario-o de la --
noción de orden público. Así Diena exige la licitud del objeto concii--
biendo el acto ilícito, no como contrario a la moral, sino al derecho
positivo bajo una de sus formas: costumbre. (64) Como ejemplo de _

(62) Travers Twiss, "The Law of Nations", Oxford, Claven--
don press, 1892, pag. 146.

(63) Fiore P., "Tratado de Derecho Internacional Público", 2a.
Ed, Esp. Trad. de la 3a. Ed., Ital., Madrid, Góngora --
1894 T. I, pags. 128/129, y 134., T. II, pag. 40.

(64) Diena G., "Derecho Internacional Público", Trad. Esp. de
la 4a. Ed., Ital. Barcelona, Bosch, 1946, pags. 414, y 423/
424.

tal ilicitud toma el caso de una convención para repartirse la alta mar que irfa contra la norma del derecho consuetudinario, consagratoria de la libertad de los mares.

De igual forma, se manifiesta Anzilotti cuando sostiene que -- "la cuestión del carácter imperativo o dispositivo de la norma internacional debe ser considerada con respecto a la creación de otras normas. Desde este punto de vista la primera observación que se presenta es que los Estados son al mismo tiempo los creadores de las normas y los sujetos de las obligaciones que esas normas imponen: los Estados que han establecido una norma dada pueden siempre acordar no observarla y sustituirla por otra. En este sentido se podría decir que todas las normas internacionales son dispositivas". Pero más adelante, refiriéndose al objeto, expresa: "...la voluntad no puede querer, ni una cosa materialmente imposible (imposibilidad natural) ni una cosa prohibida por el derecho (ilicitud o imposibilidad jurídica, que comprende igualmente el caso del acto inmoral, porque los preceptos de la ética adquieren pertinencia jurídica en la medida en que esos preceptos son asumidos expresa o tácitamente por el derecho)"⁽⁶⁵⁾

Kaufmann también, acepta que en casos extremos en los cuales una convención estuviera en contradicción con los principios super-legales de las "buenas costumbres", un juez internacional podría rechazar la aplicación de la Convención, bajo los mismos supuestos en

(65) Anzilotti, D., Op. Cit. pags. 89, 340, 341, 356.

que podría hacerlo un juez nacional.

En este orden de ideas avanzan también, aunque tímidamente, -- Rousseau y Cavaré. El primero partiendo de la base que "no se podría considerar como un elemento de la validez material del derecho convencional su conformidad con el derecho natural", señalando que "la exigencia de licitud (del objeto) no ocupa sino un lugar secundario en la teoría del derecho internacional", y afirmando que "a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, la noción de un orden público limitando la autonomía de la voluntad estatal es casi inexistente" con lo que, pese a todo, parece concederle una existencia mínima, concluye que "ciertamente, un tratado es nulo si su contenido contradice una regla positiva del derecho de gentes que ligue a todas las partes contratantes. Pero aun así el problema que se plantea es más bien un problema de contradicción de normas jurídicas, sobre todo si dicha regla tiene un origen convencional".⁽⁶⁷⁾ Igualmente Cavaré exige que el objeto de los tratados sea lícito y posible: "La existencia de un derecho internacional natural es perfectamente admisible", pero agrega: "No hay normas jurídicas fuera del derecho positivo". En consecuencia el tratado no debe contradecir el derecho positivo, más de allí saca conclusiones

(66) Kaufmann, "Regles générales du droit de la paix", RDC, 1935, T. IV, No. 54, pags. 518/519.

(67) Rousseau, Ch., "Principes généraux du droit international Public", Paris, Pedone, 1944, pags. 340/341.

completamente apartadas del derecho positivo que él mismo pone en duda a continuación. En todo caso, el objeto no debe ser contrario a los principios fundamentales del derecho internacional, al "derecho común de la humanidad", y la sanción correspondiente es la nulidad del tratado. Los ejemplos son los mismos: la piratería, la esclavitud y la conquista de un tercer Estado. (68) En cambio, Sibert, se pronuncia categóricamente por un orden público internacional de bases positivas: "Verdadera en derecho de gentes para la comunidad internacional como lo es con respecto al derecho interno de cada país, una noción surge, la de orden público, es decir, un conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos. Ofreciendo un contenido variable según las necesidades del medio social y las épocas, tales reglas son siempre -sin discusión posible- imperativas. Absolutas, no toleran disposiciones (ni situaciones) contrarias; la voluntad de las partes no puede dejarlas de lado ni suspender su efecto. . . . (. . .) Reconozcamos, pues, que el derecho positivo de los tratados y aún el de la costumbre. . . deben conformarse a los imperativos -- del orden público internacional". Como consecuencia lógica "es jurídicamente imposible el objeto de un tratado contrario a los principios fundamentales del derecho internacional. (. . .) Los tratados

(68) Cavaré Louis, "Le droit international public positif", 2a. Ed., Ginebra, 1967, T. I., pag. 102.

que celebran los Estados entre sí, no pueden derogar esas reglas primordiales".⁽⁶⁹⁾

Dentro de este grupo de positivistas que parecen apartarse de la lógica del voluntarismo absoluto, debemos incluir a Kelsen: "el poder del estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen, pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de jus cogens y no de jus dispositivum". Más adelante agrega que los sostenedores del jus cogens no pueden precisar las normas a las que atribuyen ese carácter, pero que probablemente un tratado cuyo objeto fuera la ocupación de la alta mar, sería declarado nulo por un tribunal internacional.⁽⁷⁰⁾

En su libro "El Contrato y el Tratado", se plantea la cuestión de la siguiente manera:

"¿Puede decirse que el derecho internacional general positivo limite el ámbito de validez material del tratado internacional? O, en otros términos: ¿tienen los tratados internacionales un objeto propio? Algunos autores afirman que las convenciones sobre un objeto

(69) Sibert Marcel, "Traité de droit international Public", Paris, Dalloz, 1951, T. I, pags. 16/17; y T. II, pags. 212/213.

(70) Kelsen, Hans, Op. Cit. pags. 322/323 y 344.

inmoral o imposible quedan excluidas del derecho internacional, porque la exclusión corresponde a un principio general de derecho y los principios generales del derecho valen tanto para el derecho internacional como para el derecho interno. Si hacemos una abstracción de esta restricción del ámbito de validez material de los tratados internacionales, tendremos que admitir que las normas del derecho internacional pueden referirse a cualquier objeto. No existe en particular ningún objeto que quede reservado a la reglamentación del derecho interno, ni ninguna competencia estatal exclusiva, es decir, excluyente del derecho internacional. No hay, por consiguiente, ningún objeto propio de los --
(71)
tratados internacionales".

El problema del derecho imperativo no es el de saber si los tratados tienen un objeto propio sino el de saber si hay normas de derecho internacional que pueden restringir la libertad de los Estados para concluir tratados. El propio Kelsen se resuelve luego por la afirmativa cuando añade: "La autonomía de la voluntad puede ser también restringida en la medida en que el ordenamiento jurídico sustrae a la reglamentación contractual determinados objetos, por lo cual los contratos
(72)
relativos a dichos objetos son nulos"

También la doctrina soviética reconoce que el tratado debe corresponder a los principios fundamentales del derecho internacional. Así Tunkin defiende un *jus cogens* basado en el voluntarismo:

(71) Kelsen, Hans, "El Contrato y el Tratado", México, Pub. de la Esc. Nal. de Jur., 1943, pag. 64.

(72) Kelsen, Hans, *Ibid.*, pag. 125.

99

"De la tésis que sostenemos, según la cual las normas surgen de acuerdos entre Estados, no debe deducirse la ausencia de reglas imperativas en derecho internacional. (. . .) La necesidad de principios y normas imperativas ha aparecido y se ha reforzado con la extensión de las relaciones internacionales... (. . .) Todos los principios fundamentales del derecho internacional generalmente reconocidos forman parte de ellas. (. . .) Así, pues, encontramos en el derecho internacional contemporáneo principios y normas de carácter imperativo, formadas sobre la base de acuerdos entre Estados que, de ahí en adelante, no pueden concluir tratados regionales que excluyan esos principios y esas normas en sus relaciones".⁽⁷³⁾

Finalmente, en el año de 1934 irrumpe en el terreno de la jurisprudencia internacional la teoría del derecho necesario o del objeto ilícito aún cuando fue simplemente una opinión disidente y no un fallo de la Corte. En el caso Oscar Chinn, presentado ante la CPJI, y donde se cuestionaba la validez de la Convención de Saint Germain de 1919 en relación con el acta General de Berlín de 1885, el juez Schücking usó los conceptos de jus cogens, "buenas costumbres" y "orden público internacional" por lo que desde entonces se ha citado la "opinión Schücking" como prueba de la existencia positiva de tales conceptos. He aquí la opinión: "Creo que el caso en que una convención debe ser

(73) Tunkin, "Droit International Public", Paris, Pedone, 1965, pag. 100.

considerada nula de pleno derecho no está de ningún modo aislado en el derecho internacional. El Pacto de la Sociedad de las Naciones en su conjunto, y particularmente su artículo 20, en el que los miembros se comprometen a no contratar en el futuro obligaciones y acuerdos inter se incompatibles con los términos del Pacto no tendría ningún valor si los tratados concluidos en violación de esa obligación no fueran considerados como absolutamente nulos de pleno derecho. Y no puedo imaginar que la Sociedad de las Naciones haya comenzado ya los trabajos de codificación del derecho internacional si hoy mismo no fuera posible crear, en esta materia, un jus cogens con tal efecto que, cuando los Estados han convenido ciertas reglas jurídicas y se han comprometido igualmente a que esas reglas no puedan ser modificadas por algunos de ellos solamente, todo acto efectuado en contravención a este compromiso es nulo de pleno derecho (. . .) La prescripción del artículo 38 del Estatuto. . . no puede querer decir que el juez debe aplicar convenciones sabiendo que no son válidas. Nunca, por ejemplo, la Corte -- aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. (. . .) Es la idea de orden público internacional la que, a mi juicio, debe determinar la actitud del juez en un caso semejante." (74)

Paralelamente a esta corriente Voluntarista nace el Neo-jusnaturalismo quien con nuevos fundamentos propugna la existencia de nor

(74) Schücking, CPJI, Serie A/B, No. 63, 149/150.

mas necesarias e inmutables cuyo valor y consecuentemente obligación, reside en la bondad o justicia intrínsecas de su contenido. Dentro de esta corriente encontramos a Schelling, Mausbach, Cathrein, Pillet, (75) Le fur, Yves de la Briere, etc.

Como es lógico suponer, esta corriente admite la existencia del "Jus Cogens" en el campo internacional. Miaja de la Muela afirma que: "El problema de la existencia de un Jus Cogens Internacional se conecta íntimamente con la de una constitución de la Comunidad Internacional. La construcción escalonada del ordenamiento internacional, con unas normas supremas de carácter constitucional en su base, sería imposible de conjugar con la posibilidad de que alguna de estas normas fuese meramente dispositiva, este es, que sus destinatarios podrían válidamente dejarla sin aplicación en su caso concreto. (. . .) En vuela una contradicción la asignación a una misma norma fundamental, es antijurídica, no puede nunca derivar su validez de la norma superior que contradice. No se concibe una norma constitucional que vincule a sus destinatarios sólo para el caso de que no hayan pactado lo contrario. Toda regla constitucional es de "Jus Cogens", aunque entre éstas haya muchas que no sean constitucionales". (76)

(75) Miaja de la Muela, A. Op. Cit, 2a. Parte.
Nussbaum, A., "Historia del Derecho Internacional", Madrid, Ed. Rev. de Der. Privado, 1949

(76) Miaja de la Muela, Op. Cit., pags. 89/90.

Delbez es, también un decidido partidario de las normas imperativas, sean consuetudinarias -libertad de la alta mar- sean "dependientes de la moral universal", cuya violación causa la ilicitud del objeto. (77)

El italiano Salvioli, apegado a la "opinión Schucking", reconoce que cuando el artículo 38 del estatuto de la CIJ cita en primer término las convenciones internacionales, se refiere sólo a normas de "carácter dispositivo", ya que el tribunal no podría reconocer como fuentes, tratados que fueran contrarios a las normas imperativas del derecho internacional. Además dice: "Una parte de la doctrina afirma que el derecho internacional esta compuesto exclusivamente de reglas positivas. (. . .) El defecto de los positivistas no deriva del hecho que afirmen que el derecho internacional esta constituido por reglas positivas, pues es innegable, sino del hecho que lo pretenden formando solamente, en su totalidad, sin excepción, por esas reglas positivas". (78) Quadri, apegado a su concepción jerárquica del orden normativo internacional proyectada mediante el orden público internacional, llega a conclusiones semejantes: "Si esto es verdad, nada impide hablar de un "orden Público Internacional" en el sentido del derecho internacional público, es decir de un conjunto de reglas obligatorias (Jus Cogens) que eliminan toda regla contraria, sea de origen consuetudinario, sea de origen convencional. (. . .) Un tratado no puede derogar los principios

(77) Delbez, "Les principes généraux du droit international public", Paris, 3a. Ed., Lib. Gen. de Dr. et de Jur., 1964, pags. -- 317/318

(78) Salvioli, "Les règles générales de la paix", RDC, 1933, IV, No. 46, pags. 5/6, 14, 26/27.

que hacen a estos valores supremos y que son de orden público internacional; un tratado no puede tener cualquier objeto." (79) En el mismo orden de ideas se expresan Balladore Pallieri (80) y Mónaco "para quien el derecho internacional no es de formación exclusivamente voluntaria" (81)

De enorme importancia para el tema que nos ocupa, es la opinión de los internacionalistas británicos Oppenheim, Lauterpacht, McNair y Brierly. Para Oppenheim "es una norma consuetudinariamente reconocida del derecho de gentes 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 es con frecuencia controvertida. Una obligación considerada inmoral por algunos estados puede no necesariamente parecer inmoral a las partes contratantes." (82)

Dentro de este mismo orden de ideas Lord McNair afirma: "En cada comunidad civilizada hay ciertas normas jurídicas y ciertos principios de moral que la ley no permite ignorar a los individuos o modificarlos mediante sus acuerdos"; y "La sociedad de los estados... no es excepción..." En tal calidad pone a:

-
- (79) Quadri, "Cours General de Droit International Public" RDC, - 1961, III, No. 113, pags. 335/337.
- (80) Balladore-Pallieri, "Diritto Internazionale Publico", Milan, 7a. Ed., Giuffrè, 1956, pag. 282.
- (81) Mónaco, "Manuale de Diritto Internazionale Publico e Privato", Turin, Un. Tipogr. Edit. Torinese, 1949, pags. 47 y 291/292.
- (82) Oppenheim, Op., Cit., T. I., pags. 893, 896/897.

- a) Ciertas normas de derecho consuetudinario "más fáciles de ejemplificar que de definir" como la represión de la piratería o el trato humanitario a los prisioneros de guerra;
- b) Alguna norma del derecho Convencional General como la declaración de París de 1956, Las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, El Pacto Briand-Kellog. Por lo tanto, cualquier tratado que tuviera por objeto imponer una decisión mediante el empleo de la fuerza sería ilícito y, consecuentemente, nulo.
- c) La Carta de la O. N. U.
- d) Las obligaciones impuestas por otros tratados. "
(83)

Por su parte Brierly, -aun cuando no tocó el tema en sus dos proyectos sobre el derecho de los tratados en los años de 1950 y 1951-, se lamenta, en 1936, de la inexistencia de un Jus Cogens internacional, pero sostiene, de legeferenda, que debe existir. "Se podría, sin embargo, encarar un desarrollo del derecho relativo a los tratados que, si se diera en la realidad, aliviaría considerablemente los males de las obligaciones opresivas debidas a los tratados... Consistiría en

(83) McNair, Op., Cit., pags. 213 y ss.

una limitación de la libertad que poseen hoy día los estados con respecto al contenido de sus tratados. Todo sistema de derecho estatal un poco desarrollado aplica a los contratos entre individuos el principio de orden público... y rechaza la validez jurídica a los contratos que violan ese principio... ningún desarrollo de ese tipo ha sido aún posible en derecho internacional y no parece probable en un porvenir próximo".⁽⁸⁴⁾

En cambio Lauterpacht desde el año de 1937 viene afirmando que "existen reglas de derecho general consuetudinario que los tratados no pueden cambiar. No pueden válidamente estipular obligaciones contrarias a la moral..." Estima además que hay una posición doctrinaria al respecto cuyo sentido es muy claro: "tomada al pie de la letra ella concluye pura y simplemente por reintroducir el derecho natural en el derecho internacional". Sin embargo se muestra cauteloso al afirmar que, "desde el punto de vista práctico, en tanto que no existe un órgano con jurisdicción obligatoria para sentenciar sobre la moralidad o inmoralidad de las obligaciones de un tratado, la pretendida nulidad de los tratados inmorales es una invitación constante a los violadores del derecho para deshacerse unilateralmente de una obligación que les estorba".⁽⁸⁵⁾

Teniendo como base estas ideas, en un primer informe codificó de esta manera la cuestión: "Un tratado, o cualquiera de sus provisio

(84) Brierly, "Règles générales du droit de la paix", RDC., 1936, IV, No. 58, pags. 218/219.

(85) Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", RDC, 1937, IV, No. 62, pags. 153/156 y 306/307.

nes, es nulo si su cumplimiento importa un acto ilícito según el derecho internacional y si así es declarado por la Corte Internacional de Justicia".⁽⁸⁶⁾

No obstante la poderosa corriente de opinión favorable hacia el *Jus Cogens* que provocaron los trabajos de la CDI y que más adelante analizaremos, existen grandes juristas que están lejos de aceptarlo. Tal es el caso de Schwarzenberger quien en una primera etapa de su pensamiento, no negaba -sin afirmarlo tampoco- la posibilidad de la existencia de un *Jus Cogens* ni su identidad con un orden público internacional: "Parecería que cualquiera sea la medida de *Jus Cogens* que pueda existir a nivel de la sociedad internacional inorgánica, está confinada a marcos muy estrechos". "Si ciertas reglas pueden ser señaladas como siendo *jus cogens*, y no *jus dispositivum*, ellas formarían un verdadero orden público internacional".⁽⁸⁷⁾

Sin embargo al examinar más tarde el derecho internacional contemporáneo llegó a la conclusión de que "el derecho internacional a nivel de la sociedad internacional inorgánica (derecho consuetudinario) no conoce ningún *jus cogens*", "dada la ausencia de un centro de gobierno con fuerza física irresistible y tribunales con jurisdicción

(86) Yearbook I. L. C., 1953, T. II, 93, 154.

(87) Schwarzenberger, G., "The Fundamental Principles of International Law", RDC, 1955, T. I., No. 87, pags. 286/288.

compulsiva que formulen reglas semejantes a las del orden público a nivel nacional".⁽⁸⁸⁾ Y añade: "En la sociedad internacional organizada (derecho contractual) los principios de las Naciones Unidas y formas correspondientes de jus cogens en otras instituciones internacionales presentan tentativas de creación de reglas consensuales de orden público internacional. Sin embargo, tales esfuerzos son demasiado precarios, como en las Naciones Unidas, o demasiado limitados racione personae o racione materiae como en los organismos especializados de las Naciones Unidas o en las comunidades supranacionales europeas, para constituir más que causas-órdenes internacionales".⁽⁸⁹⁾

Prosigue Schwarzenberger: "En un sistema de política de poder, disfrazada, la Progresividad aparente puede ser rápidamente puesta al servicio de intereses parciales ocultos. En éste caso particular, la belleza de una fórmula general de jus cogens internacional -a diferencia de una más específica- es que deja a todo el mundo absolutamente libre para argumentar a favor o en contra del carácter de jus cogens de cualquier norma particular del derecho internacional. (. . .) finalmente como muchos miembros de las Naciones Unidas tienden a evitar la judicatura internacional tanto como les sea posible, la invocación unilateral del jus cogens como justificación de no cumplimiento de un

(88) Schwarzenberger, G., "International Jus Cogens", Texas Law Review", Marzo 1965.

(89) Schwarzenberger, G., *Ibid.*, pag. 138/139.

tratado gravoso es una nueva forma de restringir el área de las normas
(90)
que gobiernan el principio del consentimiento".

(91)

En el mismo sentido se manifiesta R. Y. Jennings.

Sin embargo, quien va más lejos en su categórica negación es Guggenheim, quien en 1952 decía: "Las reglas convencionales de derecho internacional público no tienen carácter imperativo. El derecho -- internacional admite, en consecuencia, que un tratado puede tener cualquier contenido, sin limitaciones ni restricciones de ninguna especie y que toda materia puede ser objeto de un tratado. No existe ninguna norma que prohíba la conclusión de convenciones cuyo contenido sería contrario a las buenas costumbres, o que prevéan sanciones sobre el particular. Es, pues, erróneo que pueda estimar la validez de una convención según el criterio de su moralidad. Sería admitir implícitamente que existe un orden público internacional que limita la autonomía de los sujetos en la creación y la aplicación de las reglas de derecho internacional. La apreciación de la moralidad de un tratado conduce fácilmente a la reintroducción de los principios del derecho natural en el derecho de --
(92)
gentes". En su tratado de derecho internacional público, afirma:

"No existe ninguna norma que prohíba y haga pasible de sanciones la

(90) Schwarzenberger, G., *Ibid.*, pags. 139

(91) Jennings, R. Y., "Général course on principles of international law", RDC, 1967, II, pag. 564.

(92) Guggenheim, P., "Principes du droit international public", RDC, 1952, I, No. 80, pag. 74.

conclusión de convenciones cuyo contenido sólo fuera contrario a ciertas concepciones de derecho natural". Atendiéndose a un rígido criterio positivista, prosigue: "Es, pues, erróneo pretender que se puede apreciar la validez de una Convención según criterios externos al orden internacional positivo.... Ahora bien, el tratado no obtiene su validez del hecho de que coincida más o menos perfectamente con un ideal desprovisto de fuerza de aplicación efectiva sino de su conformidad con los principios legislativos que rigen el procedimiento de su creación. Sin embargo, se pretende que el propio derecho internacional positivo contiene algunas normas que no pueden ser modificadas sino por una nueva norma de derecho internacional general que se refiera al mismo objeto". Y en plena crítica al proyecto de la CDI, añade: "ciertos proyectos de codificación y algunos autores estiman en efecto que en tales casos se trata de jus cogens. En consecuencia, ninguna derogación estaría permitida, y sería solamente por una nueva norma de derecho internacional general que la sedicente regla imperativa podría ser modificada. (. . .) La principal dificultad proviene del hecho de que el derecho internacional contemporáneo no contiene reglas generales que produzcan de pleno derecho la nulidad de ciertas normas convencionales opuestas".

(93)

Estas críticas, principalmente las de Schwarzenberger provo-

(93) Guggenheim, P., "Traité de droit International Public", 2a. Ed., 1967, T. I, págs. 127/128 y 129, nota 2.

caron una enérgica defensa de Verdross, quien por cierto es uno de los que más ha abierto camino en la cuestión. Efectivamente desde el año de 1929 y posteriormente en 1937, afirmaba categóricamente que si bien "en principio dos estados pueden acordar entre sí una regulación que se aparte del derecho internacional común en la medida en que no afecte los derechos de terceros estados, hay también otras normas que ni algunos estados particulares pueden inter se alterar" (Los principios del artículo 2o. de la carta de la O.N.U., así como los tratados inmorales, para favorecer las tratas de seres humanos). "De ahí que ante cada norma sea preciso averiguar si por su sentido es dispositiva (jus dispositivum) o taxativa (jus cogens)⁽⁹⁴⁾".

Por lo que respecta a los tratados, "es exigencia esencial de su validez una causa lícita. Si en principio los estados son libres de concertar tratados con otros estados sobre cualquier objeto, tales acuerdos, sin embargo, han de atenerse a los principios del derecho internacional común, y según éste, un tratado carece de fuerza obligatoria por su contenido si se opone una norma del derecho internacional positivo o si es naturalmente imposible o está moralmente prohibido. (...) Sólo podría dejar de lado los límites necesarios del contenido de los tratados quien olvidara que el derecho internacional, como todo derecho, no puede tener otro objeto que una convivencia racional y honesta

(94) Verdross A., Op., Cit., pags. 80/81.

de sus miembros'. En un trabajo posterior, publicado en 1966, ---

Verdross señala tres grupos de normas:

- 1) Todos los tratados que afectan derechos de ter
ceros estados parecen contrarios al Jus Cogens
Asimismo un tratado que impida a un Estado __
cumplir sus deberes internacionales, pues --
aunque los Estados pueden renunciar a sus de
rechos, no podrían hacerlo hasta el punto de
no poder cumplir sus obligaciones internacio-
nales mínimas (mantener el orden, proteger __
a los extranjeros);
- 2) Todas las normas del derecho internacional __
general que responden a propósitos humani-
tarios, creadas, no en interés de los Esta-
dos individuales, sino de la humanidad en __
su conjunto (tratados que prohíben la trata-
de personas, o protegen a los prisioneros __
de guerra). Aún si estas convenciones no __
fueran ratificadas por ciertos Estados, los
principios que las anima tienen carácter de
jus cogens recogidos por la Carta y acti--

(95) Verdross, A., *Ibid.*, pags. 116/117.

vidad ulterior de la O.N.U.:

- 3) Un tercer grupo ha sido introducido por la Carta y se refiere al uso de la fuerza (art. 2, pars. 3, 4, 5, y art. 51)

A raíz de la polémica Verdross-Schwarzenberger y principalmente desde el año de 1966 en que en el informe de la CDI se incluyó el texto definitivo del proyecto de la Convención de Viena, el tema "jus cogens" ha adquirido gran actualidad. Se han dado estudios, especiales de ---

(97) Virally, (98) Suy, (99) Rufenfeld, (100) Scheuner, (101) Schwelb, la con-
 ferencia de Lagonissi, (102) Stevenson, (103) Sinclair, (104)

-
- (96) Verdross, A., "Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law", AJIL, Vol. 60, No. 1, 1966.
- (97) Virally, M., "Reflexions sur le "Jus Cogens", Annuaire Fran- cals du droit international, 1966.
- (98) Suy. "The Concept of Jus Cogens in Public International Law in - Conference of international law", Lagonissi, II, The Concept of "Jus Cogens" in international law, Carnegie Endowment, Ginebra 1966.
- (99) Rufenfeld, S., AJIL, Vol. 60, No. 3, 1966.
- (100) Scheuner, U., "Conflict of Treaty Provision Whit a Peremptory norm of General International Law and its Consequences", ZAORV Vol. 27, No. 3, Octubre 1967, pags. 520/531.
- (101) Schwelb, "Some aspects of international jus cogens as formulated by the ILC", AJIL, Vol. 61, No. 4, 1967.
- (102) Lagonissi, II, "The Concept of "Jus Cogens" in International Law", Carnegie Endowment, Ginebra 1967.
- (103) Stevenson, J.R., AJIL, Vol. 64, No. 1, 1970, pag. 161 y ss.
- (104) Sinclair, I.M., "Viena Conference on the law of treaties" The International and comparative law quarterly, Vol.17, part.1, 1970.

(105) Barberis, y otros que están incluidos en la bibliografía de este estudio, trabajos que profundizan y desarrollan el concepto aunque con alcances e interpretaciones no coincidentes.

Por todo lo expuesto no compartimos la opinión de Scheuner quien afirma que "hacia 1920 todas las normas del derecho internacional general eran consideradas *jus dispositivum*. Ninguna limitación a la soberanía de los estados se hacía con respecto al contenido de los tratados. La idea de que la voluntad de un estado puede ser limitada por normas fundamentales del derecho internacional apareció por primera vez en el período posterior a 1920..." (106) Creemos haber demostrado que tal idea, aunque no siempre claramente pensada ni expresada, no desapareció nunca; aunque es inegable que se revigoriza después de la primera guerra mundial, que marcó también la primera gran crisis del positivismo voluntarista y de todo el derecho internacional construido en su torno. Por lo que respecta a la doctrina actual, desde un punto de vista teórico, es inegable que su gran mayoría reconoce plenamente la existencia de normas imperativas.

En el campo del derecho positivo, hay que sopesar en toda su profundidad y significado la distancia abismal que media entre las famosas ideas contenidas en la sentencia del caso *Lotus* y la frase de la opinión consultiva sobre reservas a la Convención sobre genocidio. Efec

(105) Barberis, J. A., "La liberté de traites des états et de "jus cogens", ZARV, abril 1970.

(106) Scheuner, U., Op., Cit., págs. 520/521.

tivamente, en el año de 1927 se afirmó en el Caso Lotus que: "el derecho internacional rige relaciones entre estados independientes. Las normas jurídicas obligatorias para los estados emanan por consiguiente de su libre voluntad propia tal como es expresada en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho y establecidos para regular las relaciones entre esas comunidades independientes coexistentes o con miras al logro de objetivos comunes. Por consiguiente, las restricciones a la independencia de los estados no se ⁽¹⁰⁷⁾presumen"; en cambio, en el año de 1951 se hizo célebre la frase siguiente, emitida en la ya mencionada convención sobre genocidio: "Los principios básicos de la convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los estados, aún fuera de toda ⁽¹⁰⁸⁾obligación convencional".

Todas estas ideas aunadas a las de los principales internaciona--listas influyeron decisivamente en la CDI a través de los relatores encargados de los proyectos de codificación del derecho de los tratados. El primero de los relatores que incluyó el jus cogens en su proyecto, fue Lauterpacht, quien se basó en el reconocimiento de un jus cogens de base consuetudinaria, sin caer en el derecho natural, y en la necesidad de una instancia que juzgue sobre el pretendido carácter ilícito de un acto. El

(107) C.P.J.I., Ser. A., No. 10, pag. 18.

(108) R.E.C., 1951, pag. 23.

art. 15 de su proyecto decía:

"Un tratado, o cualquiera de sus provisiones, es nulo si su cumplimiento importa un acto ilícito según el derecho internacional y si así es declarado por la corte internacional de justicia"⁽¹⁰⁹⁾

En sus comentarios expresa: "un tratado no es nulo por causa de ilicitud fundamentándose en que procure afectar el derecho de un tercer estado sin su consentimiento. "(. . .) La verdadera razón por la cual son nulos estos tratados es que tienen por objeto un acto que es ilícito según el derecho internacional consuetudinario". Dos párrafos más adelante afirma: "resultaría así que la demostración de la ilicitud del objeto del tratado y de la nulidad de éste por tal causa no es su inconformidad con el derecho internacional consuetudinario puro y simple, sino la inconformidad con aquellos principios supremos de derecho internacional que pueden ser considerados como principios de orden público internacional. Esos principios no han cristalizado necesariamente en una norma de derecho claramente aceptada como la prohibición de la piratería o de la guerra de agresión.

Ellos pueden ser expresión de reglas de moral internacional -- tan obligatorias (cogent) que un tribunal internacional las consideraría como formando parte de aquellos principios del derecho generalmente

(109) Yearbook, I. L. C., 1953, II, pags. 93, 154.

reconocidos por las naciones civilizadas que la Corte Internacional de Justicia está obligada a aplicar en virtud del artículo 39 (3) de su Estatuto". En el párrafo siguiente encontramos en una frase sintetizado el pensamiento anterior "La nulidad de los acuerdos contractuales cuyo objeto es ilícito, es un principio general de derecho".⁽¹¹⁰⁾

Apoyándose a ésta línea de ideas, Fitzmaurice, sucesor de Lauterpacht en la relatoría, afirma:

"Artículo 16

-
2. Es esencial para la validez de un tratado que éste sea conforme o no contravenga a los principios y reglas del derecho internacional que competen al jus cogens, o que su ejecución no dé lugar a una infracción a dichos principios o reglas".

El art. 17 amplía la cuestión, y el 20 se refiere a la moralidad del objeto, con cita de las buenas costumbres y el orden público internacional: En caso contrario, el tratado "no es susceptible de ejecución."⁽¹¹¹⁾

WALDOCK va más allá y da una definición en estos términos:

"artículo 1 (definiciones)

-
3. (c) Jus Cogens significa una norma imperativa

(110) *Ibid*, pags. 154/155.

(111) *Annuaire. C. D. I.*, 1958, II, pags. 27/28, y comentarios respec-

de derecho internacional general de la que no se permite derogación alguna excepto -- por una causa específicamente aprobada -- por el derecho internacional general, y -- que puede ser modificada o anulada sólo -- por una norma sobreviniente de derecho -- internacional general". (112)

Por lo que afirma en el artículo 13:

"1. Un tratado es contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución implican la violación de una regla general o principio del derecho internacional que tengan carácter de *Jus Cogens*". (113)

Y en el artículo 21:

"
4. Cualquier parte podrá invocar la terminación del tratado si, después de su entrada en vigor, el establecimiento de una nueva norma de derecho internacional que tuviera carácter de *Jus Cogens* hubiera conver-

(112) Yearbook, I. L. C., 1963, II, pag. 39.

(113) *Ibid.*, pag. 52.

tido en ilícito el cumplimiento del tratado se-
(114)
gún el derecho internacional".

La CDI discutió estos textos que merecieron apoyo general dándoles la siguiente forma:

"Art. 37.

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".

"Art. 45.

- 1. Un tratado se hará nulo y quedará extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma". (115)

Estos artículos fueron puestos a la consideración de los estados quienes directamente o a través de sus delegados en la VI Comisión de la Asamblea General (XVIII Período, 1963), hicieron varias observaciones

(114) Ibid., pag. 78.

(115) Yearbook, ILC, 1963, II, pags. 198 y 211.

que Waldock estudió y que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) Sólo dos, Luxemburgo y Turquía hicieron serios reparos a la noción de Jus Cogens o por lo menos a su inclusión en el proyecto sin un mecanismo jurisdiccional efectivo para establecerlo y resolver controversias urgentes. Francia y Gran Bretaña no hicieron reparos, pero la última observó también la necesidad de una jurisdicción independiente.
- b) En particular Argelia, Brasil, Checoslovaquia, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Ghana, Guatemala, Hungría, Italia, Países Bajos, Panamá, Rep. Árabe Unida, Siria, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia, apoyaron calurosamente la inclusión.
- c) Italia expresó que como resultado de la evolución del derecho internacional desde la creación de las Naciones Unidas, la idea de un derecho internacional exclusivamente contractual no podía subsistir. La Rep. Árabe Unida, que el reconocimiento de la noción de Jus Cogens señalaba la transición del derecho internacional clásico al moderno derecho de las Naciones Unidas. Yugoslavia lo consideró "un importante paso en el desarrollo progresivo del derecho internacional".
- d) Irak, Tailandia y Uruguay hicieron notar que se establecía un nuevo escalón en la jerarquía de las normas jurídicas

cas. Rep. Árabe Unida, Ucrania y Uruguay se refirieron concretamente al art. 103 de la Carta como una norma formal de Jus Cogens.

- e) Argelia expresó que sobre la base de las normas imperativas desarrolladas en las Naciones Unidas, la Organización de la Unidad Africana" procuraría la anulación de los ---- acuerdos existentes entre Estados racistas y colonialistas _ del Africa Meridional". Ucrania se refirió a los tratados _ incompatibles con la resolución 1514 (XV) sobre concesión _ de independencia a los países coloniales, y la URSS a los _ tratados "leoninos" entre nuevos estados y antiguas potencias coloniales.
- f) Estados Unidos y Uruguay se pronunciaron categóricamente (116) por la irretroactividad de la disposición.

En base a estos comentarios, en 1966, se elaboró el texto definitivo del proyecto tal como aparece en el informe de la CDI:

"Art. 50.

Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma

(116) Yearbook, ILC, 1966, II, pags. 20/22.

ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

"Art. 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 este en oposición con esa norma será nulo y terminará.
(117)

En sus comentarios, la CDI reconoce que el enunciado de las anteriores disposiciones "no está exento de dificultades, ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de Jus Cogens" y "que la mayoría -- de las normas generales de derecho internacional no tienen ese carácter y los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados"; además explica las razones que la han llevado a la inclusión de estas disposiciones: "la opinión de que, en definitiva, no hay ninguna norma de derecho internacional de la cual no puedan prescindir a su arbitrio los estados en sus acuerdos, resulta cada vez más difícil de sostener, aunque algunos juristas nieguen la existencia de normas de Jus Cogens en derecho internacional porque, a su juicio, hasta las normas más generales distan aún de ser universales. (. . .).

(117) Anuario, CDI, 1966, I, par.1a.

Por otra parte, aunque algunos gobiernos han expresado dudas sobre la conveniencia del presente artículo... sólo un gobierno discute la existencia de normas de Jus Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo. Por ello, la comisión llegó a la conclusión de que en la codificación del derecho de los tratados debía partir de que existen ciertas normas de las cuales los estados no pueden exceptuarse en modo alguno por arreglos convencionales y que sólo pueden ser modificados por otra norma del mismo carácter" .
(118)

En cuanto al contenido de los anteriores artículos, "La comisión estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de Jus Cogens y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales".
(119) Entre los ejemplos que se habfan sugerido figuraron: "a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho Internacional. y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería y el genocidio, en cuya represión todo estado está obligado a cooperar".
(120) Sin embargo la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de cualquier ejemplo, tanto para no

(118) Informe CDI, Asamblea General, Documentos Oficiales: XXI --- Período de Sesiones, Suplemento No. 9, (A/6309/Rev. 1), Pág. 80.

(119) Yearbook ILC, 1963, Ses. 683, Pár. 35.

(120) Informe CDI, Op., Cit., pag. 81

caer en una interpretación de "expressio unius exclusio alterius", como por la confesada dificultad de establecer una enumeración de normas de este tipo.

De cualquier manera queda bien claro en el pensamiento de la Comisión que el Jus Cogens de su artículo 50 -base del 53 definitivo- no es un derecho imperativo inmutable de contenido jusnaturalista, sino un derecho positivo, definido formalmente por el método de producción de la norma y no por el contenido de ésta: "... Sería indudablemente --- erróneo considerar ni siquiera las normas de Jus Cogens como inmutables y no modificables en lo futuro con arreglo a las situaciones. (. . .) El artículo define, por tanto, la norma de Jus Cogens como norma imperativa de derecho internacional general que no admita excepción alguna y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". (121) Y Waldock, como consultor de la Comisión Plenaria de la Conferencia de Viena, señaló que la CDI ha planteado la cuestión del Jus Cogens situándose mucho más en el plano del derecho positivo que en el del derecho natural. (122)

Otra característica importante en el contenido de la norma propuesta, es la irretróactividad. "El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo en el momento de su celebración por el hecho

(121) *Ibid.*, pag. 81

(122) Conferencia, I, D; Documentos Oficiales, Nueva York, 1969, (A/Conf. 39/11), pag. 362.

de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de Jus Cogens". En el artículo 61 -64 definitivo-, "Las palabras será nulo y terminará expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de Jus Cogens no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se --
(123)
establece la nueva norma de Jus Cogens".

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 de Viena sobre el derecho de los tratados. Esta --
reunión redujo sus órganos al máximo de simplicidad: La propia confe
rencia trabajó como Comisión Plenaria (art. 47 del reglamento); no hu
bo división en comisiones; un comité de redacción compuesto por 15 --
estados (art. 48 del reglamento) llevó a cabo la árdua tarea de revisar
en detalle y coordinar todos los textos. La comisión Plenaria aprobó --
-o rechazó- los artículos del Proyecto básico, como también las 400 --
enmiendas o adiciones que fueron presentadas. A medida que los ----
artículos y las enmiendas eran aprobados -muchas veces sin ser some
tidos a voto- pasaban al Comité de Redacción; éste revisaba el texto
-en ocasiones lo reelaboraba- y lo remitía de nuevo a la Comisión --
Plenaria que lo aprobaba por mayoría simple (art. 51 del reglamento).
Sancionado todo el proyecto con sus enmiendas y adiciones, El Comi-

(123) Informe CDI, Op., Cit., pags. 81, 94.

té de Redacción procedió a una revisión íntegra de los artículos antes sometidos al Pleno de la Conferencia, el cual los aprobaba o rechazaba por mayoría de dos terceras partes (art. 36 del reglamento). El pleno consideró también propuestas adicionales y enmiendas que le fueron sometidas directamente, y que, en caso de aprobación, eran remitidas al Comité de Redacción, que las devolvía al pleno revisadas y concordadas, para ser aprobadas definitivamente. El Comité de Redacción elaboró el Preámbulo y con la colaboración de la Secretaría el Acta Final. Este cuerpo trabajó, en general, sobre la base del consenso de sus miembros, recurriendo excepcionalmente a la votación.

Durante el primer período de la Conferencia de Viena, en la Comisión Plenaria, el art. 50 del proyecto se discutió en las sesiones (124) 52, 53, 54, 55 y 56. En el curso de los debates dieron su apoyo más o menos abierto al artículo: El bloque Socialista en Pleno, incluida Cuba, Italia, España y Suecia; México, Uruguay, Bolivia, Brasil y Ecuador; 16 países Afroasiáticos, incluidos Irak, Rep. Árabe Unida, Líbano, India, Pakistán, Filipinas, Nigeria, Ghana, Tanzania, Kenya, Chipre e Israel.

Lo apoyaron, con reservas en cuanto a la necesidad de precisar el contenido y alcance del concepto, o conveniencia de someterlo

(124) Conferencia, I, D7.

a una jurisdicción obligatoria, o ambas cosas; Estados Unidos, Grecia, Nueva Zelandia, Bélgica, Alemania, Canadá, Noruega, Chile, Colombia, Argentina, Trinidad, Madagascar, Ceylán, Malasia y Japón.

Lo criticaron duramente por las mismas razones, aún sin negar la existencia misma de un Jus Cogens: Países Bajos, Reino Unido, Francia, Mónaco, Australia, Suiza, para los cuales el artículo en su forma del momento era inaceptable. "Es absurdo, en efecto, -dijo el delegado de Francia- 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. (125) El británico calificó el artículo de "caja de Pandora". (126) Todos ellos hicieron cuestión "sine qua non" de un mecanismo jurisdiccional. El delegado de Turquía fue más allá, desconociendo el Jus Cogens internacional: "... La CDI ha traspuesto del derecho civil al derecho de los tratados todas las causas de nulidad que existen en el derecho de las obligaciones .. (. . .) Lo que antecede demuestra que no se trata de una norma sólidamente establecida sino de una norma nueva mediante la cual se intenta introducir en el derecho internacional por la vía convencional, el concepto de orden público del derecho civil. (. . .) A diferencia del derecho interno, el derecho internacional no conoce legisla -

(125) *Ibid.*, Pág. 341

(126) *Ibid.*, Pág. 365

dor que le imponga sus órdenes. (. . .) . . . sólo un legislador que no precisa del consentimiento de los sujetos de derecho puede decretar que una norma es de orden público y que su violación entraña la nulidad. _

(. . .) Así, pues, al querer introducir en el derecho internacional una norma tomada del derecho civil, sin adaptarla a las condiciones peculiares del medio internacional y privándola de las garantías de que va acompañada en el derecho interno, la CDI ha propuesto un texto que puede dar lugar a toda clase de abusos. En consecuencia, la delegación de Turquía deplora no poder apoyar el mantenimiento de los arts. 50, 61 y 62_ que, en su forma actual, amenazan la estabilidad de los tratados y pueden crear desórdenes en la vida internacional".

(127)

En cuanto al contenido de las normas imperativas, se oyeron, _ entre otras, las siguientes opiniones, que pueden agruparse en dos -- sectores:

- a) normas fundamentales de los derechos humanos:
- actos contrarios a la prohibición de la esclavitud _ (Libano, Polonia, Chipre, Checoslovaquia)
 - igual de otras tratas humanas (Chipre).
 - actos contrarios a ciertas normas del derecho de guerra (Libano, Polonia). (Caso U.S. vs Alfred Krupp y otros, ante el Tribunal de Núremberg, _

(127) *ibid.*, pags. 331/332.

1947/1948, sobre el empleo ilegítimo de prisioneros de guerra.

- genocidio (Líbano, Polonia, Chipre, Uruguay, Checoslovaquia, Canadá, Filipinas).
- violación de los derechos humanos en general (Uruguay, Chipre, Canadá).
- Actos contrarios a la libre determinación (URSS, Chipre); colonialismo (Ucrania)
- discriminación racial (Uruguay).

b) normas fundamentales de la convivencia internacional:

- actos contrarios a la prohibición de la piratería (Chipre, Filipinas, Checoslovaquia).
- agresión y uso ilícito de la fuerza (URSS, Uruguay, Canadá, Ucrania, Alemania, Filipinas); violación del art. 2 de la Carta de la ONU (Líbano); violación de los arts. 1 y 2 (Checoslovaquia); violación de la Carta (Bulgaria).
- destrucción de la soberanía e independencia política de un Estado (Checoslovaquia).
- actos contrarios a la igualdad soberana y a la no intervención (URSS).
- actos contrarios a la libertad de la alta mar (Polonia)

Los delegados de Líbano y Suiza criticaron la expresión Jus Co-

gens, que debfa ser reemplazada por "orden público internacional".

El delegado italiano dijo que "se encuentra aquí de nuevo el *ius naturalis*, es decir, el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana"; el de Hungría, que: "el principio contenido en este artículo no se apoya en la teoría del derecho natural... Las normas de carácter imperativo, como todas las demás normas de derecho internacional, tienen su fuente en la voluntad de los Estados". (129)

El delegado de Tanzania criticó la frase "y que sólo puede ser modificada, etc.", así como el párrafo del comentario que admite la mutabilidad de las normas imperativas. "A juicio de la delegación de Tanzania una norma de *ius cogens* no puede ser modificada. Indudablemente en lo futuro habrán nuevas normas de *ius cogens*, pero estas -- normas se agregarán a las antiguas y jamás podrán alterar las existentes". (130) A lo que replicó el Consultor Waldock que la definición -- quedaba reforzada al precisar "que se trata de una norma de carácter -- tan imperativo que sólo puede ser modificada por otra norma de la -- misma naturaleza", y que el *ius cogens* evolucionaba. (131)

En síntesis, podemos afirmar que en el seno de la comisión plenaria, durante el primer período de la Conferencia de Viena, se --

(128) *Ibid.*, pags. 328 y 357.

(129) *Ibid.*, pags. 343/344.

(130) *Ibid.*, pag. 355.

(131) *Ibid.*, pag. 362.

hicieron patentes tres actitudes hacia el art. 50 del proyecto: Una que sostenía el texto de la CDI; otra restrictiva, partidaria de precisar y limitar el concepto de Jus Cogens; y una tercera contraria, disimulada o abiertamente. La primera produjo una enmienda de Rumania y URSS que, bajo apariencia de definir la norma imperativa, lo hacía con las propias palabras del texto; ⁽¹³²⁾ la segunda, se concretó en la enmienda de Estados Unidos, incorporando la irretróactividad declarada en el comentario de la CDI y, asegurando la aprobación universal de la norma; además, la adición de Finlandia, Grecia y España: "...Reconocida por la comunidad internacional como una norma que no admite acuerdo en contrario". La tercera, se manifestó a través de la enmienda del Reino Unido, para que las normas imperativas se definieran "cada vez que sea necesario" en protocolos anexos a la Convención.

Puesta a votación la enmienda americana quedó aprobado -43 votos a favor, 27 en contra y 7 abstenciones el primer añadido: "en el momento de su celebración", con el que se incorporó expresamente la irretróactividad. El segundo añadido se rechazó. Por lo tanto, el texto de la CDI con el añadido aprobado y las enmiendas de Rumania y URSS, y España, Finlandia y Grecia- que no fueron sometidas a votación-, pasó al Comité de Redacción.

En el Comité de Redacción, el relator Jiménez de Arechega --

(132) A/Conf. 39/C.1/L. 258/Corr. 1.

propuso dejar el artículo tal como estaba y hacer una definición de "norma imperativa general" en el art. 2. Las delegaciones socialistas y africanas se opusieron. Waldock señaló la necesidad de definir el Jus Cogens, fuera donde fuese, en el mismo artículo o en el 2. El delegado Soviético argumentó que cualquier otro intento de definición excedía el mandato del comité y debería ser aprobado por la plenaria.

No obstante se decidió dar la definición en el propio artículo, considerándose en especial el significado de "normas imperativas"; El alcance de la eventual definición (general o para esta convención solamente); la expresión "que no admita acuerdo en contrario", cuya formulación permitía pensar que otras normas imperativas podrían admitir tal acuerdo, y la importancia de la mención de una modificación de la norma imperativa, como índice de que se trata de derecho positivo, no inmutable. Uruguay sugirió decir "la comunidad internacional en su conjunto"; el Reino Unido: "comunidad de los estados", discutiéndose entonces si la palabra "internacional" era necesaria o no. La expresión "en su conjunto" fue criticada por los socialistas, que interrogaron si quería decir la totalidad o la mayoría; el consenso general indicó claramente lo primero.

Los delegados de Congo-Brazaville y Francia fueron más lejos, poniendo en duda la existencia y alcance de la comunidad internacional. Este último volvió por la idea de la enmienda americana, rechazada por la plenaria, al decir que el reconocimiento tenía que ser hecho -- "por el conjunto de los sistemas jurídicos", e insistió en si debía ser

"reconocida" o "aceptada"; Pidió que se dijera ambas cosas para lo que hubo consentimiento.

Con estas modificaciones, hechas en el Comité de Redacción, queda elaborado el texto definitivo del artículo 53, en la forma siguiente:

"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".

Vuelto el texto a la Comisión plenaria, todo el artículo fue aprobado por 72 votos contra tres -Mónaco, Suiza y Turquía- y 18 abstenciones -Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Francia, Gabón, Irlanda, Italia, Japón, Liberia, Noruega, Nueva Zelandia, Reino Unido, Rep. Federal de Alemania, Senegal, Sudáfrica-. Varios hicieron la salvedad de que condicionaban su posición definitiva a la aprobación de un mecanismo jurisdiccional.

En el 2o. período de la Conferencia, el Comité de Redacción dejó el artículo sin modificaciones. En el pleno, Francia, Australia, Reino Unido, Turquía, Suiza y Bélgica, le hicieron fuertes críticas, que envolvían todo el proyecto de la CDI; "desgraciadamente -expresó el representante de Francia- el art. 50, por anticipado y de un modo perentorio, declara nula toda una categoría de tratados sin que se sepa exactamente cuáles son esos tratados ni cuáles son las normas en virtud de las cuales se pronunciará su nulidad, ni siquiera qué autoridades tendrán -- competencia para promulgar esas normas. El art. 50 se presenta bajo el signo de la imprecisión, en cuanto al contenido actual del jus cogens, en cuanto a la formación de las normas que éste implica y en cuanto a sus efectos".

(133)

El representante de Bélgica dijo: "la aplicación del concepto de orden público ha tenido éxito en derecho interno porque este derecho constituye un ordenamiento jurídico organizado. Pero el ordenamiento jurídico internacional no está todavía organizado, e incorporar el concepto de jus cogens no sólo es prematuro, sino también peligroso, --- porque con ello se abre paso al abuso y a la aplicación del art. 50 fundada en consideraciones desprovistas de carácter jurídico".

(134)

(133) Pleno de la Conferencia (Viena), Sesión No. 19.

(134) *Ibid.*, Sesión 20.

El artículo 50 -actual 53- fue aprobado por 87 votos contra 8 y 12 abstenciones. Votaron en contra Australia, Bélgica, Francia, --- Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y Turquía. Se abstuvieron Gabón, Irlanda, Japón, Malasia, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Senegal, Sudáfrica y Túnez.

En cuanto al artículo 61 -64 definitivo- después de un debate _ de iguales características que el anterior, fue remitido por la Comisión Plenaria al Comité de Redacción, que lo devolvió simplificado, suprimiendo la referencia al artículo 50 que contenía el proyecto de la CDI: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será _ nulo y terminará". El texto fue aprobado por 84 votos, 16 abstenciones y 8 en contra.

En cuanto a la indivisibilidad del art. 53 respecto a los efectos de la nulidad, el art. 44, párrafo 5, establece:

"En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado", cláusula que repite casi textualmente la redacción del artículo 41 del proyecto de la -- CDI. De modo que la nulidad producida por el conflicto con una norma imperativa, afecta al tratado en su totalidad.

Al tratarse el artículo 41 del proyecto en el primer período de la Conferencia, Finlandia propuso la supresión de la referencia al --- artículo 50 -actual 53- de modo que la nulidad no afectara la totalidad del tratado, sino sólo la cláusula impugnada, pero esta enmienda fue rechazada.

Después, al tratarse el art. 50 del proyecto, Finlandia propuso: "en las condiciones especificadas en el art. 41, si únicamente están en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general ciertas cláusulas", con una enmienda correspondiente para el art. 61, actual 64. Ambas fueron retiradas. En consecuencia no hubo modificaciones, no obstante lo cual es lícito deducir que la divisibilidad existe para el art. 64, que no ha sido incluido en la prohibición del art. 44. (135)

Del análisis que se ha efectuado, sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, se desprende que para que una norma de derecho internacional, tenga el carácter de *jus cogens*, es necesario que sea a la vez: imperativa, general y que produzca la nulidad a toda norma derogatoria que no tenga su misma jerarquía.

Al hablar de norma imperativa es conveniente señalar que dicho término no es sinónimo de norma obligatoria ya que, en principio todas las normas de derecho internacional son obligatorias para los estados, lo que significa que su violación constituiría un acto ilícito, con todas las consecuencias jurídicas que trae consigo. Quizá la única excepción sean las normas simplemente permisivas que son aquellas que no imponen obligación alguna a sus destinatarios. (136) Por tanto, la introducción del *jus cogens* en el derecho internacional no debe crear du

(135) A/Conf. 39/C. 1/L. Pags. 293/294.

(136) García Maynez, E., "Introducción al Estudio del Derecho". 13a. Ed., Porrúa, México, 1965, pags. 91 y 93.

das sobre el carácter obligatorio que tienen las normas que integran este derecho. En otras palabras, en el orden internacional los sujetos del derecho son al mismo tiempo los creadores de las reglas que se les aplican, ya sea mediante tratados, ya por su participación en la formación de una costumbre; por lo que resulta natural que los estados, habiendo participado en la creación de una norma, puedan también derogarla, siempre y cuando lo acepten igualmente los otros estados con los que se había obligado. A estas normas se les denomina dispositivas, mientras que las del Jus Cogens se caracterizan precisamente porque prohíben una derogación semejante en las relaciones entre dos estados, es decir, un estado no puede deshacerse de las obligaciones que una norma de jus cogens le impone aún con el consentimiento expreso del otro estado, ya que éste no puede renunciar por sí mismo a tales derechos. De donde se desprende que la norma de jus cogens tiene un carácter prohibitivo en un sentido muy particular, ya que dicha prohibición consiste en negar toda derogación a sus disposiciones por normas que no tengan dicho carácter. Este carácter prohibitivo se justifica por el hecho de que el jus cogens protege los intereses superiores para los que fue creado el estado como por ejemplo, los derechos humanos. Y por otra parte se justifica también, debido a que en la sociedad internacional actual existe de hecho una profunda desigualdad entre los estados en lo referente a su capacidad de negociación, lo que ocasiona

que ciertos sujetos de derecho abusen de la posición ventajosa en la que se encuentran, ocasionando desórdenes que atacan el equilibrio y la paz mundial.

Por lo que respecta a la característica de generalidad, es conveniente tener presente lo manifestado en el capítulo I en donde quedó asentado que la generalidad de una norma se debe determinar no sólo por el número de estados que la reconozcan, sino también por la calidad de su contenido formado por valores éticos y sociales que representen los intereses comunes de la sociedad internacional en su conjunto. En efecto, existe un acuerdo prácticamente unánime en definir el derecho internacional general, como el conjunto de normas aplicables a todos los estados miembros de la sociedad internacional, en oposición a aquellas normas aplicables solamente a cierto número de ellos, y que constituyen el derecho internacional particular ya sea regional, local o bilateral. Concebido de esta manera el derecho internacional general, encuentra su expresión más perfecta en el jus cogens.

En cuanto al tercer elemento, según el cual, la norma de jus cogens produce la nulidad a toda norma derogatoria que no sea de su misma naturaleza, conviene señalar que con esta característica se consagra la mutabilidad de dichas normas, de acuerdo con la flexibilidad que debe caracterizar a todo el derecho, pero principalmente al internacional que está sujeto a transformaciones violentas y continuas por

la situación sociohistórica de la sociedad internacional, y por las modificaciones que se originan en las concepciones políticas, éticas, filosóficas e ideológicas. En pocas palabras, las normas del jus cogens son normas de derecho positivo y por lo tanto no constituyen un derecho natural.

Sin embargo, lo trascendental de este último elemento es lo referente a la nulidad. En efecto, la nulidad constituye la sanción más grave que puede padecer un acto jurídico puesto que le suprime todos los efectos de derecho que normalmente debería producir la norma. En derecho internacional tal sanción es muy rara inclusive en el mismo derecho de los tratados. 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. En cambio, la posibilidad de producir la nulidad de un acto internacional aparece en hipótesis particulares y muy pocas nombradas que recoge la Convención de Viena, a saber: La objeción sobre el representante de un estado, la amenaza o uso de la fuerza y finalmente la oposición a una norma del jus cogens por una norma que no participa de sus características.

CAPITULO IV

LA SANCION A LOS TRATADOS QUE ESTAN EN OPPOSICION A UNA NORMA
DE "JUS COGENS"

La característica esencial de la norma del jus cogens en la práctica internacional, radica en que produce la nulidad no sólo de las normas de derecho internacional que se le oponen y que no son imperativas y generales, sino también de los tratados y costumbres que están detrás de dichas normas. De ahí que sea de capital importancia analizar el tipo de nulidad que produce la norma de jus cogens, las condiciones bajo las cuales se dá dicha nulidad y sus consecuencias. Sin embargo, es necesario estudiar previamente las nulidades que establece la Convención de Viena con el objeto de encuadrar la nulidad que produce la norma de jus cogens, pero teniendo presente que si no la existencia misma de las causales de nulidad, por lo menos su tratamiento ha sido muy controvertido en la doctrina, que la jurisprudencia es prácticamente inexistente y la práctica de los estados se hunde en uno de los terrenos más polifónicos que imaginarse pueda y por lo tanto, menos sujetos a la regulación jurídica.

Las condiciones de validez de los actos jurídicos internacionales, los clasifica la doctrina tradicional en condiciones de forma y condiciones de fondo. (137) Las primeras se refieren a la capacidad de los estados para

(137) Rousseau, Ch., "Principes généraux du droit international public", Paris, Pedone, 1944, pag. 339.

obligarse internacionalmente o dicho en otros términos, que el acto convencional que está dispuesto a celebrar éste, dentro del ámbito de su competencia para obligarse por un tratado.

En cuanto a las condiciones de fondo, dos son las reconocidas por la doctrina para configurar la validez de los actos jurídicos creadores de normas convencionales en derecho internacional: la licitud del objeto, y la libertad del consentimiento de las partes en el tratado.

La problemática de la licitud del objeto, expuesta en términos generales en el capítulo anterior, empieza a adquirir relevancia en la actualidad al aceptarse en la Convención de Viena el concepto de "jus cogens". En cuanto a la libertad del consentimiento, la doctrina general es coincidente en sostener que los convenios "presuponen un consentimiento de las partes con respecto a un objeto determinado" -consensus ad idem- pues no puede hablarse de un tratado válido si no hay acuerdo de voluntades acerca de su contenido o si el contenido del acuerdo es demasiado indeterminado para que pueda desprenderse de él lo que quisieron las partes. (138)

"Una voluntad concordante de las partes, expresada sin equívocos, constituye la primera condición de la validez de un tratado. Hay una segunda: los tratados deben ser libremente consentidos". (139)

En este orden de ideas, la primera cuestión que se plantea es si

(138) Verdross, A., Op., Cit., pag. 114.

(139) Rousseau, Ch., Op., Cit., pag. 343.

la teoría de los vicios del consentimiento se presenta con los mismos caracteres en el campo internacional que en el derecho interno. Podemos agrupar las opiniones en dos grandes corrientes:

- a) Transposición de la teoría general de los vicios del consentimiento al derecho internacional: Esta corriente asimila en rigor el sistema de los contratos de derecho privado al de los tratados internacionales. Lauterpacht, (140) Verdross, (141) y Le-Fur, (142) con antecedentes en Heffter, J. F. Martens, Pradler- Fodere, postulan la aplicación de las normas generales sobre la materia al derecho internacional, considerando, en principio, que todos los convenios viciados de error, dolo, lesión o violencia deben ser sancionados con su invalidez.
- b) Adaptación de la teoría general de los vicios del consentimiento a las características del ordenamiento internacional: La mayor parte de los internacionalistas actuales se oponen a la transposición lisa y llana de la teoría civilista de los

(140) Lauterpacht, "Private law Sources and Analogies", 1927, pag. 166, citado por Le Fur.

(141) Verdross, A., "Regles générales du droit de la paix", R.D.C., 1929, IV, No. 30, pags. 429/430.

(142) Le Fur, "Le deve loppement Historique du droit International", R.D.C., 1932, III, No. 41, pags. 574/583.

vicios del consentimiento al derecho internacional. Se manifiesta esta opinión principalmente en el tratamiento del vicio de la violencia, en Fauchille, (143) Oppenheim, (144) Basdevant, (145) Anzilotti, (146) Cavaglieri, (147) Cavaré, (148) ... Este criterio evoluciona hasta llegar a afirmar que cada orden jurídico establece sus propias condiciones para la validez de los actos jurídicos respectivos. Así Rousseau expresa que no siendo susceptible el tratado internacional de ser asimilado enteramente al contrato de derecho privado, "resulta imposible trasladar al orden de las relaciones interestatales un análisis originariamente presentado para explicar las relaciones contractuales de orden privado" y porque -descartando los supuestos de error, dolo o lesión, que no son para él más que meras hipótesis académicas- "el solo interés práctico de la discusión concierne al caso de la violencia y ésta se presenta en el orden público internacional bajo un aspecto radicalmente diferente del que reviste en el derecho interno". (149) Podestá Costa, que participa tam-

(143) Fauchille, Op., Cit., T. I., 3a. Parte, pags. 297/300.

(144) Oppenheim, Op., Cit., pags. 27/28 y 878/879.

(145) Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", R. D. C., 1936, IV, No. 58, pags. 647/648.

(146) Anzilotti, Op., Cit., pag. 343.

(147) Cavaglieri, Op., Cit., pags. 510/512.

(148) Cavaré, Op., Cit., T. II., pags. 63/67.

(149) Rousseau, Op., Cit., pag. 343.

bién de este criterio, dice con acierto, que "las normas que rigen a los contratos en el derecho privado no pueden aplicarse por analogía a los tratados sino en forma muy limitada y con extrema cautela, porque las personas que son -- parte, las cosas sobre las cuales versan, así como los órganos destinados a darle cumplimiento, a anularlos o a imponer sanciones por su inejecución, no son iguales en los tratados (150) y en los contratos". En el mismo orden de ideas, --- Guggenheim señala que, en derecho internacional, "la manifestación exterior de la voluntad de un estado en obligarse -- por un tratado debe corresponder a la voluntad declarada", -- por el órgano competente para la producción del acto jurídico de que se trate y no a la "voluntad real" del mismo, como sería el caso en derecho interno. (151)

En la actualidad, resultan convincentes las opiniones de quienes -- objetan la transposición lisa y llana del sistema del derecho privado al -- derecho internacional y, admiten, en cambio, diferencias entre ambos -- derivadas más del distinto grado de evolución de uno con respecto al --- otro que de una diferencia esencial.

(150) *Podestá Costa, Op., Cit., T. I., pag. 408.*

(151) Guggenheim, "La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux", RDC, 1949, I, No. 74, pag. 202.

Una vez señaladas las condiciones de validez de los actos jurídicos internacionales, resulta necesario considerar las sanciones que prevé el ordenamiento jurídico internacional para aquellos actos que no las reúnan.

En esta materia las legislaciones civiles y la doctrina del derecho interno se manifiestan con gran riqueza de matices. Esta variedad de opiniones se puede agrupar en dos grandes corrientes: La que se apega a la tesis clásica y la que sigue los lineamientos del derecho civil francés en la tesis de Julian Bonnacase. A esta última se adhiere nuestro "Código civil para el Distrito y Territorios Federales" de 1928. En efecto, en el art. 8 establece los principios generales sobre las nulidades: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario"; el artículo 2224 regula la inexistencia cuando afirma: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado". En cambio las nulidades absoluta y relativa, quedan reglamentadas en los artículos 2226 y 2227 respectivamente; el primero dice: "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción". El artículo 2227 señala que "La nulidad es relativa cuando

no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

En cambio, de acuerdo a la tesis clásica, las conductas humanas que no puedan producir la plenitud de sus consecuencias jurídicas, se clasifican en inexistentes y nulas; la conducta nula, a su vez, puede ser absoluta -de pleno derecho- o relativa-anulable-. "Una conducta es inexistente para el derecho... cuando le falta un elemento esencial, en ausencia del cual es lógicamente imposible concebir su existencia jurídica. El acto inexistente se confunde con la nada, y el derecho -afirman los seguidores de esta teoría- no tiene por que ocuparse de él, toda vez que ocuparse de esos actos, sería elaborar la teoría de la nada. Estos actos no producen, en consecuencia, efecto jurídico alguno". (152) Por su parte, los actos nulos, son aquellos que o no producen efecto jurídico alguno o lo producen provisionalmente en virtud de que sus elementos esenciales se dan de un modo imperfecto. Por lo tanto, para esta tesis "hay dos clases de nulidades:

- a) La absoluta o de pleno derecho.
 - b) La relativa o anulabilidad.
- a) Nulidad Absoluta. Se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es, una ley de orden público. (. . .) el acto nulo absoluto es en esta tesis asimilado al inexistente y por ello tampoco produce efecto

jurídico alguno.

- b) Nulidad Relativa. - Al igual que la absoluta, nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida en favor de personas determinadas. (. . .) el acto produce efectos jurídicos provisionales, mientras no lo aniquila re⁽¹⁵³⁾troactivamente una decisión judicial". Como se ve, mientras el juez no decreta la nulidad, en este último tipo de actos, éste produce plenamente sus efectos, todo lo contrario de lo que sucede en el acto inexistente en el que el juez sólo constata dicha situación ya que no puede declarar la nada jurídica. Lo mismo se puede afirmar del acto nulo absoluto ya que no hay que olvidar que esta teoría lo asimila al acto inexistente.

Una variante contemporánea de esta teoría es la sostenida por el Código Civil Argentino, quien distingue primeramente entre la nulidad y la anulabilidad, y en segundo lugar, entre nulidad absoluta y relativa. La nulidad 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,

(153) *Ibid.*, pags. 113 y 114.

actos anulables son aquellos cuya causa de invalidez deja al árbitro judicial la apreciación amplia de la eventual nulidad. Como es común afirmar en 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. (154)

La segunda distinción tiene una doble fundamentación: por una parte, la gravedad específica de la invalidez, que se manifiesta a través de la ecuación nulidad o anulabilidad absolutas, si ha sido concebida por el legislador apuntando a la protección del orden público, y nulidad o anulabilidad relativas, si el ámbito de la protección legal ampara sólo los intereses particulares. (155) Además, el derecho de pronunciar o invocar la nulidad, que en el caso de la absoluta, corresponde al juez, a la parte interesada, o a terceros, en el caso de la relativa es privativo solamente de la parte interesada.

Al lado de los actos nulos y anulables, la doctrina de derecho interno reconoce otro tipo de acto jurídico que no es, en rigor, ni válido ni -- nulo, por presentarse sin alguno de los elementos que caracterizan a los (156) actos jurídicos (sujeto, objeto, etc.) y al que denomina acto inexistente.

(154) Llambias, J. J., "Tratado de Derecho Civil", parte general, 3a. Ed., Perrot, Bs. As., 1967, T. II., pags. 551 y 559.

(155) *Ibid.*, pags. 560/561/598/599.

(156) *Ibid.*, pag. 569.

En el campo del derecho internacional algunos autores admiten la existencia de actos nulos y anulables. Así Verdross expresa que "los tratados cuya celebración adoleciera de un vicio del consentimiento no son de suyo inválidos (nulos) sino tan sólo total o parcialmente impugnables (anulables)", agregando que la impugnación respectiva deberá intentarse primero por la vía diplomática y, en caso de fracaso, a través de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales. (157)

También Luna y Bartos han admitido la existencia de los actos nulos y anulables en el derecho internacional. (158) Schwarzenberger se inclina por admitir la anulabilidad en los casos de dolo y violencia sobre el representante de un estado. (159)

Otros como Guggenheim distinguen entre actos inexistentes y actos nulos (de nulidad absoluta o relativa) pero no se refieren para nada a los anulables. El acto inexistente se da cuando "individuos o entidades jurídicas pretenden haber creado un acto jurídico aunque los elementos de este acto estén de tal modo ausentes que no puedan llegar a existir de ninguna manera". (160) En cuanto a los actos nulos -que define como -- "actos jurídicos a los que un órgano competente del orden internacional

(157) Verdross, A., "Derecho Internacional Público", pag. 116.

(158) Anuario CDI, 1966, I., 1a. Parte, pag. 24.

(159) Schwarzenberger, G., "The fundamental principles of international law", R.D.C., 1955, I., No. 87, pags. 265, 268, 270.

(160) Guggenheim, Op., Cit., pag. 203 y ss.

declara que no están en condiciones de producir efectos y a los cuales niega todo reconocimiento" - "precisan ser constatados en una declaración constitutiva de su nulidad".⁽¹⁶¹⁾ A diferencia de los actos inexistentes, los actos nulos producen, pues, ciertos efectos ya que poseen un determinado grado de efectividad hasta que el órgano competente de derecho internacional los constata como inválidos.

Ago concuerda con Guggenheim en cuanto a que no es posible aplicar el sistema general de las nulidades propio del derecho interno al derecho internacional. Dice textualmente: "la anulabilidad es un concepto aplicable únicamente en derecho interno, en el cual se puede recurrir a una autoridad competente para pronunciar la nulidad".⁽¹⁶²⁾

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 o 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 o primitivismo -- son bien conocidas, la transposición de la teoría de los vicios consen--- suales 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,

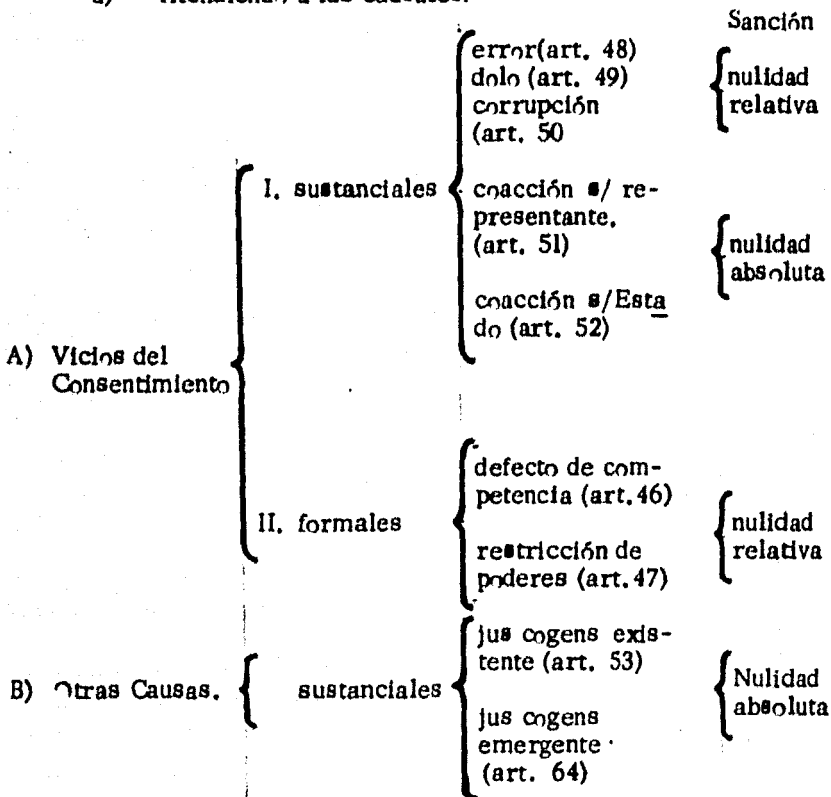
(161) *Ibid.*, 207 a 208.

(162) Anuario C.D.I., 1966, I, la. Parte, págs. 24/25.

de una más perfecta centralización del orden jurídico internacional. Mientras no se logre esto, los conceptos de acto inexistente y acto nulo - con sus modalidades de absoluto y relativo - resultan aptos y suficientes para captar los diferentes supuestos de invalidez derivados del consentimiento viciado en el derecho internacional.

Según el criterio que se haga prevalecer, el esquema de la Convención de Viena en materia de nulidades, puede representarse de las siguientes maneras:

a) Atendiendo a las causales:



Los vicios sustanciales del consentimiento de que se ocupan los autores son tres: Error, dolo y violencia, acompañados a veces de la lesión; entre ellos, la violencia ha ocupado muy preferentemente su atención. (163) En realidad, la mayoría niega o minimiza la posibilidad de que el error y el dolo puedan materializarse, y ello en razón del complejo mecanismo administrativo o administrativo-legislativo que sigue la conclusión de un tratado.

Entre los relatores de la CDI, Brierly no alcanzó a tocar este tema, pero Lauterpacht lo introdujo desde su primer informe tipificando como tales vicios los tres citados en primer término (164) lo que fue repetido por Fitzmaurice (165) y Waldock. (166) El proyecto de la CDI expuso estas figuras tradicionales bajo la forma de "error" y "dolo"; de esta última extrajo un sub-tipo doloso "corrupción del representante de un estado"; en cuanto a la "violencia", según un criterio tradicional de fundamentación muy asentada, según se verá más adelante fue tratada en dos cláusulas separadas: "coacción sobre un representante de un Estado" y "coacción sobre un estado por la amenaza o el uso de la --

(163) Oppenheim, Op. Cit., T. I, pag. 547; Basdevant, Op., Cit., pag. 645; Le-Fur, Op., Cit., pag. 575; Rousseau, Ch., Op., Cit., 350/354; Podestá Costa, Op., Cit., T. I., pag. 409; Carvaré, Op., Cit., T. II, pag. 54; Verdross, Op., Cit., pag. -- 114/115; Guggenheim, "Traité", pags. 188/191.

(164) Yearbook, ILC, 1953, II, pags. 147/154.

(165) Annuaire C.D.I., 1958, II, pags. 26 y 37/40.

(166) Yearbook, ILC, 1963, II, pags. 47/52.

fuerza"; las tres primeras figuras son de nulidad relativa; las dos últimas de nulidad absoluta. A estos vicios sustanciales se agregaron dos de forma: "disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados" y "restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento del estado", que son sancionados con nulidad relativa.

A los vicios sustanciales del consentimiento se agrega una causa sustancial de nulidad absoluta, muy ajena a los vicios del consentimiento: "el jus cogens tipificado en dos cláusulas separadas, según se trate del existente - "tratados que están en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general" - o del emergente - "aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general".

b) Atendiendo al tipo de nulidad:

A. Relativa	I. vicios sustanciales II. vicios formales	{ error (art. 48) dolo (art. 49) corrupción (art. 50) { defecto de competencia (art. 46) restricción de poderes (art. 47)
B. Absoluta	I. vicios sustanciales II. otras causas	{ anulación s/ representante (art. 51) anulación s/ Estado (art. 52) { jus cogens existente (art. 53) jus cogens emergente (art. 64)

En este segundo cuadro, aparece que las causas de nulidad relativa son cinco, divididas en dos grupos según obedezcan a vicios sustanciales o formales. Los tres casos sustanciales anuncian la nulidad relativa de modo asertivo: "El estado perjudicado podrá alegar las causas respectivas como vicios del consentimiento".

"Artículo 48

Error

1. Un estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituye una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.
2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.
3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste; en tal caso se aplicará el art. 79.

"Artículo 49

Dolo.

Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado".

"Artículo 50

Corrupción del representante de un Estado.

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directamente o indirectamente por otro Estado negociador, -- aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado".

Los dos casos formales enuncian dicha nulidad de modo negativo: "la causal no podrá ser alegada por el Estado perjudicado a menos que..."

"Artículo 46

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estad

do en obligarse por un tratado haya sido _
manifestado en violación de una disposi--
ción de derecho interno concerniente a la
competencia para celebrar tratados no po--
drá ser alegado por dicho Estado como vi--
cio de su consentimiento, a menos que esa
violación sea manifiesta y afecte a una nor--
ma de importancia fundamental de su dere--
cho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta obje--
tivamente evidente para cualquier Estado que
proceda en la materia conforme a la prácti--
ca usual y de buena fe".

"Artículo 47

Restricción específica de los poderes para mani--
festar el consentimiento de un Estado.

Si los poderes de un representante para ma--
nifestar el consentimiento de un Estado en --
obligarse por un tratado determinado han sido
objeto de una restricción específica, la inob--
servancia de esa restricción por tal represen--
tante no podrá alegarse como vicio del consen--

timiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento a los demás Estados negociadores".

Los casos de nulidad absoluta son cuatro. Dos de ellos obedecen a un vicio sustancial del consentimiento: la violencia (o coacción, o uso de la fuerza) que ha reconocido, tradicionalmente, dos supuesto bastante diferentes; aquella ejercida sobre el representante de un Estado para obligarlo a celebrar un tratado, y la que puede ejercerse contra el estado mismo, en su conjunto como persona jurídica y entidad histórica. La coacción contra el representante es uno de los supuestos más clásicos y más unánimemente aceptados de nulidad, en tanto que la violencia o presión ejercidas contra el conjunto del estado, no fué considerado así en el pasado; sólo en nuestros días parece cambiar tal criterio, de algún modo.

"Artículo 51

Coacción sobre el representante de un Estado

La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico."

"Artículo 52

Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.

Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Conviene hacer notar que aún cuando el artículo 51 no dice, como el 52 o el 53: "Es nulo todo tratado...", sino "La manifestación del consentimiento... obtenida por coacción... carecerá de todo efecto jurídico", sin embargo, el efecto práctico es absolutamente el mismo: todos son casos de nulidad absoluta.

Los otros dos casos responden, no a un vicio del consentimiento, sino a un hecho jurídico ajeno por completo a él: la existencia o la aparición de una norma imperativa de derecho internacional (jus cogens):

"Artículo 53

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)

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".

"Artículo 64

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general. (jus cogens)

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

La Convención de Viena establece en dos artículos diferentes, las consecuencias de derecho que generan estas nulidades. En el artículo 69 determina la norma general para todos los tratados, y en el artículo 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 o ilícitos que es una materia expresamente excluida del ámbito de la Convención por virtud del artículo 73.

"Artículo 69

Consecuencias de la nulidad de un tratado.

1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.
2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:
 - a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;
 - b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.
3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51, o 52, no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.

4. En caso de que el consentimiento de un Estado determinado en obligarse por un tratado multi lateral esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.

Este artículo es coherente con el concepto de que las nulidades de que se trata son nulidades absolutas "ab initio". La Comisión de Derecho Internacional lo recalca expresamente al señalar que "el establecimiento de la nulidad de un tratado por cualquiera de las causas indicadas en la sección 2 de la parte V significa que el tratado es nulo ab initio y no solo a partir de la fecha en que se ha alegado la causa de nulidad". (167)

Este problema nos relaciona con la cuestión de la retroactividad de las sanciones a la invalidez de los actos jurídicos. En el supuesto de un tratado nulo ab initio, todo acto que se funde en ese instrumento nulo carecerá de eficacia o como lo expresa el mismo art. 69 carecerá de "fuerza jurídica" es decir, no será apto para producir el efecto jurídico propio del acto.

El comportamiento de la sanción de nulidad absoluta -a diferencia del supuesto de nulidad relativa- es que la invalidez se retrotrae a la fe-

(167) Informe C.D.I., Asamblea General, documentos oficiales XXI Período de Sesiones, Suplemento No. 9, (A/6309/REV. 1), pag. 97.

cha misma del acto nulo como si el mismo nunca hubiera tenido lugar. La retroactividad en que opera la 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.

Y aquí surge, el problema de si el acto o el tratado nulo alcanzó a concretarse o no en determinados actos jurídicos resultantes de su aplicación, es decir, si se habían o no ejecutado actos jurídicos en su secuencia. Si la constatación de la nulidad ha sido practicada antes de la ejecución de algún acto jurídico ejecutado, con motivo o en aplicación del tratado, la situación creada no ofrece problemas y la retroactividad opera sin crear inconveniente alguno. Sin embargo, la práctica muestra más a menudo el otro supuesto: como consecuencia del tratado nulo se han ejecutado determinados actos jurídicos "con motivo o en aplicación del tratado", frente a los cuales la retroactividad genera espinosas cuestiones entre las partes, especialmente la llamada cuestión de la reparación o de la restitución de las cosas al "statu quo ante". Al respecto Waldock decía: "cuando un tratado sea "nulo ab initio", todo acto que se funde en el instrumento nulo carecerá de eficacia o efecto jurídico y los estados interesados recobrarán en la medida de lo posible la situación que antes tenían".⁽¹⁶⁸⁾ Agó por su parte, señalaba: "Es acertado decir que ha de disponerse la

(168) Anuario C. D. I., 1963, II, pag. 108.

restauración de la situación que existiría si no se hubiese concertado el tratado".
(169)

Toda esta problemática está incorporada en el artículo 69. En efecto, en el párrafo 1 además de establecer los efectos generales derivados de la nulidad de los tratados, considera el supuesto de no haberse ejecutado actos como consecuencia del tratado ya que en la redacción del párrafo 2 dice: "si no obstante se han ejecutado actos...". En esta hipótesis el tratado será nulo, las partes constatarán dicha nulidad y luego negociarán otro tratado o simplemente dejarán sin continuidad sus gestiones iniciales.

En el párrafo 2 se analizan las hipótesis enmarcadas dentro de la "buena fe" que deben tener las partes en cuanto a la causal de nulidad del tratado. En el primer caso se refiere a la existencia de actos ejecutados en base a tal tratado nulo, estableciendo que en principio la nulidad del tratado ha de tener plenos efectos a partir de la fecha de su celebración y por lo tanto que cualquier parte puede pedir que se restablezca en lo posible el "statu quo ante"; en el segundo supuesto se pretende proteger los actos ejecutados de buena fe entre las partes antes de la invocación de la causal de nulidad con el propósito de impedir que tales actos resulten ilícitos en sí mismos solamente por la posterior constatación de la nulidad del tratado.

(169) Anuario C.D.I., 1963, I, pag. 242.

Cuando el presupuesto de la buena fe no existe, se aplicara el párrafo 3 según el cual, en los casos de dolo, corrupción o coacción previstos por los artículos 49, 50, 51 y 52, el dispositivo del párrafo 2 no se le aplicará a la parte a la que sean imputables dichos actos inválidos.

El párrafo 4 extiende también a los tratados multilaterales todo el sistema del artículo.

De lo anterior se desprenden dos elementos importantes que merecen destacarse: la acción que posee cualquier estado contra todos los demás estados parte en el tratado para exigir la restauración, en la medida de lo posible y en sus relaciones mutuas, de la situación del "status 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- no resultarían ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.

Por lo que respecta al artículo 71, cabe señalar que la nulidad absoluta de un tratado por haber sido concluido en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general o jus cogens plenamente vigente en el momento de la celebración del tratado, o aparecida con posterioridad a dicha conclusión, constituye un caso muy especial de nulidad, pues no se vincula con la teoría general de los vicios consensuales que, de una u otra manera afectan la validez de los tratados celebrados con error, dolo, corrupción y coacción. Ya se ha dicho oportunamente, que la existencia o posterior aparición de una norma de jus cogens

no depende de la voluntad de las partes, al menos en la medida exigida por el derecho internacional general en tanto que condición de validez de los tratados. "El problema que plantea la nulidad del tratado no consiste tanto en reajustar la posición de las partes en sus relaciones mutuas cuanto en la obligación de cada una de ellas de conformar su posición a la norma de jus cogens".⁽¹⁷⁰⁾

Precisamente esta necesidad jurídica de conformar su situación convencional a la norma de jus cogens -preexistente o recién aparecida en tanto que norma imperativa- es lo que movió a la CDI primero y a la Conferencia después, a concebir el actual artículo 71, como hipótesis diferente dentro de las consecuencias o efectos normales de la nulidad de un tratado.

He aquí el artículo:

"Artículo 71

Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

1. cuando un tratado sea nulo en virtud del art. 53,

las partes deberán:

- a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposi

(170) Informe C.D.I., Op., Cit., pag. 98.

- ción con la norma imperativa de derecho internacional general; y
- b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.
2. cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del art. 64, la terminación del --- tratado:
- a) eximirá a las partes de toda obligación _ de seguir cumpliendo el tratado;
- b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes _ de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones _ podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa _ de derecho internacional general".

El párrafo 1 del artículo regula las consecuencias de la nulidad -- emergente según lo previsto en el art. 53 y señala las obligaciones esen-

ciales y acumulativas para las partes:

- a) Eliminar en lo posible los efectos de los actos jurídicos -- ejecutados con motivo o en aplicación de un tratado cuando el tratado del que surgen esté en oposición con una norma de "jus cogens". Esto es, pretender restaurar el "statu quo ante" cuando han existido tales actos de ejecución del ---- acuerdo.
- b) Ajustar sus relaciones mutuas a la norma de "jus cogens". Esta obligación se deriva precisamente del carácter excepcional de la invalidez emergente de los artículos 53 y 64, -- ya que la insanable nulidad que resulta de éste tipo de normas imperativas respecto de las reglas convencionales estipuladas obliga necesariamente a ese ajuste de relaciones mutuas entre las partes, que adecuó sus comportamientos futuros a las nuevas reglas imperativas.

El comentario de la CDI sobre este primer párrafo señala que -- "la Comisión no creyó oportuno que en estos casos el párrafo se ocupase del reajuste mutuo de los intereses de aquellas en cuanto tales" --es -- decir un reajuste mutuo en el ámbito puramente particular y subjetivo -- emergente de sus derechos y obligaciones recíprocos previstos en el -- tratado-- sino que se "debía tratar únicamente de asegurar que las partes restablezcan una situación plenamente conforme con la norma de -- (171) -- jus cogens", -- es decir, un ajuste de la situación existente con un --

(171) Ibid., pag. 99.

critério objetivo frente a la norma imperativa de derecho internacional general.

El párrafo 2, por su parte, toma en cuenta las hipótesis relativas a la aparición de una nueva norma de jus cogens consideradas en el artículo 64. La primera consecuencia determinada en el inciso (a), 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 la tensión que surge de los actos ya ejecutados en virtud de un tratado hasta ese momento válido, el inciso (b) determina muy acertadamente, que los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes creados por la aplicación del tratado, podrán "en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en ---
(172)
oposición con la nueva norma de jus cogens". Con lo anterior se señala que el efecto retroactivo de la nulidad no afectará tales derechos, obligaciones o situaciones jurídicas válidamente originadas en el tratado, aún cuando su operatividad futura, creada ya la nueva norma de jus cogens, sólo será admisible si se adecúan, por sí mismos, a dicha nueva norma imperativa.

CONCLUSIONES

- La antigua idea de un derecho imperativo, necesario y absolutamente obligatorio, de fundamento jusnaturalista o al menos íntimamente ligada con éstos, fue perdiendo fuerza y valor, quedando de ella un núcleo pequeño nada desdeñable. La exigencia de licitud del objeto de los tratados en abierta oposición a la tesis del voluntarismo puro. De ese reducido núcleo emerge a su vez la idea -no necesariamente jusnaturalista- de un orden público internacional que se afianza y amplía cada vez más sobre fundamentos de derecho positivo aún cuando de contenido impreciso y que cristaliza en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena.

- Desde un punto de vista teórico, es innegable que la gran mayoría de los internacionalistas contemporáneos están de acuerdo en el reconocimiento pleno que de la existencia de normas de "Jus Cogens" hizo la Convención de Viena.

- Desde un punto de vista práctico, es forzoso reconocer la gran incertidumbre que se presenta en cuanto al alcance y contenido precisos del "Jus Cogens" que se prestará lógicamente a las interpretaciones políticas y a la inseguridad jurídica. Pero hay que tener "ípsa facto" están reconociendo la existencia de un orden internacional mínimo que no es otra cosa que el "Jus Cogens". Este mínimo indispensable

ble para la convivencia internacional, de acuerdo con un criterio formal de validez, es realmente un derecho positivo creado por los estados integrados en la comunidad internacional, no como entes individuales, sino como órganos de dicha comunidad con el objeto de salvaguardar la existencia de ésta. Por eso mismo, las normas del "Jus Cogens" aumentarán cuantitativamente en proporción al incremento cualitativo de la convivencia internacional.

- En el campo del derecho positivo, hay que sopesar en toda su profundidad y significado, la distancia abismal que hay entre las ideas -- contenidas en la sentencia del "Caso Lotus" y la frase de la "opinión consultiva sobre reservas a la Convención sobre genocidio".

- Del análisis que se ha efectuado sobre los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, se desprende que para que una norma de derecho internacional, tenga el carácter de "Jus Cogens", es necesario que sea a la vez: Imperativa, general y que produzca la nulidad a toda norma derogatoria que no tenga su misma jerarquía.

- La norma de "Jus Cogens" es imperativa, porque los estados no pueden deshacerse de las obligaciones que les impone, aún cuando existiera el consentimiento expreso del estado contraparte, ya que éste no puede renunciar por sí mismo a tales derechos. Por lo anterior, concluimos que el "Jus Cogens" tiene un carácter prohibitivo es-

pecífico que consiste en negar toda derogación a sus disposiciones por normas que no tengan dicho carácter.

- La generalidad de la norma de "Jus Cogens" se debe determinar no sólo por el número de estados que la reconozcan, sino también por la calidad de su contenido, formado por valores éticos y sociales que representen los intereses comunes de la sociedad internacional en su conjunto. Por lo tanto, el "Jus Cogens" es la expresión más perfecta del derecho internacional general.

- Por lo que respecta a la nulidad que padece un tratado y normas que lo integren por haber sido concluido en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general o "Jus Cogens" plenamente vigente en el momento de la celebración del tratado o aparecida con posterioridad a su conclusión, dicha nulidad es absoluta, completamente diferente de la que producen los vicios consensuales, por lo que se reglamenta en un artículo especial: El artículo 71.

- Las consecuencias jurídicas que produce la nulidad absoluta que surge según lo previsto en el artículo 53, consisten en:

- a) Eliminar en lo posible los efectos de los actos jurídicos ejecutados con motivo o en aplicación de un tratado cuando el tratado del que surgen esté en oposición con una norma de "Jus Cogens". Esto es, pretender restaurar el "Statu quo --

ante" cuando han existido tales actos de ejecución del acuerdo.

b) Ajustar sus relaciones mutuas a la norma de "Jus Cogens". Esta obligación se deriva precisamente del carácter excepcional de la invalidez emergente de los artículos 53 y 64, ya que la insuperable nulidad que resulta de este tipo de normas imperativas respecto de las reglas convencionales estipuladas, obliga necesariamente a ese ajuste de relaciones mutuas entre las partes, que adecúe sus comportamientos futuros a las nuevas reglas imperativas.

- Las consecuencias jurídicas que trae consigo la nulidad absoluta que se produce de acuerdo a las hipótesis relativas a la aparición de una nueva norma de "Jus Cogens" consideradas en el artículo 64, consisten en:

a) Eximir 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.

b) Que los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes creados por la aplicación del tratado podrán "en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma de "Jus

Cogens", es decir, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará tales derechos, obligaciones o situaciones jurídicas válidamente originados en el tratado, aún cuando su operatividad futura, creada ya la nueva norma de "Jus Cogens", sólo será admisible si se adecúan, por sí mismos, a dicha nueva norma imperativa.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

I. TRATADOS Y MONOGRAFÍAS

- Anzilotti, D. "Curso de Derecho Internacional" Trad. española de la 3a. Ed. Italiana, Madrid, Editorial Reus, T. I. 1935
- Balladore-Palmeri, G. "Diritto Internazionale Pubblico", Milán, 7a. Ed. Giuffrè, 1956
- Bluntschli, M. "Le Droit International Codifié", 2a. Ed. francesa, Paris, Guillaumine et Cie, 1874.
- Bodenheimer, E. "Teoría del Derecho" 3a. Ed. Española, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Bonfilis "Manuel du Droit International Public", Paris, A. Rousseau, 1894.
- Brierly, J. L. "La Ley de las Naciones" (Introducción al derecho internacional de la paz) Ed. Española, Trad. de la 4a. Ed. Inglesa, Editora Nacional, México, 1950.
- Castañeda, J. "Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas", México, El Colegio de México, 1967.
- Cavaré, L. "Le Droit International Public Positif" 2a. Ed. Ginebra, T.I. 1967.
- De Martens, J. F. "Précis du Droit des Gens Moderne de L'Europe" 2a. Ed. Fr., Paris, Guillaumine et Cie, T. I. 1864.
- Delbez, L. "Les Principes Généraux du Droit International Public", Paris, Ed. Lib. Gen. de Dr. et de Jur. 1964.

- Despagnet - "Cours de Droit International Public" 2a. Ed. Paris, Lib de la Soc. du Rec. Gen.de Loi et des Arrets, 1899
- Diena, G. "Derecho Internacional Público", Trad. Esp. de la 4a. Ed. Ital, Barcelona, Bosch, 1946
- Fauchille, P. "Traité de Droit International Public" 8a. Ed. del Manual de Bonfils, Paris Rousseau et Cie., T. I. 1922
- Fiore, P. "Tratado de Derecho Internacional Público" 2a. Ed. Esp. Trad. de la 3a. Ed. Ital., Madrid, Góngora, Ts I y II, 1894.
- García Maynez, E. "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Innaturalismo" 1a. Ed. U. N. A. M. Fac. de Fil. y Letras, México, 1968.
- "Introducción al Estudio del Derecho" 13a. Ed., Porrúa, 1965
- Guggenheim, P. "Traité de Droit International Public" 2a. Ed., Ginebra, T. I. 1967.
- Gutiérrez y González, E. "Derecho de las Obligaciones", 3a. Ed. Cajica, Pue., México, 1968.
- Heffter, A. G. "Derecho Internacional Público de Europa", Trad. Esp. de la Ed. Fr., Madrid, Lib. de V. Suárez, 1875
- Kelsen, H. "Principios de Derecho Internacional Público" 1a. Ed. en español, Bs. As., Edit. Librería "El Ateneo" -- 1965.
- "El Contrato y el Tratado", México, Public. de la Esc. Nal. de Jur., -- 1943.

- Klüber "Droit des Gens Moderne de L'Europe", 2a. Ed. Fr., Parfs, Guillaumíne et Cie., 1897
- Lagonissi H "The Concept of Jus Cogens" in --- International Law" Carnegie Edowment, Ginebra, 1967
- López Portillo, J. "Génesis y Teoría General del Estado Moderno", Ediciones Botas, México, 1958
- Macnair, L. "The Law of Treaties", Oxford, --- Clarendon Press., 1961
- Merignhac "Traité de Droit Public International" Parfs, Lit. Gen. de Dr. et de Jur. T II., 1907
- Miaja de la Muela, A. "Introducción al Derecho Internacional" Público, 3a. Ed., Madrid, Atlas 1960.
- Mónaco, R. "manuale di Diritto Internazionale -- Publico e Privato", Turfn, U. Tipogr. Edit. Torinese, 1949.
- Moreno Quintana, L. M. "Tratado de Derecho Internacional" Bs.As., Sudamericana, T. I., 1963.
- Moreno Quintana y Bollini S. "Derecho Internacional Público", Bs. As., Lib. del Colegio, 1950
- Naussbaum, A. "Historia del Derecho Internacional" Madrid, Ed., Rev. de Der. Privado 1949
- O'Connell, D.P. "International Law" Londres, Stevenson Sons T. I. 1965.
- Oppenheim, L. "International Law", Ed. por H. -- Lauterpacht, 8a. Ed., Londres, --- Longmans, T. I. 1955.

- Podestá Costa, L. "Manual de Derecho Internacional Público", 4a. Ed., Bs. As., TEA, 1960.
- Pradier-Fodere "Traité de Droit International Public" Paris, Pedone-Lauriel, T. II. 1885.
- Reuter, P. "Derecho Internacional Público", --- Trad. Esp. Bosch, Barcelona, 1962
- Rousseau, Ch. "Derecho Internacional Público", 3a. Ed. en español, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966. "
- "Derecho Internacional Público Profundizado", La Ley, Bs. As., 1966.
- "Principes généraux du droit international Public", Paris, Pedone, 1944
- Schwarzenberger, G. "Traite de Droit International Public" 2a. Ed. Ginebra, T. I.
- "A Manual of International Law" 4a. ed. Londres, Stevens, Nueva York, Praeger, 1960.
- Schuking CPJI, Serie a/b No. 63, 149/150
- Sepúlveda, C. "Las Fuentes del Derecho Internacional Americano" Edit. Porrúa, México, 1975.
- "Derecho Internacional Público", -- Edit. Porrúa, México, 1970.
- Sibert, M. "Traité de Droit International Public" Dalloz, T. I y II, 1951
- Suy "The Concept of Jus Cogens in Public International Law" en Conference of International Law" Lagouissi II, The Concept of Jus Cogens" in international law, Carnegie Edowment, Ginebra, 1967.

- Suárez, F. De Legibus ac Deo Legislatore, II
- Travers Twiss "The Law of Nations", Oxford, Clarendon Press, 1892
- Tunkin "Droit International Public", Parfs Pedone, 1965
- Vattel, E. "Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains" Libro II, 1758
- Verdross, A. "Derecho Internacional Público" 5a. Ed. Esp. Trad. de la 4a. Ed. Austríaca, Madrid, Aguilar, 1967
- Vitoria, F. de De Potestate Civili
- Wolff, Ch. "Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum", 1749

II MATERIAL INTERNACIONAL

- Conferencia, I. DO Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer Periodo de Sesiones, Viena, 26 de mayo de 1968, Documentos Oficiales, Nueva York, 1969 (A/CO NF.39/11)
- Informe CDI Informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en la segunda parte de su 17º periodo de sesiones (3 a 28 de enero de 1966) y en su 18º periodo de sesiones (4 de mayo a 19 de julio de 1966), Asamblea General, Documentos oficiales; XXI periodo de sesiones, suplemento No. 9 (A/6309/Rev. 1)
- Yearbook ILC 1950, II; 1951, II; 1952, II; 1953, II; 1954, II.

Anuario CDI

1957, II; 1958, II; 1959, II; 1960, II;
1961, II; 1962, II; 1963, I; II; 1964, --
III; 1965, II; 1966, I; II.

III. PUBLICACIONES PERIODICAS

Barberis, B. A.

"La Liberté du Traiter des Etats et
le "Jus Cogens", ZAORV, Abril, 1970

Basdevant, J.

"Régles Generales du Droit de la ---
Paix" R.D.C., 1936, IV, No. 58

Brierly, J. L.

"Régles Générales du Droit de la ---
Paix" R.D.C., 1936, IV, No. 58

Cavaglieri, A.

"Régles Generales du Droit de la ---
Paix" R.D.C., 1929, I, No. 26

De taube, M.

"L'Inviolabilité des Traités", R.D.C.
1930-II No. 32.

Francois

"Régles Generales du Droit de la ---
Paix" R.D.C., 1938 IV No. 66

Guggenheim, P.

"La Validité et la Nullité des Actes
Juridiques Internationaux" R.D.C. --
1949-I No. 74

"Principe du Droit International Pu-
blic" R.D.C. 1952-I No. 80.

Harvard, D.

Harvard Draft Convention on the Law
of Treaties, Suplemento de AJIL, --
vol 29, No. 4 (1935), 913.

Jennings, R. Y.

"General Course on Principle of --
International Law" R.D.C., 1967-II.

Kaufmann

"Régles Generales du Droit de la ---
Paix" R.D.C. 1935-IV No. 54.

Lauterpacht, H.

"Régles Generales du Droit de la ---
Paix" R.D.C., 1937 IV, no. 62.

- Le Fur "Le Developpement Historique du Droit International" R. D. C., 1932-III, No. 41
- Morelli, G. "Cours General de Droit International Public", R.D.C., 1956, I, No. 89
- Quadri, R. "Cours General de Droit International Public", R.D.C., 1961-III, No. 103
- Reuter, P. "Principes de Droit International --- Public", R.D.C., 1961-III, No. 103
- Riesenfeld, S. "Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law" AJIL, Vol. 60 No. 3.
- Salvioli "1er Règles Générales du la Paix" R. D. C., 1933, IV, No. 46
- Schwarzenberger, G. "The Fundamental Principles of International Law" R. D. C. 1955-I No. 87
- "International Jus Cogens", Texas -- Law Review, Marzo 1965
- Scheuner, U. "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory norm of General International law and its Consequences" ZAORV, Vol. 27 No. 3, octobre 1967
- Schwelb "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the ILC", -- AJIL, Vol. 61, No. 4, 1967
- Sinclair, I. M. "Vienna Conference on The law of Treaties" The International and comparative law Quarterly, Vol. 17, 1970
- Stevenson, J. R. "AJIL, Vol. 64, No. 1, 1970
- Verdross, A. "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law" AJIL, Vol. 60 No. 1, 1966.

Virally, M. -

"Reflexions sur le "Jus Cogens"
Annuaire francais de Droit Inter-
national, 1966.