

# ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y NORMAS *IUS COGENS*: UNA PERSPECTIVA DESDE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969\*

Antonio Varón Mejía\*\*

Universidad del Rosario  
antoniovaron396@hotmail.com

## RESUMEN

Para los miembros de la comunidad internacional, los años sesentas representaron una época marcada por un espíritu de renovación y transformación en las relaciones interestatales. El surgimiento de valores e intereses compartidos por la comunidad internacional erosionó el esquema tradicional de soberanía absoluta de los Estados y propendió por la creación de un orden público internacional fundado en la imperatividad de ciertas normas de derecho internacional denominadas *ius cogens*. El objetivo del presente artículo es analizar la realidad social de la cual emergieron los conceptos de orden público internacional y *ius cogens* desde la perspectiva de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y la conferencia de plenipotenciarios de Viena 1969, para la elaboración del Convenção sobre derecho de los Tratados.

## PALABRAS CLAVE

Orden público internacional, *ius cogens*, Comisión de derecho internacional, Convención de Viena sobre derecho de los Tratados.

## ABSTRACT

For the members of the international community, the sixties represented the appearance of a new spirit of renovation and transformation in the interstate relationships. The replacement of the old notion of absolute sovereignty by a concept of interdependence between States was considered not only as an altruist and legitimate wish but as a necessity that could be realized through law. The objective of this article is to analyze the social reality in which the concepts of international public order and *ius cogens* emerged from the perspective of the process of their development in the International Law Commission and the 1969 Plenipotentiary Conference.

## KEY WORDS

International public order, *ius cogens*, International Law Commission, Vienna Convention on the Law of Treaties.

---

Fecha de recepción del artículo: 14 de mayo de 2010.

Fecha de aprobación del artículo: 10 de junio de 2010.

\* El presente artículo es resultado de la investigación terminada “Jurisdicciones y competencias del Derecho Internacional: una visión contemporánea”, línea de Derecho Internacional de los DDHH y DIH del Grupo de investigación de DDHH de la Universidad del Rosario.

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario. Postgrado en Derecho Comunitario de la Universidad Paris II. Profesor de carrera académica. Miembro del Grupo en DDHH de la Universidad del Rosario.

## INTRODUCCIÓN

La década de los sesenta representó para los miembros de la comunidad internacional, el surgimiento de un nuevo espíritu de renovación y transformación de las relaciones interestatales en donde la sustitución de una antigua noción de soberanía absoluta por el concepto de interdependencia de los Estados fue considerado, no solamente como un deseo altruista de sus miembros sino como una necesidad realizable a través del derecho<sup>1</sup>. Es así como, la idea de una sociedad internacional consolidada, en la cual los fines egoístas de Estados yuxtapuestos y la simple coexistencia empiezan, aparentemente, a ceder ante el concepto de una comunidad de intereses y valores, más democrática e institucionalizada, regulada por un *orden público internacional*, fundado en la imperatividad de ciertas normas de derecho internacional general o normas *ius cogens*.

Sin embargo, con posterioridad a la celebración de la Convención de Viena de 1.969 (en adelante CVT/69), y a la positivización del principio en su Artículo 53, el proceso de “comunitarización del derecho internacional” –afirmado a partir de la existencia de las normas *ius cogens*–, empieza a ser objeto de un sinnúmero de cuestionamientos que lo califican, entre muchas otras cosas, de insuficiente<sup>2</sup>, paradójico<sup>3</sup> e incluso contradictorio con el sistema internacional general<sup>4</sup>. Las discrepancias en torno a la naturaleza y razón de ser del Artículo 53 de la CVT/69 retomaron matices polémicos en torno al carácter positivista o *ius naturalista*<sup>5</sup> de sus normas, lo cual reforzó la indeterminación y vaguedad de la mencionada disposición<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Esto se ve claramente en la 629 reunión de la Comisión de Derecho Internacional, ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Vol. I, 1.962, “Compte rendu analytique de la 629 séance”, p. 4. (en adelante CDI) en 1962, durante las discusiones en torno a los trabajos futuros de la CDI en el campo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, solicitado por la Asamblea General mediante resolución 1.686 (XVI), en donde se establece claramente en la intervención de M. Paredes que “Après avoir été pendant des siècles une des grandes aspirations de l’humanité, la société des nations est devenue aujourd’hui une réalité: les Etats ne sont plus considérés comme des entités complètement distinctes et isolées qui n’entretiennent de relations entre elles qu’à des fins égoïstes mais bien comme ayant des fins communes et devant agir en étroite collaboration pour tirer de la nature tous les biens qu’elle peut fournir. A la lumière de toutes ces considérations, il est indispensable de passer en revue les principes du droit international pour les mettre en harmonie avec les tendances nouvelles qui se font jour ainsi qu’avec les aspirations de l’humanité. Toute codification qui ne tiendrait pas compte de cette nécessité serait prématurée ou inefficace”.

<sup>2</sup> DE VISSCHER, Charles: “Positivism et Ius Cogens”, RCDIP No. 1, 1971, pp. 5-11, “C’est un fait qu’au stade actuel de son élaboration, le ius cogens pêche par une double insuffisance : absence de définition, défaut de garanties efficaces. Absence de définition car on ne peut vraiment considérer comme telle le rapport établie par l’article 53 entre normes auxquelles aucune dérogation n’est permise : ces notions interchangeables tiennent plus du cercle vicieux que d’une définition valable...”

<sup>3</sup> RIVIER, Raphaëlle: “Droit impératif et juridiction internationale”, Thèse Université Paris II (Panthéon Assas), 2001, citado DUPUY, Pierre marie, “L’Unité de l’ordre juridique international”, Recueil de Cours (RCADI) No.279, 2002, p. 274. El autor sostiene que son paradójicas en la medida en que ningún conjunto de reglas imperativas puede ser construible a partir de una proposición que califica las reglas imperativas en función del conjunto al cual pertenecen y que exige su identificación a través de ese mismo conjunto.

<sup>4</sup> COMBACAU Jean, “Le droit international, bric-à-brac ou système ?”, Le système juridique, Archives de philosophie, Edit. Sirely, 1.986, p. 102. Igualmente KOLB, Robert: “Théorie du ius cogens international, essai de relecture du concept”, Publications de l’IUHEI de Genève, Paris, PUF, 2001.

<sup>5</sup> PASTOR RIDRUEJO, José A, “Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales”, Edit. Tecnos, 2003, p. 43. Igualmente en MOLINA Andrés: “La intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: las normas de ius cogens”, Revista Estudios Socio-Juridicos Universidad del Rosario, No. 11, 2009, pp. 229-255.

<sup>6</sup> Entre los textos clásicos que abordan la complejidad del tema, véanse A. Verdross, “Jus dispositivum and jus cogens in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 55-63; M. Virally, “Réflexions sur le jus cogens”, *AFDI*, vol. XII, 1966, p. 5-29; E. Suy, “The concept of jus cogens in public international law”, in *Lagonissi Conference on International Law*, Geneva, 1967, p. 17-77; K. Marek, “Contribution à l’étude du jus cogens en droit international”, en *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra: Instituto para Graduados de Estudios Internacionales, 1968, pp. 426-459; A. Gómez Robledo, “Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *RCADI*, 1981, III, p. 9-217; L. Alexidze, “Legal nature of jus cogens in contemporary international law”, *ibid.*, p. 223-268; G. Gaja “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, *ibid.*, pp. 271-316.

## 1. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN

De lo anterior surgen preguntas o problemas de investigación relacionadas con la naturaleza de las normas *ius cogens*: ¿De dónde provienen? ¿Son norma inmutables? ¿Quién o qué determina su existencia? ¿Están circunscritas únicamente al ámbito de los tratados internacionales? ¿Qué es orden público internacional? ¿Existe una jerarquía normativa de facto en el derecho internacional? ¿Cuál fue la razón de su indeterminación?

El objetivo del presente artículo, es presentar los resultados de la investigación realizada por la línea de derecho internacional de los DDHH y DIH del Grupo de investigación de DDHH de la universidad del Rosario, en el tema de “Jurisdicciones y competencias del Derecho Internacional: una visión contemporánea”, mediante el cual se buscó la aproximación y análisis de la realidad social en la cual se gestaron los conceptos de orden público internacional y *ius cogens*, desde la perspectiva de su proceso de formación en la Comisión de Derecho internacional (en adelante CDI) y de la Conferencia de Plenipotenciarios en Viena 1969.

## 2. LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Ésta fue cualitativa transversal de tendencia, a partir de la cual se acudió a fuentes primarias de investigación tales como informes, debates de los relatores de la CDI y sesiones intergubernamentales de la Conferencia de Viena de 1969. Para la organización y análisis de la información se utilizaron matrices en las cuales se categorizaron y organizaron las diferentes fuentes consultadas, de conformidad con las variables previamente escogidas, relacionadas directamente con las hipótesis de investigación. En términos temporales el universo de investigación se circunscribió a los años 1950 a 1969, es decir, diecinueve años de trabajo de la CDI, y alrededor de trescientos documentos entre informes, resoluciones y doctrina.

Para efectos del presente artículo, la información recabada se organizó en tres grandes ejes a saber: (I) los informes de los Relatores Especiales (en adelante RE) para el tema de derecho de los tratados; (II) los debates en el seno de la CDI en torno a las normas *ius cogens* y concepto de orden público internacional; (III) las sesiones intergubernamentales de 1968 y 1969 de la Conferencia de Viena y finalmente se establecerán las conclusiones generales, que atienden a la lógica del procesos codificador realizado en instancias internacionales analizadas.

## 3. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS: INCONVENIENTES

En la primera sesión de la CDI de 1949 los miembros de entonces determinaron otorgar prioridad a la codificación del derecho de los tratados<sup>7</sup>, junto con otros temas como la responsabilidad internacional de los Estados, los privilegios e inmunidades diplomáticas, sucesión de Estados y el derecho del Mar entre otros. Sin embargo, dentro de la agenda acordada, la codificación del derecho de los tratados ocupaba el cuarto lugar después de las inmunidades diplomáticas y consulares, lo cual, con el permanente cambio de Relatores (RE) y la ampliación de los temas suscritos por la Asamblea General (en adelante AG) a la CDI<sup>8</sup> impidió que el debate sobre las normas *ius cogens* se desarrollara rápidamente, con la continuidad requerida para un tema tan amplio y delicado<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> GENERAL ASSEMBLY, Res. A/CN.4/1/Rev.1, “Examen d’ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international (mémoire du Secrétaire général) sujet: Programme de travail”, 1949, p. 57, “(...) Il y a lieu de croire qu’en raison de son importance et de ses incidences politiques, c’est là le type de question qu’une autorité incontestée, telle que la Commission du droit international, pourra régler utilement à propos de la codification du droit relatif aux traités”.

<sup>8</sup> GENERAL ASSEMBLY, Res. 378 B (V), “Duties of States in the event of the outbreak of hostilities (item 3 of the agenda) (A/CN.4/44, chapter II: The possibility and desirability of defining aggression)”.

<sup>9</sup> Incluso la AG determinó mediante Res. A/CN.4/40 de 1.950 la necesidad de revisar el estatuto de la CDI, dados los retardos en el desarrollo de los temas inicialmente fijados en la agenda de 1949. Al respecto ver doc. A/CN.4/SR.83 de la CDI.

Aunado a lo anterior, la evidente divergencia en materia metodológica por parte de los distintos RE encargados del tema<sup>10</sup>, y las discusiones en el seno de la CDI en torno a asuntos esencialmente terminológicos y formales, impidió que se abordaran –al menos en sus diez primeros años–, temas fundamentales relacionados con la validez de los tratados internacionales a la luz del derecho internacional, específicamente en lo concerniente a la legalidad o ilegalidad de su objeto. Aunque en la tercera y cuarta reunión de la CDI se socializan los informes del RE Brierly<sup>11</sup>, es finalmente en 1963 –trece años después de establecido el tema de derecho de los tratados–, cuando se aborda el debate sobre las normas *ius cogens*<sup>12</sup>.

La Relatoría es asumida en 1.961 por Sir. H. Waldock quien aborda el tema mediante una nueva metodología que pretende –no la creación de un código de derecho internacional como lo habían hecho sus antecesores–, sino un “*draft articles of a convention*”, cuya realización implicaba la omisión de extensos comentarios y notas que contenían, sobre todo, los informes de Fitzmaurice<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> En el primer informe presentado por el RE James L. Brierly, (2a sesión de la CDI, 1.950, Doc. A/CN.4/23), se propone un borrador de Convención sobre el derecho de los tratados consistente en la relación de un conjunto de artículos dirigidos especialmente a la definición de ciertos términos en materia de tratados: “(...) *The portion of the draft submitted herewith consists in articles relating exclusively to the definition of certain terms (Chapter I), to treaty-making capacity (Chapter II) and to the making of treaties (Chapter III)*”. En el segundo informe A/CN.4/54 and Corr.1 Brierly desarrolla un borrador de artículos en materia de conclusión de tratados (Art.1), entrada en vigor (Art.2), aplicación de tratados (Art.3), ratificación de tratados (Art.4), cuando la ratificación es necesaria (Art.5), fecha de entrada en vigor (Art.6), obligación del Estado signatario antes de la entrada en vigor del tratado (Art.7), no obligación de ratificación (Art. 8), accession to treaties (Art.9), sobre la base de las discusiones realizadas en el seno de la CDI. De la misma manera el 3er Informe de Brierly (3rd session of the ILC (1951), se presenta como el más corto de todos (5 páginas) y enfatiza especialmente en: capacity to make treaties (Art.1), competence of Head of State (art.2), establishment of the text of treaties ( Art.3), assumption of treaty obligations (Art.4), ratification of treaties (Art.5), when ratification is necessary (art.6), no obligation to ratify (Art.7), entry into force of treaties (art.8), accession to treaties (Art.9), acceptance (Art.10). El 4º informe del RE Brierly (4th session of the ILC (1952), que aborda las mismas temáticas del informe inmediatamente anterior salvo la adición del tema concerniente a “establishment of the text of treaties”. La metodología utilizada es muy descriptiva y se orienta a evidenciar la práctica de los Estados en materia de principios fundamentales en la material. La metodología utilizada por Sir. Hersch Lauterpach continúa la misma línea metodológica de Brierly en sus informes A/CN.4/63 de 1953 y A/CN.4/87 de 1954. Sin embargo el RE Fitzmaurice, destaca ante la CDI (A/CN.4/101) sus diferencias frente a como había sido abordado el tema por sus antecesores, “ (...) *Tout d’abord, un ou deux membres de la Commission lui ont fait observer qu’en raison des grandes différences qui existent entre certains des articles proposés par sir Hersch Lauterpacht et les articles adoptés par la Commission (...) il serait utile de réexaminer les divers textes en présence et d’en faire la synthèse (...)*”. Y en ese mismo sentido la metodología utilizada es considerada poco apropiada y es descartada por Fitzmaurice: “(...) *Une telle méthode a ses avantages, mais elle conduit à négliger un certain nombre d’éléments (...)*”. Finalmente la CDI de 1962, junto con el RE Waldock, mediante una metodología bastante práctica, deja de lado el *parcours* realizado por Fitzmaurice, y decide no continuar con el concepto de *Code des Traités* y asume una metodología más práctica y menos detallada que tiene como fin la creación de un tratado sobre el derecho de los tratados.

<sup>11</sup> Es importante anotar que si bien en 1959 es la fecha en la cual la CDI empieza a desarrollar las temáticas relacionadas con el derecho de los tratados, fue precisamente por un tema coyuntural relacionado con el retraso del viaje de los RE Zourek y García Amador, lo cual hizo necesario abordar el siguiente tema de la agenda sobre derecho de los tratados, al respecto ver documento A/CN.4/479 de 1959, núm. 2, p. 26 “(...) *Le PRESIDENT craint que la Commission n’éprouve des difficultés à se prononcer sur l’ordre dans lequel doivent être étudiés les points de l’ordre du jour, parce que M. Zourek, rapporteur spécial chargé des relations et immunités consulaires, et M. Garcia-Amador, rapporteur spécial chargé de la responsabilité des Etats, n’arriveront guère à Genève avant une semaine*”.

<sup>12</sup> Pese a la falta de discusión sobre el tema de la validez de los tratados en los primeros años de la CDI, es remarcable la intervención que el Dr. Jesús María Yépes realizó el 27 de julio de 1950 en la CDI. Al respecto ver documento A/CN.4/SR.28, 1.950, núm. 49, p. 299. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>, “*The Commission had considered the following problems: written form, capacity, signature and ratification; that was the framework of treaties. The validity of treaties depended on their subject matter. The Commission had forgotten to say that States were not entitled to conclude treaties on every subject. It had forgotten the purpose of treaties. It was essential that treaties should have a lawful purpose, and that must be expressly stated. He was well aware that his was like the voice of one crying in the wilderness, but he belonged to a school of thought that did not accept the will of the State as a source of law and he considered that the State was subject to law and must respect it. Moral law was above the State (...)*”. Incluso se puede decir que en los miembros de la CDI de la época había consenso en cuanto a lo sostenido por Yépes, cuando el presidente de la CDI sostiene que: “(...) *Mr. Yépes was probably aware that many members of the Commission were in agreement with his remarks, but that his proposal could not be included in the report, which was devoted to the questions that had been discussed (...)*”. Al respecto ver documento A/CN.4/SR.28, 1950, núm. 50, p. 299.

<sup>13</sup> Respecto de la nueva metodología usada por Fitzmaurice, Waldock, manifiesta en su primer informe (A/CN.4/144 and Add.1, núm. 10, p. 30): “(...) *This method of arrangement may have been appropriate enough for an expository code, but it seems to be somewhat too jurisprudential for a convention*”.

A continuación se analizarán los informes de Sir. H. Lauterpacht, Fitzmaurice y Sir. H. Waldock en materia de validez de los tratados internacionales, con el fin de establecer los lineamientos básicos presentados en materia de normas imperativas de Derecho Internacional General, teniendo presente que los únicos informes, en materia de *ius cogens* objeto de debate ante la CDI fueron los de Sir. H. Waldock a partir de 1963.

### 3.1 Aproximación inicial al concepto de normas imperativas o *ius cogens*: primer informe del RE Sir. H. Lauterpacht

A pesar de la corta duración de la relatoría de Sir H. Lauerpacht, en su primer informe (A/CN.4/63) de marzo de 1.953, se esboza por primera vez el tema de la validez de los tratados en relación con la legalidad de su objeto; se enuncia en sus notas y comentarios el carácter “cogent<sup>14</sup>” de estas normas y se establecen las orientaciones generales que fueron seguidas, en términos generales, por los Relatores que lo sucedieron. El segundo informe (A/CN.4/87) es puesto a consideración de la CDI en su sexto *meeting* pero, en razón al nombramiento de Sir H. Lauterpacht como juez de la CIJ, no pudo ser socializado.

Dentro de la sección tercera de su primer informe<sup>15</sup>, el RE Sir. H. Lauterpacht desarrolla el concepto de legalidad del objeto del tratado —que había sido omitido por el primer RE Brierly—, y específicamente, en el Artículo 15 del documento, establece la necesidad de su correspondencia con el derecho internacional<sup>16</sup>. En el comenario de este artículo, el RE contempla la legalidad del objeto del tratado como un principio de derecho internacional generalmente —*no universalmente*—, aceptado por la doctrina<sup>17</sup>, y determina las situaciones en que un tratado puede ser considerado ilegal a la luz de su objeto.

La identificación de las categorías que conforman el entramado normativo internacional, es determinante para la valoración de la legalidad o ilegalidad del instrumento internacional en cuestión. De esta forma, se pone de manifiesto la diferencia existente entre normas que constituyen el *ius dispositivum* y una categoría normativa que el autor denomina “*overriding principles of international law*”. En cuanto a la primera categoría, es claro que ningún tratado puede ser prohibido *ab initio* por transgredir o modificar normas de derecho internacional que formen parte del *ius dispositivum*, en virtud del principio *modus et convenio vincunt legem*, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros Estados<sup>18</sup>. Así las cosas, un tratado no sería ilegal *per se*, por el simple hecho de ser contrario a normas de Derecho Internacional.

Sin embargo, Sir. H. Lauterpacht evidencia la existencia de unas normas de derecho internacional cuya conculcación es ilegal aun en el evento de que no se afecten directamente los derechos o intereses de terceros Estados. Aquí la ilegalidad de un tratado no estaría en su falta de correspondencia con la norma internacional pura y simple, referida a uno varios Estados, sino en su disconformidad con una categoría de “*principios fundamentales*”, constitutivos de

<sup>14</sup> Al respecto ver documento A/CN.4/63, p. 154: “*They may be expressive of rules of international morality so cogent that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognized by civilized nations which the International Court of Justice is bound to apply by virtue of Article 38 (3) of its Statute*”.

<sup>15</sup> A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, 1953, p. 74.

<sup>16</sup> Ibid., A/CN.4/63 p. 155, Section III, Legality of the object of the treaty *Article 15 Consistency with International Law*: “*A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice*”.

<sup>17</sup> En los comentarios de este artículo A/CN.4/63, p. 155, el autor enfatiza en el carácter no universal del principio: “*The principle formulated in this article is generally — if not universally — admitted by writers who have examined this aspect of validity of treaties*”.

<sup>18</sup> Ibid., A/CN.4/63, p. 155: “*Thus, so long as the treaty does not affect the rights of third States, there would seem to be no reason why two States shall not agree that, as between themselves, the width of territorial waters should be fifty miles; that their warships should be allowed to stop and otherwise exercise jurisdiction over the merchant vessels of the other contracting party on the high seas; that their diplomatic representatives should not enjoy the jurisdictional immunities otherwise prescribed by international law (...)*”.

un *orden público internacional*<sup>19</sup>. Ese tipo de principios, -según el RE-, que conforman el *orden público internacional*, son expresión de reglas morales internacionales tan *fuertes*<sup>20</sup> que un tribunal internacional puede considerarlas como parte de aquellos principios de derecho internacional, generalmente reconocidos por las naciones civilizadas, que la Corte internacional de Justicia (en adelante CIJ) está en la obligación de aplicar en virtud del artículo 38 de su estatuto y no deben necesariamente estar cristalizados en normas positivas.

En ese sentido, la prohibición de un acuerdo contractual cuyo objeto fuese ilegal no podría ser catalogado *per se* como inválido o nulo, siempre y cuando dicho acuerdo no fuese contrario a los mencionados a “*overriding principles*”.

Para el RE, el rol de la CIJ es fundamental en la medida en que es ella quien tiene la función de *reconocer* y declarar la existencia de estas normas y no las partes en litigio. Este tipo de principios –de acuerdo con los ejemplos que brinda el Sir. H. Lauterpacht– están en su mayoría relacionados con la protección de la soberanía de los Estados, (inmunidades), y con la gestión de intereses comunes de los bienes considerados *res communis*, como el alta mar (proscripción de la piratería *ius gentium*) sin que se pueda evidenciar mención a cierto tipo de “*overriding principles*” relacionados con la protección de la persona humana, al menos en esta fase de desarrollo.

A pesar de la claridad conceptual presentada por el RE, en cuanto a la existencia de este tipo de principios que son considerados por él como verdaderos principios generales de derecho, manifiesta que no existen en la práctica judicial o arbitral internacional precedentes de fallos que hubiesen declarado la nulidad de un tratado por ser contrario a ellos<sup>21</sup>, solamente se hace alusión al salvamento de voto en el caso Oscar Chinn en el cual el juez Schiicking manifestó “*the Court would never (...) apply a convention the terms of which were contrary to public morality*”<sup>22</sup>. En ese orden de ideas, el RE Sir H. Lauterpacht, consideró necesario que la CDI realizara la codificación de este principio que, a pesar de la inexistencia de una práctica judicial extendida que lo declarara, sería de gran utilidad práctica, dado que problemas de ese tipo son susceptibles de aparecer y se hacía necesario encontrar los medios idóneos para conjurarlos.

Finalmente, Sir. H. Lauterpacht, hace la salvedad sobre el hecho de que este tipo de principios, no deben ser valorados como simples consideraciones morales<sup>23</sup> ajenas al campo del derecho, sino como requerimientos necesarios para el mantenimiento del *orden público internacional* y como reales normas de DI.

<sup>19</sup> Al respecto Sir. H. Lauterpacht sostiene que, A/CN.4/63, p.155: “*It would thus appear that the test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (ordre international public). These principles need not necessarily have crystallized in a clearly accepted rule of law such as prohibition of piracy or of aggressive war. They may be expressive of rules of international morality so cogent (subrayado fuera del texto) that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognized by civilized nations which the International Court of Justice is bound to apply by virtue of Article 38 (3) of its Statute*”. Este mismo concepto de orden público internacional es acogido por el profesor DUPUY, Pierre Marie, “*L’unité de l’ordre juridique international*”, RCADI, 2002, p. 280.

<sup>20</sup> La definición dada por Lauterpacht introduce por primera vez el concepto de “*cogent*”, que de conformidad con el Merriam Webster Dictionary significa, “*having the power to compel or constrain*”. En castellano no existe una acepción equivalente, razón por la cual, se deja la palabra “fuerte” a sabiendas de que no refleja en su totalidad el concepto de la palabra en inglés.

<sup>21</sup> *Ibid.*, A/CN.4/63, p.155, “*The voidance of contractual agreements whose object is illegal is a general principle of law. As such it must find a place in a codification of the law of treaties. This is so although there are no instances, in international judicial and arbitral practice, of a treaty being declared void on account of the illegality of its object*”.

<sup>22</sup> CIJ, Oscar Chinn case, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 63, p. 150.

<sup>23</sup> *Ibid.*, A/CN.4/63, p.155, “*In so far as considerations of morality—such as conduct in accordance with canons of good faith—form a constituent part of general of law and of the requirements of international public policy they are provided for in the present article*”.

### 3.2 Enunciación del principio *ius cogens* y normas concernientes a la moral internacional

Sir G. Fitzmaurice, genera una importante y prolífica función en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho de los tratados, desde el punto de vista sustancial y metodológico<sup>24</sup>, que se hace evidente en su tercero y cuarto informe (A/CN.4/115 and Corr.1) y (A/CN.4/120), en los que presenta por primera vez ante la CDI la definición de normas imperativas de derecho internacional general o *ius cogens*, desde una perspectiva de validez sustancial del tratado<sup>25</sup>, ordenadas en categorías enmarcadas en tres artículos diferentes (Art. 16, 17 y 18)<sup>26</sup>. El primero analiza la legalidad del objeto del tratado desde su perspectiva general, el segundo desde la perspectiva del conflicto del tratado con una norma de DI, y la tercera desde el conflicto con tratados anteriores.

Los elementos más importantes del informe en materia de normas imperativas establecidos por Fitzmaurice se pueden circunscribir a la enunciación de normas consideradas *ius cogens*, su definición y diferencias con normas del *ius dispositivum*, la existencia de normas imperativas que vinculan la protección del individuo, y la distinción entre normas de derecho internacional general y moral internacional, susceptibles de ser consideradas *ius cogens*<sup>27</sup>.

En términos generales Fitzmaurice mantuvo la misma línea trazada por Sir. H. Lauterpacht, en cuanto a la existencia de normas cuya transgresión implica invalidez del tratado *ab initio*, sin embargo ya no se identifican como “*rules of international morality so cogent (...)*” sino únicamente como normas *ius cogens*.

El autor recalca la diferencia entre normas del DI consideradas parte del *ius dispositivum* y del *ius cogens* y define las primeras como “*which merely furnish a rule for application in the absence of any other agreed regime, or, more correctly, those*

<sup>24</sup> En plan propuesto por Fitzmaurice (A/CN.4/101), 1956, vol. II), parte de un análisis de los tratados desde dos perspectivas de validez, formal y material y su estructura desarrollada en forma de código no de *draft* de convención: “(...) *la première partie traiterait de la validité formelle et la deuxième de la validité substantielle (...) La Commission est appelée à faire doit revêtir la forme d'un code et non celle d'un projet de convention. Deux raisons militent en faveur de cette solution. En premier lieu, il semble peu indiqué qu'un code relatif au droit des traités revête lui-même la forme d'un traité, ou, si l'on veut, il serait plus approprié que ce code ait une base non contractuelle. En second lieu, une grande partie du droit des traités ne se prête pas spécialement à la forme conventionnelle. Elle comprend des exposés de principe et des règles abstraites qui peuvent être plus facilement formulées dans un code*”.

<sup>25</sup> Dentro del artículo 16 del informe se presenta un desarrollo metodológico del concepto *ius cogens*, que parte de un concepto general de legalidad del objeto, en relación con normas de derecho internacional, con tratados internacionales previos ordinarios y multilaterales. Este artículo señala que: “*It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of jus cogens*”.

<sup>26</sup> Doc. A/CN.4/115, “*Third report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*”, 1958, pp. 26 y 27: Article 16. Legality of the object (general) num. 2: “*It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of jus cogens. (...)*”. Article 17 Legality of the object (conflict with international law), “(...) *It being always open, prima facie, to any two or more States to agree, for application inter se, upon a rule or regime varying or departing from the rules of customary international law in the nature of jus dispositivum, a treaty embodying such an agreement cannot be invalid on that ground. Hence it is only if the treaty involves a departure from or conflict with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of jus cogens that a cause of invalidity can arise. (subrrayado fuera del texto)*. Since the treaty is in any event *res inter altos acta*, and without force as against non-parties, the invalidity as such of the treaty only affects directly the relations between the parties to it, and means that neither or none of the parties can claim compliance with it on the part of the other or others (...)”. Article 18. Legality of the object (conflict with previous treaties-normal cases) Num.1: “*Where a treaty is in conflict with a previous treaty embodying or generally regarded as containing accepted rules of international law in the nature of jus cogens, the invalidity of the treaty (subrrayado fuera del texto) will ensue on that ground in accordance with the provisions of Article 17 above*”.

<sup>27</sup> El autor presenta una distinción de casos que implican invalidez por violación de normas *ius cogens* y aquellos que transgreden la moral internacional en los pies de página No. 54 y 55, del 3º Informe de 1958. Sin embargo, en el mismo documento, p. 41, establece lo siguiente, refiriéndose a las normas *ius cogens*: “(...) *but a feature common to them, or to a great many of them, evidently is that they involve not only legal rules but considerations of morals and of international good order*”. En ese sentido se podría entender que las normas “legales” de derecho internacional, son claramente susceptibles de ser consideradas *ius cogens*, y la contradicción entre estas y un tratado es claramente ilegal por consiguiente pasible de ser calificado como nulo, mientras que, frente a las normas morales, (A/CN.4/115 and Corr.1), p. 45: “*It is difficult to predicate a priori the nullity of a treaty that has an immoral or unethical (but not illegal) object*”.

*the variation or modification of which under an agreed regime is permissible, provided the position and rights of their States are not affected*". Mientras que las normas *ius cogens* son definidas como "*which are mandatory and imperative in any circumstances*".

El RE se limita a dar una serie de ejemplos mediante los cuales se pueden identificar algunas situaciones susceptibles de generar la invalidez de tratados, como en el caso de acuerdos cuyo objeto sea la apropiación de territorios correspondientes al alta mar, respecto de los cuales un acuerdo de apropiación o jurisdicción exclusiva, sería contrario al principio de libertad de mares, corolario del principio *res communis* y por tanto parte del *ius cogens*. De otro lado, se plantea la imposibilidad de derogación de normas erigidas para la protección de los individuos<sup>28</sup> como las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH) que proscriben la ejecución de prisioneros de guerra.

No obstante lo anterior, si bien las situaciones descritas arriba podrían llegar a tener las mismas consecuencias en términos de invalidez, la *rationale* de ilicitud de cada una de ellas es abordada de forma diferente. En la primera situación se presenta una contradicción entre el tratado internacional y una norma de *orden público internacional* como es el principio de libertad de mares, catalogada directamente por el autor como de *ius cogens*<sup>29</sup>, mientras que en el segundo caso, las razones que impiden la validez de un acuerdo sobre la proscripción de ejecución de prisioneros de guerra se vincula a la contradicción entre el tratado y la moral internacional, cuya regulación se encuentra en un aparte diferente del informe —el Artículo 20—. Aquí, a diferencia del informe de 1953 de Lauterpacht<sup>30</sup>, no se equiparan directamente los principios *ius cogens* con los principios que regulan el "*international good order*"<sup>31</sup>.

De esta forma, las normas que componen el *corpus* del *ius cogens* estarían más relacionadas con la regulación de intereses comunes de los Estados que con otro tipo de normas internacionales, por lo menos en esta fase de desarrollo normativo. De hecho, aun cuando los ejemplos presentados por ambos RE son considerados como no exhaustivos, son coincidentes —sobre todo—, respecto de situaciones que implican la protección de principios de soberanía e igualdad de los Estados (prohibición de la piratería, inmunidad diplomática etc). La necesidad de *reconocimiento* de estas normas por parte del juez se mantiene intacta en el documento, aun cuando el RE Fitzmaurice no hace especial énfasis en que debe ser la CIJ la encargada de declarar la nulidad del tratado.

### 3.3 Profundización y consolidación del tema: tercer informe del RE Waldock

Contrario a lo ocurrido con los primeros RE, los temas relacionados en los informes de Waldock, si fueron objeto de debate ante la CDI. La rapidez y diligencia con que se asume el tema es remarcable, ya que contrasta con la lentitud —a veces retórica y excesivamente formal—, con la cual se abordó el asunto inicialmente en 1950. El dinamismo que adquirió el tema atendió a la premura del tiempo que impartió la AG a la CDI para abordar la totalidad

<sup>28</sup> Doc. A/CN.4/115 and Corr.1, pp. 42 y 43, "*Thus if two countries were to agree that, in any future hostilities between them, neither side would be bound to take any prisoners of war, and all captured personnel would be liable to execution, it is clear that even though this was intended only for application as between the parties, and not vis-a-vis any other country that might be involved in hostilities with either of them, such an arrangement would be illegal and void. Most of the cases in this class are cases where the position of the individual is involved, and where the rules contravened are rules instituted for the protection of the individual. A different type of case—on the basis that the planning of wars of aggression is illegal—would be if two countries were to agree to attack a third in circumstances constituting aggression. Apart from the fact that such an arrangement could confer no rights as against the third State concerned, it would be illegal in se and void*".

<sup>29</sup> En el pie de página No. 54 y 55 del Informe (A/CN.4/115 and Corr.1), se establece que: "(...) *An agreement to appropriate or assert exclusive jurisdiction erga omnes on or over the high seas, would per contra be directly contrary to international law, the freedom of the seas as res communis being jus cogens*". Mientras que en el caso de expuesto sobre la posibilidad de ejecución de prisioneros de Guerra: "(...) *it would in any case be contrary to morals and international good order (see Article 20)*"

<sup>30</sup> Al respecto ver nota No. 28

<sup>31</sup> Ibid., A/CN.4/115 and Corr.1, p. 45: "*It is difficult to predicate a priori the nullity of a treaty that has an immoral or unethical (but not illegal) object*".

del tema de tratados<sup>32</sup> y por la aplicación de una metodología que no se circunscribió a la simple aproximación y desarrollo general del tema sino a la preparación de un *draft articles* concreto, susceptible de consolidarse como tratado internacional.

En términos generales Sir. H. Waldock no se aleja mucho de los conceptos inicialmente expuestos por sus antecesores, sobre todo en lo que tiene que ver con el concepto general de *ius cogens*<sup>33</sup>, la existencia de un *orden público internacional*<sup>34</sup> y la nulidad de los tratados incompatibles con estas normas<sup>35</sup>. Igualmente, se plantean ejemplos no exhaustivos de situaciones que podrían ser contrarias al *ius cogens*, semejantes en términos generales a las expuestas por Fitzmaurice y Sir. H. Lauterpacht<sup>36</sup>. De la misma manera que Fitzmaurice, se incluyen las Convenciones de Ginebra de 1949 y, adicionalmente, la Convención para la represión y sanción del crimen de Genocidio de 1.948 como contentivas de normas *ius cogens*<sup>37</sup>. Se considera que estas normas constituyen principios fundamentales de los cuales no se pueden sustraer los Estados, aun cuanto tengan la potestad de denunciarlos dentro de los tratados internacionales que los contienen. La imposibilidad de hacerlo se basa en la razón del objeto de la convención más que en su naturaleza integral<sup>38</sup>.

Finalmente, dentro de los aportes más significativos de la relatoría Waldock está la concepción de las reglas *ius cogens* como reglas fundamentales de *orden público internacional que no tienen un carácter inmutable*, pudiendo ser derogadas o modificadas ulteriormente por los Estados, permitiendo así que la noción de orden público pueda evolucionar de acuerdo con las necesidades y exigencias de la vida internacional.

### 3.4 Conclusiones preliminares

A la luz de lo enunciado hasta ahora se podría decir que existen grandes correspondencias entre los diferentes RE en cuanto a la existencia de normas *tan fuertes* que no pueden ser derogadas por acuerdos particulares y que

<sup>32</sup> Al respecto ver Res. A/4843/ parágrafo 3º.

<sup>33</sup> Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, “*Deuxième rapport sur le droit des traités, par Sir H. Waldock, Rapporteur spécial*”, 1963, p. 5, “ (...) *L'idée essentielle est, semble-t-il, la suivante : une règle relevant du jus cogens est une règle qui exprime une norme de droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée ou écartée que par la création d'une nouvelle norme de droit international général. Il nous paraît toutefois souhaitable de restreindre la portée des mots "à laquelle aucune dérogation n'est permise" en ajoutant "si ce n'est pour un motif expressément sanctionné par le droit international", afin que puissent jouer certains motifs comme la légitime défense*”.

<sup>34</sup> Ibid. Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, p. 54, “*Si imparfait que soit l'ordre juridique international, la thèse selon laquelle il n'y aurait pas en dernière analyse d'ordre public international — c'est-à-dire de règle à laquelle les Etats ne puissent à leur gré déroger — est de moins en moins soutenable*”.

<sup>35</sup> Ibid. Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, p. 54, “*Est incompatible avec le droit international et nul tout traité dont l'objet ou l'exécution suppose une infraction à une règle générale ou à un principe général du droit international qui relève du jus cogens*”.

<sup>36</sup> Se plantean como ejemplos el empleo de la amenaza o uso de la fuerza por violación de los principios de la carta de Naciones Unidas; toda acción u omisión considerada por el derecho internacional como crimen internacional y “*tout acte ou omission à la répression ou au châtiement desquels tout Etat est tenu, en vertu du droit international, de coopérer*”. Esta última situación se deja en francés básicamente por la dificultad que representa su traducción al español. Lo que el RE Waldock, quería significar con esta situación era básicamente el caso en el cual el derecho internacional obliga a cooperar, por ejemplo, en la trata de esclavos, piratería, o genocidio, y se impone así a los Estados la obligación general de represión y castigo de este tipo de actos.

<sup>37</sup> Ibid. Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, p. 54 “*(...) lorsque la règle relevant du jus cogens est incorporée dans un traité multilatéral général comme la Convention sur le génocide*”.

<sup>38</sup> Ibid. Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, p. 62, “*En d'autres termes, nous estimons que c'est sur le fait que l'objet de ces conventions relève du jus cogens, plutôt que sur la nature "intégrale" des obligations découlant de ces conventions, que doit se fonder la nullité d'un traité ultérieur incompatible avec les dispositions desdites conventions (...). La Convention sur le génocide, dans son Article 14, prévoit elle aussi, la possibilité de dénonciations unilatérales à intervalles réguliers de cinq ans; mais, sur ce point encore, la dénonciation de la Convention ne dégage aucun Etat de l'obligation d'en observer les principes fondamentaux (subrayado fuera del texto)*”.

configuran una categoría denominada *ius cogens*, siendo el resto de las normas del Derecho Internacional parte del *ius dispositivum*<sup>39</sup>.

La imperatividad de estas normas se justifica en la existencia de un *orden público internacional* que, aunque se encuentre en proceso de consolidación, existe para todos los Estados, quienes no podrían sustraerse válidamente de su cumplimiento sin atentar contra valores y principios propios de la comunidad internacional y sin poner en riesgo la seguridad e intereses colectivos del sistema. Igualmente, en cuanto a los órganos encargados de identificar el derecho imperativo, se puede colegir que los RE fueron coincidentes en que debían ser los tribunales internacionales específicamente la CIJ, con el fin de no caer en subjetividades respecto de la imperatividad de las normas internacionales susceptibles de ser declaradas *ius cogens*.

Sin embargo, la posición de Sir. H. Waldock parece inclinarse también hacia un *reconocimiento* de las normas *ius cogens* por los Estados, representados en conferencias multilaterales, en las cuales se materializaría la conciencia internacional y se expresarían las exigencias y tendencias de la vida internacional. Este parece ser el escenario propicio –según Waldock–, para que los Estados se pronuncien sobre el valor de las reglas preexistentes<sup>40</sup>. Incluso, dentro del desarrollo del literal c, núm. 4, del Artículo 13 de su tercer informe, se deja claro que las disposiciones de ese artículo no se aplicaran a tratados multilaterales que modifiquen una regla *ius cogens*. Se evidencia también que para los RE la naturaleza de estas normas no detenta una condición de *inmutabilidad* –asociable a la inmanencia de normas propias del derecho natural–, pudiéndose transformar y evolucionar de acuerdo con las necesidades e intereses comunitarios.

Finalmente, si bien la existencia de esa categoría normativa es aceptada unánimemente, se evidencian dificultades en cuanto a la determinación de las normas que la componen. Los ejemplos que plantean los RE son bastante amplios y van desde las actividades catalogadas como *piratería ius gentium*, hasta la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza, el genocidio y las normas de DIH, sin que se pueda evidenciar un elemento transversal a todas ellas que permita, en un plano de equivalencia sustancial, decir cuál es la relación intrínseca entre cada una como parte del *ius cogens*.

#### 4. DISCUSIONES EN TORNO AL TEMA DE LAS NORMAS *IUS COGENS* EN LA CDI

Los temas vistos anteriormente fueron sometidos a debate ante la CDI en sus sesiones de 1963. Es pertinente anotar que no se generaron discusiones en torno a la naturaleza y justificación axiológica de las normas *ius cogens* en el ámbito internacional; incluso, lo corto de los debates, evidencia el consenso generalizado de los expertos respecto al tema (tres *meetings*)<sup>41</sup>. Salvo las intervenciones de Rosenne, quien presentó ciertos reparos en cuanto a la indeterminación del concepto, la totalidad de los miembros no dudó de la existencia de las referidas normas.

<sup>39</sup> CIJ Plataforma Continental del Mar del Norte, *Recueil* 1969, p. 42, párr. 72 Esta distinción entre normas de DI concernientes al *ius dispositivum* y normas *ius cogens* es establecida también en la sentencia Plataforma continental del mar del Norte, en la cual el primer criterio de derecho imperativo es definido de forma negativa como aquel concerniente a: “(...) un registre normatif dont les composantes ne sauraient voir leur autorité juridique limitée ou écartée entre deux ou plusieurs États par voie d'accord”.

<sup>40</sup> ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL (ACDI), Vol. I, 1963, “Compte rendu analytique de la 683e séance”, p. 69, “En l'absence d'organe supra-étatique, ce sont les traités multilatéraux généraux qui représentent la conscience internationale; les grandes conférences qui formulent ces traités expriment les exigences de la vie internationale, en saisissent les tendances et sont à ce titre habilitées à se prononcer sur la valeur des règles préexistantes”.

<sup>41</sup> Sin embargo en las sesiones de 717 y 719 de 1964 se reasume el tema, en la medida en que se generaron discrepancias en cuanto a la definición de *ius cogens*.

La coincidencia más importante se dio respecto de la existencia de un orden público internacional —evidenciado ya por los RE Fitzmaurice y Lauterpacht—, que justifica la existencia de normas imperativas de derecho internacional general.

#### 4.1 Concepto y definición de orden público

El concepto de *orden público internacional*<sup>42</sup> —solo en términos de cifras—, es mencionado treinta veces en los tres *meetings* de 1963, es decir, aproximadamente diez veces por sesión, frente a conceptos como *soberanía*, que es mencionada solo seis veces y *ius dispositivum* nueve veces. Se realizaron intervenciones sobre el tema de orden público internacional por casi la mitad de los miembros de la CDI de entonces<sup>43</sup>, representantes de la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, lo que hace evidente el consenso en ese sentido. Igualmente se constata una convicción generalizada respecto de la cristalización de un orden público internacional sobre la base de la soberanía del derecho, que proscribe la utilización de la amenaza o uso de la fuerza, y que reconoce el valor de la dignidad humana en el marco de los ideales de libertad y justicia<sup>44</sup>. En ese orden de ideas se puede colegir que la posición de los expertos es unívoca en cuanto a la existencia e imbricación de los conceptos de normas *ius cogens* y orden público internacional en donde este último es la justificación y razón de ser del segundo.

En cuanto a la definición de *orden público internacional*, la más precisa la da Bartos en la 685 sesión de la CDI, en donde establece que no es otra cosa que “la superestructura de la comunidad internacional formada por un conjunto de reglas mínimas de conducta necesarias para que las relaciones internacionales sean ordenadas y posibles”<sup>45</sup>. A su turno Luna, consideró que ese conjunto mínimo de reglas es aquel que la comunidad internacional considera esencial para su existencia, cuyo carácter está justificado en el conjunto de necesidades morales, económicas y sociológicas, imperiosas y absolutas, cuyo desconocimiento pondría en grave riesgo la estabilidad de la comunidad de la cual provienen (...) Es un mínimo jurídico que la comunidad internacional considera esencial para su existencia en una época determinada<sup>46</sup>. De estas definiciones podemos extraer elementos importantes en cuanto al concepto de orden público internacional y normas *ius cogens*.

<sup>42</sup> Es pertinente reafirmar la importancia de que este concepto fuese acogido por la totalidad de una CDI de 25 miembros, representantes de los sistemas jurídicos del mundo. Al respecto ver ACIDI, “Compte rendu analytique de la 683e séance” Vol. I, 1963, M. Yassen: “La question se pose immédiatement de savoir s’il y (...) a un ordre public international auquel les Etats ne peuvent pas déroger par des accords particuliers. Pour sa part, répond à cette question par l’affirmative”; Igualmente Tabibi respalda la afirmación del RE Waldock y declara que: “(...) si imparfait que soit l’ordre juridique international, la thèse selon laquelle il n’y aurait pas en dernière analyse d’ordre juridique international — c’est-à-dire de règle à laquelle les Etats ne puissent à leur gré déroger — est de moins en moins soutenable”, también Pal dice al respecto: “(...) accepterait le principe sur lequel est fondé l’article 13 et il serait prêt à admettre, comme le Rapporteur spécial, l’existence d’un ordre public international”.

<sup>43</sup> Los miembros de la CDI de ese entonces eran: Mr. Roberto Ago (Italy); Mr. Gilberto Amado (Brazil); Mr. Milan Bartos (Yugoslavia); Mr. Herbert W. Briggs (United States of America); Mr. Marcel Cadieux (Canada); Mr. Erik Castrén (Finland); Mr. Abdullah El-Erian (United Arab Republic); Mr. Taslim O. Elias (Nigeria); Mr. André Gros (France); Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay); Mr. Victor Kanga (Cameroon); Mr. Manfred Lachs (Poland); Mr. Liu Chieh (China); Mr. Antonio de Luna (Spain); Mr. Luis Padilla Nervo (Mexico); Mr. Radhabinod Pal (India); Mr. Angel M. Paredes (Ecuador); Mr. Obed Pessou (Dahomey); Mr. Shabtai Rosenne (Israel); Mr. Abdul Hakim Tabibi (Afghanistan); Mr. Senjin Tsuruoka (Japan); Mr. Grigory I. Tunkin (Union of Soviet Socialist Republics); Mr. Alfred Verdross (Austria); Sir Humphrey Waldock (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland); and Mr. Mustafa Kamil Yaseen (Iraq).

<sup>44</sup> Ver M. TABIBI, ACIDI, “Compte rendu analytique de la 683e séance” Vol. I, 1963: “la communauté mondiale s’efforce, en instituant des règles, de parer à l’emploi abusif de la force brutale sur le plan international et de promouvoir un ordre public mondial reconnaissant la valeur de la dignité humaine dans une société vouée à un idéal de liberté et de justice”.

<sup>45</sup> Ver ACIDI, “Compte rendu analytique de la 685e séance”. Vol. I, 1963, p. 83. “(...) l’ordre public international n’est rien d’autre que la superstructure de la communauté internationale et se forme avec l’évolution de la société internationale. Il constitue, à son avis, le minimum de règles de conduite nécessaires pour que les relations internationales ordonnées soient possibles”.

<sup>46</sup> Ibid., ACIDI, “Compte rendu analytique de la 685e séance”. Vol. I, 1963, p.82. “(...) le minimum juridique que la communauté internationale, à une certaine époque, croit essentiel à son existence”.

#### 4.1.1 Conjunto de normas internacionales

De este primer elemento de la definición se puede colegir que el orden público se define como un conjunto de normas que pueden provenir de los tratados, la costumbre, principios generales o incluso pueden ser reglas morales. Al respecto Rosenne manifiesta que son normas susceptibles de convertirse en *ius cogens*, “*non seulement des normes juridiques mais aussi des considérations touchant aux bonnes mœurs. Peu importe que le jus cogens ait été incorporé ou non dans des lois positives*”<sup>47</sup>, siempre y cuando esas reglas detenten un carácter general y esencial para la existencia de la comunidad internacional en una época determinada. Así las cosas, la aplicación de un criterio *formal* de análisis, orientado a calificar la norma internacional como pasible de ser declarada *ius cogens*, cede ante una valoración *sustancial* en donde lo realmente importante es su carácter *esencial* para la vida internacional. Al respecto Yassen consideró que “*Le seul critère admissible est donc la substance de la règle : pour être considérée come relevant du jus cogens, une règle de droit international doit non seulement être acceptée par un grand nombre d’Etats, il faut encore qu’elle se révèle indispensable à la vie internationale(...)*”<sup>48</sup>.

#### 4.1.2 Carácter general de las normas *ius cogens*

En cuanto al *carácter general* de las normas, Ago<sup>49</sup> sostuvo que las reglas imperativas podían ser de origen consuetudinario o convencional con la condición de que fuesen generales y validas para toda la comunidad internacional, de suerte que la posibilidad de declaración de la existencia de normas *ius cogens* a partir de tratados multilaterales universales, que representasen la conciencia de todos los miembros de la comunidad internacional fue concebida como completamente posible. En esa misma línea, Tounkine criticó la posición de Sir H. Lauterpacht, quien sostenía que las reglas generales de derecho internacional solo podían provenir de la costumbre general; para el primero, eso pudo ser cierto a principios del siglo XX pero el considerable crecimiento de tratados multilaterales de carácter prácticamente universal implicó la posibilidad de que una norma *ius cogens* pudiese ser declarada o modificada mediante un tratado multilateral de corte universal, contentiva de normas del mismo carácter<sup>50</sup>.

#### 4.1.3 Conjunto mínimo de normas esenciales

Se trata de un conjunto de *reglas mínimas* cuya determinación se debe hacer *restrictivamente*<sup>51</sup>, por cuanto implican, de suyo, la derogación al principio *pacta sunt servanda* y al carácter general de *ius dispositivum* del derecho internacional<sup>52</sup>. Su carácter y fuerza se encuentra precisamente en su especificidad<sup>53</sup>.

De otro lado, está la idea de normas consideradas *esenciales en una época determinada*, lo cual se vinculó con la mutabilidad de las mismas dependiendo de las necesidades de desarrollo de la comunidad internacional. En ese sentido, Pal sostuvo que “*Certaines des règles que crée l’accord des Etats –au sens large– sont reconnues par ceux-ci comme étant de caractère*

<sup>47</sup> Ver ACDI, “*Compte rendu analytique de la 683e séance*”. Vol. I, 1963, p. 70

<sup>48</sup> Ibid., ACDI, “*Compte rendu analytique de la 683e séance*”. Vol. I, 1963, p. 70.

<sup>49</sup> Ver ACDI, “*Compte rendu analytique de la 683e séance*”. Vol. I, 1964, p. 77, “*M. Ago est d’accord avec lui pour penser que les règles générales auxquelles il n’est pas permis de déroger sont ou bien des règles coutumières ou bien des règles qui, tout en étant consacrées par un traité, ont néanmoins la validité de règles coutumières pour les Etats qui ne sont pas liés par le traité, donc pour la généralité des Etats*”.

<sup>50</sup> Ver ACDI, “*Compte rendu analytique de la 684e séance*”. Vol. I, 1963, p. 75”, “*(...) qu’un traité multilatéral général auquel sont parties presque tous les Etats de la communauté internationale peut abroger ou modifier une règle de jus cogens. La thèse de certains auteurs, dont Sir Hersch Lauterpacht, selon laquelle les règles générales ne peuvent avoir d’autre source que le droit coutumier, était peut-être vraie il y a cinquante ans, mais vu l’accroissement considérable du nombre des traités multilatéraux généraux de caractère pratiquement universel, elle ne l’est plus*”.

<sup>51</sup> ROSENNE consideró que se deben elaborar criterios objetivos que permitan identificar, restrictivamente, si una norma es o no *ius cogens*, al respecto ver, ACDI, “*Compte rendu analytique de la 685e séance*”. Vol. I, 1963, p. 80.

<sup>52</sup> Ibid. ROSENNE, ACDI, “*Compte rendu analytique de la 685e séance*”. Vol. I, 1963, p. 78.

<sup>53</sup> Igualmente AGO, refuerza esta idea manifestando que las reglas imperativas son raras y poco numerosas. Al respecto ver ACDI, “*Compte rendu analytique de la 685e séance*”. Vol. I, 1963, p. 82.

*impératif. En d'autres termes, il ne s'agit pas de règles imposées d'en haut par l'effet de quelque droit naturel (...) Il est bon de prévoir la possibilité d'une évolution des règles du droit international relevant du jus cogens car ces règles elles mêmes ne sauraient être définitives et fixées à tout jamais*<sup>54</sup>. Su origen no se desprende de conceptos *ius naturalistas*, sino de los requerimientos sociales internacionales del momento. Esta idea fue claramente expresada en el tercer informe Waldock y no encontró oposición alguna en el seno de la CDI<sup>55</sup>.

#### 4.1.4 Normas que provienen de la comunidad internacional

La existencia de una comunidad internacional, como entidad diferente a los Estados que la conforman, empieza a perfilarse como una realidad indiscutible. La constatación de esa entidad comunitaria, lejos de ser una simple entelequia filosófica, se constituyó en una realidad jurídica titular de derechos y obligaciones. Así, Lachs vinculó el concepto de normas *ius cogens* a la satisfacción de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto (CIESC), que es algo más que la sumatoria de los Estados que la componen: *“s'ils veulent se conformer à ces règles impératives et respecter les intérêts, non seulement des Etats tiers mais encore de la communauté internationale dans son ensemble”*<sup>56</sup>.

Pero la visión de la CIESC y el concepto de orden público internacional que lleva aparejado no implicó únicamente la existencia de un *corpus* normativo heterogéneo, cuya finalidad fuese la simple regulación de relaciones internacionales necesarias para la coexistencia pacífica de Estados, sino del conjunto de principios más elevados de justicia, que se encuentran relacionados con las obligaciones de los Estados con la CIESC, y en esto Tabibi<sup>57</sup> fue claro al afirmar que *“L'ordre public doit comporter un système de droit dans lequel la reconnaissance du principe plus élevé de justice se substituerait au sens de l'obligation fondée sur la simple opportunité (...) entre un simple rapport entre d'une part soi-même et “un autre” et, d'autre part un ensemble complexe de rapports entre soi-même et “d'autres”; bref entre une obligation perçue par l'individu et les obligations plus larges définies par la communauté dans une perspective plus impartiale”*.

Aquí se ve un gran salto cualitativo de la perspectiva westfaliana del derecho a la concepción de orden público internacional desde el sistema internacional contemporáneo. Fue evidente para los expertos que los conceptos de orden público y *ius cogens* no eran nuevos<sup>58</sup> y reposaban sobre las necesidades sociales de orden superior. No obstante, la concepción de una comunidad internacional, que reposara sobre valores e interese compartidos debía sobrepasar la visión puramente contractualista clásica del derecho internacional de las grandes potencias y dirigirse a la consecución de una nueva visión más universal y social, pero sobre todo, a la consecución de un nuevo orden que debía tender al logro *“du principe plus élevé de justice”*<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Ver ACIDI, “Compte rendu analytique de la 684e séance”. Vol. I, 1963, p. 75, *“La notion d'ordre public international est comprise différemment par les différents auteurs. Certains soutiennent qu'il s'agit d'un ordre imposé découlant du droit naturel, qui aurait sa source dans la nature humaine ou serait d'origine divine et indépendant de la volonté des Etats. Cependant, l'histoire montre qu'à la longue les lois qui régissent le développement de la société humaine sont décisives, et qu'à partir du moment où des règles de droit international cessent d'être conformes à ces lois ou de répondre aux exigences de la vie, elles deviennent tôt ou tard lettre morte et disparaissent. Mais les lois du développement ne sont certes pas de caractère juridique, bien qu'elles conditionnent finalement la création des règles de droit par les Etats, création qui naît de leur accord ce qui, aux yeux de M. Tounkine, comprend non seulement les traités, mais aussi la coutume”*.

<sup>55</sup> Ibid., ACIDI, “Compte rendu analytique de la 685e séance”. Vol. I, 1963, p. 53, *“Certaines règles d'ordre public peuvent être reconnues expressément dans les traités, mais l'absence de clause expresse à cet effet ne signifie pas qu'une règle est seulement diapositive. Il faut approfondir les véritables intentions des parties et trouver la véritable valeur de la règle”*.

<sup>56</sup> Ibid., ACIDI, “Compte rendu analytique de la 684e séance”. Vol. I, 1963, p. 3.

<sup>57</sup> Ibid., ACIDI, “Compte rendu analytique de la 683e séance” Vol. I, 1963, p. 4, *“L'ordre public doit comporter un système de droit dans lequel la reconnaissance du principe plus élevé de justice se substituerait au sens de l'obligation fondée sur la simple opportunité. On parviendrait ainsi à assurer la transition entre une obligation immédiatement perçue parce qu'elle est d'une nécessité évidente et une obligation continue qui s'exprimerait en des principes établis”*.

<sup>58</sup> ACIDI, “Compte rendu analytique de la 685e séance”. Vol. I, 1963, p. 3.

<sup>59</sup> ACIDI, “Compte rendu analytique de la 684e séance”. Vol. I, 1963, p. 78, *“(…) Or, à l'heure actuelle, le droit international s'est universalisé et socialisé. Il existe aujourd'hui au moins trois grandes conceptions du monde qu'il faut coordonner pour réaliser une coexistence pacifique”*.

La CIESC y las normas *ius cogens* no fueron conceptos aislados aplicables únicamente en la órbita del derecho de los tratados estos implicaron un desdoblamiento del concepto de la responsabilidad internacional del Estados, de una perspectiva contractualista a una comunitarista concebida desde la perspectiva del derecho de los tratados; esto se hace patente en Tounkine, cuando sostiene que una violación a una norma *ius cogens* no implica responsabilidad hacia un Estado o Estados determinados sino frente la CIESC, de suerte que la “*communauté qui a été témoin d’un acte immoral doit réagir contre celui-ci. En effet, ce dernier semble être d’avis que chaque membre de la communauté internationale a le droit de dénoncer le traité, (...)*”<sup>60</sup>.

Es importante recalcar que es la primera vez que se habla del concepto de CIESC como entidad encargada de definir que normas de derecho internacional adquieren el valor de *ius cogens* y los mecanismos a través de los cuales se realiza el proceso, de modo que “*en l’absence d’organe supra-étatique, ce sont les traités multilatéraux généraux qui représentent la conscience internationale ; les grandes conférences qui formulent ces traités expriment les exigences de la vie internationale, en saisissent les tendances et sont à ce titre habilitées à se prononcer sur la valeur des règles préexistantes*”<sup>61</sup>.

En ese orden de ideas son los Estados, en tanto que miembros de la CIESC, quienes tienen la potestad de *declarar* que normas tienen el valor de *ius cogens*, y la forma de hacerlo es a través de tratados multilaterales universales. Es pertinente anotar que la idea de un tribunal internacional encargado de *declarar* la existencia de estas normas no se ventiló dentro de los debates de 1963 de la CDI, en detrimento de las propuestas realizadas por Relatores como Sir. H. Lauterpacht quien, como se vio anteriormente, era favorable a la definición de las mismas por un tribunal internacional.

## 5. POSICIÓN DE LOS ESTADOS FRENTE AL *DRAFT ARTICLES* PRESENTADO POR LA CDI

En la primera lectura del informe de la CDI de 1966 en la sexta comisión de la AG, no se evidencia ningún comentario del cual se pudiese demostrar algún asomo de duda en cuanto la existencia de normas *ius cogens* o de un orden público internacional<sup>62</sup>.

Las únicas inquietudes formuladas fueron de Estados Unidos de América y Reino Unido<sup>63</sup>, en la medida en que consideraron que el artículo no preveía la posibilidad de decisión de una instancia independiente relativa a la determinación de si una norma es imperativa o no. Igualmente, el Estado holandés consideró que la redacción del artículo contenía un pleonismo cuando se refería a las normas imperativas de derecho internacional general que no admitían ninguna derogación.

La mayoría de los cuestionamientos formulados al concepto de normas imperativas fueron a causa de la fijación de ejemplos. Al respecto Ago, consideró que no era necesario fijar de antemano las reglas respecto de las

---

*sans laquelle l’humanité n’aurait pas d’avenir. L’autonomie de la volonté des Etats doit être limitée grâce à la notion de jus cogens. Même si la Commission accepte que tous les traités déjà conclus et contraires au jus cogens actuel soient nuls, le droit international ne s’en trouvera pas bouleversé pour autant. Ce que les Etats perdent d’un côté est compensé de l’autre. On ne saurait en tous cas permettre que l’égoïsme de l’intérêt national détruise le bien commun international. Igualmente para Yassen, estas reglas “expriment les exigences de la vie internationale, en saisissent les tendances et sont à ce titre habilitées à se prononcer sur la valeur des règles préexistantes”*

<sup>60</sup> Ver ACIDI, “Compte rendu analytique de la 683e séance”. Vol. I, 1963, p. 69.

<sup>61</sup> Ver ACIDI, “Compte rendu analytique de la 828e séance”. Vol. I, 1966. “Verdross constate avec satisfaction que presque tous les gouvernements ont accepté le principe sur lequel repose l’article 37”, esto mismo se repite en Tounkine, “Il n’est pas nécessaire de reprendre tous les aspects du problème, d’autant que la plupart des gouvernements ont déclaré approuver cet article et ont souligné son importance”.

<sup>62</sup> Ver Doc A/CN.4/183/Add.1 p.18.

<sup>63</sup> Las enmiendas propuestas al artículo 50 fueron de: India (A/CONF.39/C.1/L.254); Rumania y la URSS (A/CONF.39/C.1/L.258/Corr.I); México (A/CONF.39/C.1/L.266); Finlandia (A/CONF.39/C.1/L.293); Estados Unidos de América (A/CONF.39/C.1/L.302); Finlandia, Grecia y España (A/CONF.39/C.1/L.306 and Add. 1 and 2); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CONF.39/C.1/L.312).

cuales toda derogación es prohibida, en la medida en que estas podían encontrarse en varias ramas del derecho internacional, de suerte que incorporar ejemplos en la definición sería desconocer la existencia de otras normas igualmente importantes para la vida internacional. Incluso, la incorporación de normas podría generar un efecto de petrificación: “*an enumeration of the rules would doom jus cogens to ossification*” en contravía del carácter mutable de las normas imperativas.

Posteriormente en las discusiones sostenidas el 21 de mayo de 1968, en el seno del *Committee of the Whole* de la Conferencia de Viena, se evidenciaron solicitudes de enmienda por parte de algunos Estados<sup>64</sup>, estas se circunscribieron a la posibilidad de que un Estado o grupo de Estados tuviesen voz para determinar que normas conforman *ius cogens*, de acuerdo con lo expresado en su foro interno y en el ámbito regional<sup>65</sup>; claridad en cuanto al tema de la especificidad y metodología<sup>66</sup> que permitiera la identificación de estas normas y la prevalencia del elemento de la universalidad de aceptación por la CIESC; la irretroactividad en la aplicación de la convención sobre el derecho de los tratados en lo concerniente a las normas *ius cogens* y la posibilidad de declarar la nulidad de algunas normas de un tratado- y no de todo el tratado-, por incompatibilidad con normas *ius cogens*.

La mayor parte de las discusiones se desarrollaron en torno a temas ya tratados en la CDI y en la convención de Lagonissi de 1966. La mayoría de las delegaciones evidenció la importancia de la estipulación del artículo como un paso necesario para el desarrollo progresivo del derecho internacional.

## 5.1 Corolario de las discusiones intergubernamentales:

### *The keynote of ius cogens was imprecision*

Finalmente la discusión en torno a las normas *ius cogens* se ventila en la segunda sesión del *Committee of the Whole* de la Conferencia de Viena de 1969, que recoge en términos generales el ambiente en medio del cual se aprueba el artículo 53. Un catalizador del sentimiento generalizado en la conferencia se puede percibir en la delegación francesa encabezada por el Sr. Hubert. El gobierno francés fue un opositor permanente de la codificación del principio *ius cogens*, -no por el principio en sí mismo sino por su indefinición-, y en su declaración de 1969 manifiesta que “*siente mucho tener que oponerse al artículo que ha atraído a un gran número de Estados que lo han acogido en la primera lectura*”.

Es claro para el gobierno francés que los tratados pueden llegar a ser nulos por su contradicción con una norma *ius cogens*, sin embargo considera que el artículo falla al no especificar de qué normas se trata y que mecanismos de defensa tendría el Estado en caso de ser cuestionado por estas razones<sup>67</sup>. Para el gobierno francés la incorporación

<sup>64</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF TREATIES (en adelante UNCLT) “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole Fifty-second meeting*”, 4 mayo 1968, p. 295, enmienda presentada por Estados Unidos de América. Igualmente en HANNIKAINEN, Lauri. “*Peremptory Norms (ius cogens) in international Law: Historical development, Criteria, Present status*”, Finish lawyers’ Publishing Company, 1988, después de un interesante análisis histórico del concepto de las normas *ius cogens*, el autor acoge la posibilidad conceptual de que grandes grupos de Estados puedan determinar la existencia de normas *ius cogens* en el entendido de que “*general means less than universal*”.

<sup>65</sup> UNCLT, Vienna, 26 March-24 May 1968, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole Fifty-second meeting*”, 4 mayo 1968, p. 229: “*Two methods of definition seemed to be possible; either a casuistical definition or a general and abstract definition. The first method was hardly practicable, for it would entail sifting a theoretically unlimited number of rules which, moreover, were customary rules. Certain rules of positive international law were however universally recognized as rules of jus cogens, for instance the rules on the prohibition of the threat or use of force, and they were mentioned as illustrations in the International Law Commission’s commentary. But it would be inexpedient to list them, since an enumeration of the rules would doom jus cogens to ossification*”.

<sup>66</sup> UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session*” 9 abril-22 mayo 1969, Viena, p.94, “*glance at article 50 showed that it declared void, in advance and without appeal, an entire category of treaties but failed to specify what treaties they were, what were the norms whereby they would be voided, or how those norms would be determined*”.

<sup>67</sup> Ibid., UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session*”, p. 93: “*Did that mean that the formation of such norms required the unanimous consent of all States constituting the international community, or merely the*

de normas *ius cogens*, aunque es importante porque representa el progreso del derecho internacional, detenta una importante raíz de inseguridad para el debido desarrollo de las relaciones internacionales.

Los elementos claves de imprecisión que evidencia la delegación francesa se vinculan con la falta de determinación del proceso de identificación de normas *ius cogens* por parte de su órgano normador<sup>68</sup> y la transferencia de un concepto de orden público interno al plano internacional, dadas las diferencias sustanciales entre comunidad internacional y sociedad interna, y en ese sentido, se considera no equiparable compeler a un individuo al cumplimiento de una disposición de este carácter a imponer a un grupo de Estados una norma o un conjunto de normas que no ha aceptado ni reconocido.

En esa misma línea, la delegación de Australia, encabezada por M. Brazil, declara que no existe conflicto alguno en cuanto a la existencia de un orden público internacional y normas *ius cogens*<sup>69</sup>, y su estipulación en la convención representa un significativo elemento de desarrollo progresivo del derecho internacional. Sin embargo los inconvenientes evidenciados en cuanto a la manera en que será aplicable y la creación de condiciones de justicia y respeto de los derechos de los Estados son necesarios para su aprobación. De la misma manera la delegación de Turquía encabezada por el Sr. Hayta, desaprueba el artículo del *ius cogens* por considerar que su estipulación presenta mayores desventajas que ventajas, vinculadas, -además de su falta de precisión-, a la ausencia de garantías para los Estados y al desconocimiento del principio de voluntad de los mismos como expresión inmanente de su soberanía, no obstante, sí aceptan la existencia de esta categoría normativa.

Por otra parte la delegación de Filipinas<sup>70</sup>, encabezada por el Sr. Abad Santos, evidencia las debilidades en la redacción del concepto, aun cuando declara su importancia como reflejo de principios tales como moral internacional, orden público internacional y buenas costumbres internacionales que no necesitan estar estrictamente definidos para ser aplicables. En ese mismo sentido las delegaciones de Alemania<sup>71</sup>, (Groeper), Cuba<sup>72</sup>, (Álvarez Tabio),

*assent of a large number of States but not of them all? If the latter, how large was the number to be and what calculations would have to be resorted to before it would be admitted that it had been reached? Who would decide in the event of a dispute? If, as was to be hoped, a system of compulsory arbitration was adopted, the arbitrator would be saddled with that task, and he would have to have wider latitude to judge than he had in normal cases, since he would be called upon to make law, not merely to interpret existing law. And if compulsory arbitration had to be discarded, the dispute could run into the dead end of a conciliation procedure which might lead nowhere. It was impossible to view such a prospect without the gravest misgivings”.*

<sup>68</sup> Ibid., UNCLT, “Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session”, p. 94: “(...) *ius cogens* in articles 50 and 61 was the most significant element of progressive development of international law contained in Part V”.

<sup>69</sup> Ibid. UNCLT, “Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session”, p. 95, “The wording of article 50 was of course not perfect. For one thing, the fact that a treaty conflicted with a peremptory norm of international law should not necessarily render the whole treaty void if only some of its provisions conflicted with the norm in question. (...) It had been argued that the principle of *ius cogens* was not defined in article 50; but good customs, morals and public policy were not necessarily defined in municipal law, and yet no insoluble difficulties had ever arisen in applying them in specific cases”.

<sup>70</sup> Ibid. UNCLT, “Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session”, p. 95, “Federal Republic of Germany said that his delegation, like many others, recognized the existence of a category of peremptory norms of international law. (...) The emergence of the notion of *ius cogens* in international law was a direct consequence of social and historical evolution, which had had a far-reaching influence on the development of international law. Technical interdependence and the multiplication of links between States had produced a situation where the ordered coexistence of States became impossible not only in the absence of some sort of international public order but also for want of certain concrete rules from which derogation was not permitted. Examples which sprang to mind were rules such as the prohibition of the use of force in relations between States, nonintervention in domestic affairs, and various rules relating to human rights. Those were rules from which no State could derogate without upsetting the international order politically and legally”.

<sup>71</sup> Ibid. UNCLT, “Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session”, p. 97, “(...) that however difficult it might be to identify a norm of *ius cogens*, there could be no doubt that it was necessary to recognize the peremptory nature of certain rules”.

<sup>72</sup> Ibid. p. 97, “(...) His delegation whole-heartedly supported article 50 which reflected the degree of development reached by contemporary international law, made a considerable contribution to its progressive development and was based on the political and legal realities of the contemporary world”.

Rumania<sup>73</sup> (Voicu), Reino Unido<sup>74</sup> (Sir. Vallet), Ecuador<sup>75</sup> (Valencia-Rodríguez), Colombia<sup>□</sup> (Caicedo Perdomo), Polonia (Nahlik) y la República Socialista Soviética de Ucrania (Makarevich), es generalizada la aceptación de la existencia de normas *ius cogens* y de un orden público internacional, aun cuando perciben las dificultades que radican en la indeterminación del artículo.

Finalmente, la idea, que puede condensar la sensación que deja en el ambiente el debate intergubernamental es presentada por la delegación chilena encabezada por Barros, “*Much had been made of the overwhelming majority in the International Law Commission in favour of the rule and also of governments’ reactions to it. But those reactions were only to be expected. If the Committee were asked to vote on democracy, it would vote unanimously in favour of it, but it would be found later that there were all sorts of different interpretations of individual votes. Something of the same sort was doubtless true of the reaction, or lack of reaction, of most governments to article 50*”<sup>76</sup>.”

Se evidencia entonces una total aprobación de los Estados en el seno de la conferencia de Viena 1969 al concepto de normas *ius cogens*, y una gran inconformidad hacia la “técnica jurídica” plasmada en la CVT/69 que pretende hacerlo efectivo.

## CONCLUSIONES

Al margen de todas las preguntas que pudiese generar el tema, es a todas luces evidente que existe un fenómeno social internacional en el cual se gesta el concepto *ius cogens*, que es incontrovertible. No tendría sentido negar la realidad de un fenómeno jurídico por la simple razón de su contradicción con la lógica que se pretende aplicar al sistema<sup>77</sup>. La dinámica del derecho es espontánea y las normas internacionales surgen a pesar de las carencias o precariedades institucionales. La *organización es exterior al normativismo* y las reglas normativas y constructivas del derecho internacional son independientes de toda organización social<sup>78</sup>, de suerte que la indeterminación o inexistencia de órganos encargados del reconocimiento de las normas imperativas no podría ser un argumento válido que justifique su inconsistencia.

Del mismo modo, el argumento que sostiene que la naturaleza de las normas *ius cogens* riñe con el sistema normativo internacional actual, de corte horizontal y no jerarquizado—parte de una contingencia formal y extrínseca al derecho internacional y no de criterios materiales e intrínsecos que justifiquen una real discordancia entre las normas *ius cogens* y el derecho internacional. Afirmar que las normas *ius cogens* son ajenas al sistema internacional es desconocer su carácter dinámico, y confundir el estado del derecho internacional actual con el derecho internacional en sí mismo.

<sup>73</sup> Ibid. UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session*”, p. 97, “(...) his delegation accepted that in any ordered international society there must be some basic rules from which States could not derogate by treaty. But it still had doubts as to the scope and content of article 50 and continued to be preoccupied by three major points”

<sup>74</sup> Ibid. UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session*”, p. 95, “(...) in accordance with the principle that all States were subject to a higher international order as members of the international community, the existence of certain norms of *jus cogens* in general international law was undeniable, and treaties which conflicted with those norms were void *ab initio*”

<sup>75</sup> Ibid., UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole second session*”, p. 97, “*The previous year’s discussions and the work of the Conference had shown that *jus cogens* was essential to a developed international community. Few denied the existence of that notion, and all were subject to the superior norms of general international law.*”

<sup>76</sup> Ibid. UNCLT, “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*” Fifty-second meeting, 26 March-24 May 1968, Viena, p. 299

<sup>77</sup> DUPUY, Pierre Marie, “*L’unité de l’ordre juridique international*”, *Recueil de Cours*, 2005, p. 271.

<sup>78</sup> SCALLE, George, “*Règles Générales du Droit de la Paix*”, *RCADI* No. 46, 1933, p. 355.

Ahora bien, de la investigación realizada se pudo concluir que las normas *ius cogens* nacen como categorías normativas positivadas de una *contrainte sociale* de la comunidad internacional –impulsada sobre todo por los nuevos Estados– que busca trascender el concepto clásico bilateralista internacional hacia un concepto de orden *público internacional* que comporte el reconocimiento de los principios más elevados de justicia, fundada en intereses y valores comunes de la CIESC.

El proceso de reconocimiento de estas normas se encuentra en los mismos Estados quienes a través de tratados multilaterales universales o costumbre general tienen la facultad de determinar que normas son y no son *ius cogens*. La dinámica social no es estática de manera que la transformación y derogación de dichas normas es totalmente posible dependiendo de las necesidades sociales de la época y su alcance no se vincula solamente al terreno de los tratados sino a todos los asuntos del derecho internacional incluso a la responsabilidad internacional de los Estados. Es claro como sostuvo Lauterpach que no existen en la práctica judicial o arbitral internacional precedentes de fallos que hubiesen declarado la nulidad de un tratado por ser contrario a ellos de suerte que la concreción de la norma atendió a criterios de desarrollo progresivo y no de codificación.

Finalmente, podemos decir que las normas *ius cogens*, constituyen un nuevo tipo de jerarquía normativa basado en criterios materiales, en los cuales cualquier norma internacional (costumbre, tratados, moral) es susceptible de resultar imperativa, dependiendo de las necesidades sociales del momento. Las normas *ius cogens* son excepciones al derecho internacional general (*ius dispositivum*), razón por la cual su número es muy reducido e imposible de determinar exhaustivamente dado que dichas normas se encuentran esparcidas en todo el ordenamiento jurídico internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL(ACDI), Vol. I, 1962, “ *Compte rendu analytique de la 629 séance*”, p. 67.

\_\_\_\_\_ Vol. I, 1963, “ *Compte rendu analytique de la 683e séance* ”, p. 69.

\_\_\_\_\_ Vol. I, 1963 “ *Compte rendu analytique de la 685e séance* ”, p.82

\_\_\_\_\_ Vol. I, 1963, “ *Compte rendu analytique de la 684e séance* ” p. 75.

\_\_\_\_\_ Vol. I, 1966, “ *Compte rendu analytique de la 828e séance* ”, p. 52.

ALEXIDZE, Levan: “*Legal nature of jus cogens in contemporary international law*”, RCDIP No. 172, 1981, pp. 223-268.

BRIERLY James, “*Informe, A/CN.4/23*”, 1950, pp. 152

\_\_\_\_\_ “*Informe A/CN.4/54 and Corr.1*”, 1951, pp. 132.

COMBACAU, Jean : “ *Le droit international, bric-à-brac ou système ?* ”, Le système juridique, Archives de philosophie, Edit. Sirely, 1.986, p. 102

DE VISSCHER, Charles: “*Positivism et Ius Cogens*”, RCDIP No. 1, 1971, p. 5-11.

DUPUY, Pierre marie : “*L’Unité de l’ordre juridique international*”, RCDIP No. 279, 2002, p. 161

FITZMAURICE G, “*Tercer informe periódico A/CN.4/115*”, 1956, vol. II. p. 122.

GENERAL ASSEMBLY, “*A/CONF.39/C.1/L.254*”, 1968, Informe Rumania y la URSS.

\_\_\_\_\_ “*A/CONF.39/C.1/L.258/Corr.I*”, 1968, Informe de México

\_\_\_\_\_ “*A/CONF.39/C.1/L.306 and Add. 1 and 2*”, 1968, Informe Finlandia, Grecia y España

- \_\_\_\_\_ “A/CONF.39/C.1/L.302”, 1968, Estados Unidos de América.
- \_\_\_\_\_ “A/CONF.39/C.1/L.31”, 1968, Informe Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- \_\_\_\_\_ A/CN.4/1/Rev.1, “*Examen d’ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international (mémoire du Secrétaire général) sujet: Programme de travail*”, 1949, p. 57.
- \_\_\_\_\_ Res. 378 B (V), “*Duties of States in the event of the outbreak of hostilities (item 3 of the agenda) (A/CN.4/44, chapter II: The possibility and desirability of defining aggression.*”
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio : “*Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*”, RCADI No.172, 1981, III, p. 9-217.
- KOLB, Robert: “*Théorie du ius cogens international, essai de relecture du concept*”, Publications de l’IUHEI de Genève, Paris, PUF, 2001.
- LAUTERPACHT, Sir H: “*Informe A/CN.4/63*”, 1953.
- \_\_\_\_\_ “*Informe A/CN.4/87*”, 1954.
- \_\_\_\_\_ “*Informe A/CN.4/101*”, 1954.
- MAREK, Krystyna : “*Contribution à l’étude du jus cogens en droit international*”, en Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Instituto para Graduados de Estudios Internacionales, Ginebra, 1968, pp. 426-459.
- PASTOR, RIDRUEJO, José A: “*Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*”, Edit. Tecnos, 2003, p. 43.
- RIVIER, Raphaëlle: “*Droit impératif et juridiction internationale*”, Thèse Université Paris II (Panthéon Assas), 2001
- SCELLE, Georg : “*Règles Générales du Droit de la Paix*”, RCADI No. 46, 1933, pp. 355.
- SUY, Eric: “*The concept of jus cogens in public international law*”, in *Lagonissi Conference on International Law, Papers and Proceedings*, Geneva, 1967, pp. 17-77.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF TREATIES (UNCLT) “*Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole Fifty-second meeting*”, 1968, pp. 295.
- VERDROSS, Alfred: “*Jus dispositivum and jus cogens in international law*”, *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, pp. 55-63.
- VIRALLY, Michael. “*Réflexions sur le jus cogens*”, *AFDI*, vol. XII, 1966, pp. 5-29.
- WALDOCK, Sir Humphrey : “*Deuxième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/156 and Add.1-3*”, 1963.