

**INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE
LAS NORMAS DE IUS COGENS EN
EL SENO DE LA COMISIÓN DE
DERECHO INTERNACIONAL, CDI***

**INTRODUCTION TO THE STUDY OF
THE IUS COGENS RULES WITHIN THE
INTERNATIONAL LAW COMMISSION, ILC**

**INTRODUCTION A L'ETUDE DES NORMES
IUS COGENS SELON LA COMMISSION
DE DROIT INTERNATIONAL - CDI**

*Ricardo Abello-Galvis***

*Fecha de recepción: 26 de agosto de 2011
Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2011*

* Artículo vinculado a la línea de investigación “El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales nacionales e internacionales” del Grupo de investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor principal de Derecho Internacional Público y Coordinador del Área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia); M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra – IUHEI; Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; Director del Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACIDI; Presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional - ACCOLDI.
ricardo.abello@urosario.edu.co

RESUMEN

El presente artículo analiza los orígenes de las normas *ius cogens* en su proceso evolutivo en la Comisión de Derecho Internacional. Para esto se acude a los trabajos presentados por los diferentes relatores especiales que tuvieron a su cargo el proyecto sobre el derecho de los tratados donde se incluyó el concepto de normas imperativas o *ius cogens*. Finalmente, se señalan las diferencias entre este tipo de normas y las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Se entiende por norma imperativa, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aquella que ha sido “*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*”.

Palabras clave autor: *Ius cogens*, normas imperativas, Comisión de Derecho Internacional CDI, Corte Internacional de Justicia, tratados, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, objeto ilícito, nulidad, derecho internacional general, comunidad internacional de Estados.

ABSTRACT

This article analyses the origin of *ius cogens* rules through its evolutionary process in the International Law Commission. In particular, the article includes the work of special rapporteurs dealing with the law of treaties project, in which the concept of imperative rules and *ius cogens* was studied. Some differences between these rules and humanitarian law have also been included.

According to Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a peremptory norm “is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

Keywords author: *Ius cogens*, peremptory norms, International Law Commission – ILC, International Court of Justice, treaties, Vienna Convention on the Law of Treaties, illegal object, void, general international law, international community of States.

RÉSUMÉ

Cet article développe les origines des normes *ius cogens* et son évolution au sein de la Commission de Droit International. Pour ce faire, nous procédons à l'analyse des travaux des rapporteurs chargés du projet de droit des traités dans lequel a été inclus le concept de normes impératives ou de *ius cogens*. Finalement, nous signalons les différences entre ce genre de normes y le droit international humanitaire.

D'après la Convention de Vienne une norme impérative "est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère".

Mots clés: *Ius cogens*, normes impératives, Commission de Droit International – CDI, Cour internationale de Justice, traités, Convention de Vienne sur le Droit des Traités, objet illicite, nullité, droit international général, communauté internationale des Etats.

SUMARIO

I. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE REVISAR EL CONCEPTO DE NORMAS DE *IUS COGENS*?.- II. EL CONCEPTO DE NORMAS DE *IUS COGENS* EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS – CDI Y LOS ORÍGENES DE LA POSITIVIZACIÓN DE ESTAS NORMAS.- A. *La posición de Jesús María Yepes en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.*- B. *La posición de sir Hersh Lauterpacht en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su informe presentado en 1953.*- C. *La posición de sir Humphrey Waldock en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.*- III. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*.- IV. ¿PUEDEN CONSIDERARSE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL?.- V. ¿TIENEN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES LA FACULTAD DE CREAR UNA NORMA DE *IUS COGENS*?.- VI. DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR LA CIJ, ¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SER CONSIDERADO COMO *IUS COGENS*?.- CONCLUSIONES.

I. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE REVISAR EL CONCEPTO DE NORMAS DE *IUS COGENS*?

El concepto de normas imperativas es, tal vez, uno de los más complejos de toda la terminología del derecho internacional. Esto lo señalamos en la medida en que quienes consideramos que sí existe nos encontramos frente a varias vertientes, mientras que por otro lado están aquellos que se oponen firmemente a la existencia de tal concepto.

En cuanto a su origen hay las más diversas opiniones; para Erik Suy y para Antonio Gómez Robledo, los orígenes de las normas imperativas o de *ius cogens* se remontan al derecho romano, cuando en uno de los textos de Papiniano se hace referencia al “*iure cogente*” haciendo referencia al carácter esencial de una donación, si bien es claro que se trata de un concepto totalmente diferente al que hoy tenemos de *ius cogens*¹. Por otro lado, para Paul Guggenheim “*La expresión ius cogens aparece en primer lugar con los pandectistas. Windscheid es quien buscó definirla como las reglas de derecho que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas, estas se aplican aunque las partes quieran excluirlas, estas se imponen*”².

Además de lo anterior, podemos señalar que una parte de la doctrina encuentra normas de *ius cogens* con mucha facilidad y apoyan este concepto³. En el mismo sentido lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH⁴; mientras que

1 Erik Suy, *The Concept of Ius Cogens in International Law*, 18 *Papers and proceedings II Conference on International Law* (Conference on International Law Lagonissi — Greece— 1966, Ginebra, 1967) y Antonio Gómez Robledo, *Le ius cogens International: Sa genèse, sa nature, ses fonctions*, en *RCADI*, vol. 172, 17 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982).

2 “*L’expression ius cogens apparait (...) d’abord chez les pandectistes. C’est surtout Windscheid qui a cherché à le dégager en la définissant comme des règles de droit excluant toute attitude arbitraire des personnes privées; elles s’appliquent alors même que les parties veulent les exclure, elles s’imposent*” (Traducción libre del autor – TLA), en *Traité de droit international public*, 128 (Paul Guggenheim, ed., Librairie Georg, Ginebra, 1967). Ver también: Antonio Gómez Robledo, op. cit., 21.

3 A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind towards a new Jus Gentium*, en *RCADI*, vol. 316, 335 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2006).

4 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. N° 18 relativa a la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. De la misma forma, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005); Caso Yatama c. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la “Masacre de Mapiripán” c. Colombia (Sentencia del 15 de septiembre de 2005); Caso Servellón García y otros c. Honduras (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); Caso Goiburú y otros. c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); Caso

por el otro nos encontramos frente a una posición más conservadora y rígida como es el caso de la Corte Internacional de Justicia – CIJ⁵ que ha evitado incluir en detalle el análisis de este concepto en su jurisprudencia⁶. En este sentido, autores como Manuel Diez de Velasco consideran que “*son escasos y polémicos los procedimientos hoy existentes para identificar una norma imperativa como para determinar con precisión su contenido y esclarecer claramente sus consecuencias jurídicas*”⁷. De acuerdo con lo anterior, vemos cómo solo en una reciente orden⁸ de la CIJ se hace referencia a este concepto en una opinión disidente; así como en la opinión consultiva relativa a la licitud de la Declaración de Independencia de Kosovo⁹. Finalmente, encontramos posiciones como la de Michael J. Glen-

Almonacid Arellano et ál. c. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 26 de septiembre de 2006); Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006). Caso La Cantuta c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); Caso Perozo y otros. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso Ríos et ál. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso Anzualdo Castro c. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); Caso Dacosta Cadogan c. Barbados, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009); Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009); Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009); Caso de la Masacre de las dos Erres c. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009).

- 5 Ver: Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), Fallo, I.C.J. Reports 1970, 3; Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, 457; Ensayos Nucleares (Australia c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, 253; Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Fondo del Asunto, Fallo, I.C.J. Reports 1986, 14; Timor Oriental (Portugal c. Australia), Fallo, I.C.J. Reports 1995, 90; Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva solicitud) (República Democrática del Congo c. Rwanda), Competencia y Admisibilidad, Fallo, I.C.J. Reports 2006, 6; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Excepciones Preliminares, Fallo, I.C.J. Reports 1996, 595; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro), Fallo, I.C.J. Reports 2007.
- 6 Al respecto es interesante este análisis a futuro en la medida en que recientemente fue nombrado como juez de la CIJ el jurista brasileño A.A. Cançado Trindade, quien tuvo gran influencia con este tema mientras fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 7 Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 69-70 (Tecnos, Madrid, 1999).
- 8 Corte Internacional de Justicia, Immunités juridictionnelles de l’Etat (Alemania c. Italia), Orden, 6 de julio de 2010. Opinión disidente del juez A.A. Cançado Trindade.
- 9 Corte Internacional de Justicia, Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo. Opinión consultiva, 22 de julio de 2010.

non quien sostiene que “*es una doctrina anacrónica, incoherente y que gira sin sentido, razón por la que debería ser excluida del derecho internacional*”¹⁰.

Ante la complejidad que conlleva la cabal comprensión de este concepto, decidimos adentrarnos en el análisis del mismo para poder determinar su existencia, sus límites y su alcance. Por lo anterior, hemos decidido que en el presente artículo nos limitaremos al estudio de las normas de *ius cogens* a la luz de los trabajos que conllevaron a la aprobación del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). Este proyecto fue el que llevó este concepto a su positivización en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Igualmente, analizaremos si se trata de una fuente del derecho internacional o si, por el contrario, se trata de una característica dada a determinadas fuentes.

II. EL CONCEPTO DE NORMAS DE IUS COGENS EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS – CDI Y LOS ORÍGENES DE LA POSITIVIZACIÓN DE ESTAS NORMAS

La evolución del concepto de *ius cogens* en la CDI se desarrolla en varios momentos, como lo veremos más adelante. En este sentido, haremos referencia a los antecedentes que tuvo, así como al desarrollo desde que se acuñó el término en los estudios realizados por el relator especial sobre el derecho de los tratados hasta la aprobación de la Convención en la ciudad de Viena en 1969.

El término *ius cogens* fue desarrollado y acuñado por los trabajos preparatorios de la CDI en lo relativo al derecho de los tratados. Este tema fue incluido por la Comisión desde su primera sesión en 1949. Cuatro relatores especiales¹¹ y 17 años de trabajo fueron necesarios para que fuera aprobado el proyecto y presentado a la

10 Michael J. Glennon, *De l'absurdité du droit impératif (Jus Cogens)*, en 110 *RGDIP*, 3, 529-536, 530 (2006).

11 Los relatores especiales de la CDI sobre el derecho de los tratados fueron: J.L. Brierly (1949-1952), sir Hersch Lauterpacht (1952-1954), sir Gerald Fitzmaurice (1955-1959) y sir Humphrey Waldock (1961-1966). En Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 68 (5ª ed., Nueva York, 1996).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Fue la misma CDI la que sugirió que se realizara una conferencia internacional de plenipotenciarios, la cual fue convocada por la Asamblea General por medio de la Resolución 2166 (XXI) de 5 de diciembre de 1966¹².

A pesar de tener clara la institución en la que centraremos nuestro análisis, la CDI, el año en el que debemos iniciar nuestro estudio no es claro. En efecto, al respecto hay diferentes posiciones en lo relativo al momento en el que, por primera vez, se habló de las normas de *ius cogens* en la Comisión. Siguiendo lo señalado por Gómez Robledo, hay tres etapas que se deben distinguir:

- a. El anteproyecto presentado por sir Humphrey Waldock en 1963. Posición que siguen autores como Suy y Rosenne. Este es el momento en el que se explicita el término “*ius cogens*”.
- b. Otros autores como Jerzy Sztucki consideran que el estudio normativo del *ius cogens* empieza con el proyecto presentado por Lauterpacht en 1953, quien era, en ese momento, el relator especial de la CDI para el derecho de los tratados.
- c. Un tercer momento para tomar como punto de partida es el que Gómez Robledo considera que es el que se debe tomar, es 1950 cuando el profesor Jesús María Yepes, miembro colombiano en la CDI, manifestó en la Comisión su preocupación en lo relativo a la validez de los tratados internacionales en función de la licitud del objeto¹³.

De acuerdo con lo anterior, empezaremos nuestro análisis por lo señalado por el doctor Yepes; continuaremos con lo expresado por sir Hersh Lauterpacht y terminaremos este punto con el proyecto que presentó sir Humphrey Waldock.

A. La posición de Jesús María Yepes en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

En lo relativo al doctor Jesús María Yepes, quiero aprovechar estas líneas para destacar la inmensa labor que realizó como internacionalista. Fue el primer colombiano en ser elegido miembro de la CDI y, a nuestro parecer, el internacionalista más importante que

12 Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 70-71 (5ª ed., Nueva York, 1996).

13 Antonio Gómez Robledo, op. cit., 37.

haya tenido Colombia. Tuvo el reconocimiento de la comunidad internacional y por esto fue invitado en tres ocasiones a dictar el prestigioso curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya¹⁴, honor que comparte con Roberto Ago y Hans Kelsen.

El profesor Yepes sostuvo en la Comisión, con relación a los tratados, que la CDI:

(...) Analizó los siguientes puntos: forma escrita, capacidad, firma, ratificación. Este es el marco de los tratados y toman su fuerza de su contenido. La Comisión olvidó hacer referencia a que los Estados no tenían el derecho de hacer tratados sobre todos los temas. Olvidó el objeto de los tratados, siendo indispensable que éste sea lícito y esto debe decirse en forma expresa. Él [Yepes] sabe que es una vox clamantis in deserto, pero él hace parte de una escuela filosófica que no acepta la voluntad del Estado como una fuente del derecho y considera que el Estado está sometido al imperio del derecho y que debe respetarlo. Por encima del Estado solo está la ley moral¹⁵.

Como consecuencia de lo anterior, el doctor Yepes presentó en la CDI un proyecto de artículo en los siguientes términos:

Para su validez, un tratado debe tener un objeto lícito de acuerdo con el derecho internacional. En caso de controversia sobre la licitud de un tratado, la Corte Internacional de Justicia se pronunciará por solicitud de cualquier Estado interesado directa o indirectamente o de las Naciones Unidas.

Un tratado cuyo objeto sea ilícito no podrá ser registrado en el secretariado de las Naciones Unidas. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia cuando haya dudas sobre la licitud del tratado presentado para su registro¹⁶.

Vemos cómo para Yepes el tema de la licitud era un punto fundamental en lo relativo a la codificación. Si bien en este momento no

14 En 1930 dictó *La contribución de América Latina al desarrollo del derecho internacional público y privado*, en 1934 *Los problemas fundamentales del derecho de gentes en América* y en 1947 dictó *Los acuerdos regionales y el derecho internacional*. Ricardo Abello Galvis, Editorial, 1, 7-11, en 9 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI* (2008).

15 “(...) a examiné les problèmes suivants: forme écrite, capacité, signature, ratification; c’est là le cadre des traités. Or, ceux-ci valent par leur contenu. La Commission a oublié de dire que les Etats n’avaient pas le droit de faire des traités sur toutes les matières. Elle a oublié l’objet des traités. Or, il est essentiel que les traités aient un objet licite et il faut le dire expressément. Il sait bien qu’il est un peu vox clamantis in deserto, mais il appartient à une école philosophique qui n’accepte pas la volonté de l’Etat comme source du droit et il estime que l’Etat est soumis au droit et doit le respecter. Au-dessus de l’Etat, il y a la loi morale” (TLA), en *Yearbook of the International Law Commission - YILC*, 299, párr. 49 a) (1950).

16 “Pour être valable, un traité au sens de cette convention doit avoir un objet licite selon le droit international. En cas de controverse sur la licéité d’un traité, la Cour internationale de Justice se prononcera sur ce point sur la demande de tout Etat directement ou indirectement intéressé ou

se hablaba de normas imperativas, es claro que el punto en común con las normas de *ius cogens* radica precisamente en el objeto lícito del acuerdo. En efecto, lo que hoy entendemos como normas imperativas, o de *ius cogens*, son precisamente aquellas normas en las que la comunidad internacional en su conjunto considera que no puede haber pacto en contrario. Es decir, que los acuerdos a los que lleguen los Estados no pueden ir en contra de dichas normas porque lo que realmente estarían pactando en dicho tratado sería un objeto ilícito.

De lo anterior surge la pregunta de si debe haber una distinción entre lo que los Estados han pactado en tratados multilaterales y lo que han acordado en tratados bilaterales. Más adelante en el presente artículo analizaremos el desarrollo que tuvo en el seno de la CDI este punto específico de acuerdo con el informe presentado por el relator especial sir Waldock.

Sin embargo, al respecto creemos que se debe hacer una distinción entre diferentes tipos de tratados. En efecto, no todos los tratados con objeto ilícito son contrarios a normas imperativas. Se trata de una posición en la que hay un marco general, contrario a normas de *ius cogens*, y uno particular contrario a normas o acuerdos celebrados entre algunos Estados sin que sean considerados necesariamente como normas de este tipo.

B. La posición de sir Hersch Lauterpacht en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su informe presentado en 1953¹⁷

Siguiendo con la propuesta de Gómez Robledo, a continuación analizaremos lo que el relator especial, sir Hersch Lauterpacht, presentó a la CDI en 1953 relativo al derecho de los tratados. De acuerdo con lo anterior, el relator especial consideró que debería haber nulidad de todo tratado cuya ejecución sea un acto considerado como ilegal por el derecho internacional y que así haya sido declarado por la

des Nations Unies. Un traité dont l'objet n'est pas licite ne peut pas être enregistré au Secrétariat des Nations Unies. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies demandera un avis consultatif à la Cour internationale de Justice toutes les fois qu'il y aura des doutes sur la licéité d'un traité présenté à l'enregistrement" (TLA), en *YILC*, op.cit., 299-300.

17 Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/63, 24 de marzo de 1953.

Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la redacción de lo que, en su momento, era el artículo 15 era la siguiente:

*Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si para su cumplimiento hay un acto ilícito de acuerdo con el derecho internacional y si así lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia*¹⁸.

En sus comentarios, sir Lauterpacht aclaró que lo anterior en ningún momento limitaba la capacidad de los Estados de adelantar acuerdos así estos sean contrarios a un tratado o, inclusive, a la costumbre. En este sentido en su informe sostuvo que:

*El principio formulado en el artículo en mención es generalmente, por no decir universalmente, aceptado por la doctrina que ha estudiado el tema de validez de los tratados. Lo anterior por dos razones, este interrogante tiene sus dificultades. En primer lugar, no todos los tratados que positivizan la costumbre son nulos. Con relación a este punto se ha aceptado de forma general que los Estados tienen plena libertad para modificar, en sus relaciones mutuas, por vía de tratado, las normas consuetudinarias del derecho internacional*¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, el profesor Gómez Robledo resalta lo dicho por el relator especial afirmando que la libertad contractual, tal y como había sido comprendida hasta ahora, mantenía prácticamente intacto su campo de aplicación en la medida que los Estados podrán siempre modificar por mutuo acuerdo el derecho convencional así como el derecho consuetudinario en general²⁰.

Ahora bien, tal y como lo señala Lauterpacht en su informe, es claro que hay un acto ilegal cuando se afectan derechos de terceros Estados. Sin embargo hay casos en los que también nos encontramos frente a un acto ilegal por tratarse de principios de derecho internacional. En este sentido sostuvo que:

18 “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” (TLA). Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/63, 154, 24 de marzo de 1953.

19 “The principle formulated in this article is generally—if not universally—admitted by writers who have examined this aspect of validity of treaties. Yet, mainly for two reasons, the question is not free of difficulty. In the first instance, not every treaty is void which departs from customary international law. For it is generally recognized that, in principle, States, are free to modify by treaty, as between themselves, the rules of customary international law” (TLA). Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/63, 154, 24 de marzo de 1953.

20 Antonio Gómez Robledo, op. cit., 39.

Pareciera que el test en el que el objeto del tratado es ilegal y donde el tratado es nulo por esa razón, no es inconsistente con la costumbre internacional pura y simple; sin embargo, si hay inconsistencia con las normas de orden público internacional (ordre international public)²¹ por ser considerados principios superiores del derecho internacional. Estos principios no necesariamente se han cristalizado en una norma clara y generalmente aceptada como es el caso de la piratería y el de la guerra de agresión. Estas pueden expresar reglas de moral con un carácter cogente al punto que un tribunal internacional las identificaría como principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas de acuerdo con lo señalado por el artículo 38 (3) del Estatuto; en consecuencia, directamente aplicables por la Corte Internacional de Justicia. Si bien no es posible citar una decisión judicial que apoye lo anterior, si hay opiniones individuales interesantes de algunos jueces. En este sentido podemos citar la opinión individual del Juez Schiicking en el caso Oscar Chinn en la que sostuvo que 'la Corte nunca aplicaría una convención cuyos términos sean contrarios a la moralidad pública'²².

Ahora bien, para Gómez Robledo habría que incluir aquellos tratados cuyo objeto son el tráfico de esclavos o la trata de blancas²³ (hoy se denomina solo trata). En este mismo sentido se han pronunciado autores como Amado²⁴, Ian Brownlie²⁵, Higgins²⁶, Pastor Ridruejo²⁷, entre otros. Asimismo sostiene que en dicho

21 El concepto de *ordre international public* corresponde hoy en día a aquellas “reglas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto a las que los Estados no podrían, so pena de nulidad, derogar por convenciones que le sean contrarias”. Es decir normas de *ius cogens*. *Dictionnaire de Droit International Public*, 789 (Jean Salmon, ed., Bruylant / AUF, Bruselas, 2001).

22 “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 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. Although it is not possible to cite any judicial decision in support of that view there are occasional interesting observations of individual judges to that effect. Thus in his individual opinion in the Oscar Chinn case Judge Schiicking asserted that “the Court would never (...) apply a convention the terms of which were contrary to public morality”. Publications of the P.C.I.J., *Series A/B*, N° 63, 150 (TLA). Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/63, 155, 24 de marzo de 1953.

23 Antonio Gómez Robledo, op. cit., 40.

24 ACDI, I, vol. I, sesión número 683, 68, 20 de mayo de 1963.

25 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 515 (5a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998).

26 Rosalyn Higgins, *Problems & Process, International Law and how we use it*, 21 (Clarendon Press, Oxford, 1998).

27 José Antonio Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs*, en *RCADI*, vol. 274, 297 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998).

aparte del informe de Lauterpacht es clara la presencia del *ius cogens* en la medida que se trata de normas imperativas que frenan y condicionan la libertad contractual y que ya se han designado como “*principios superiores del derecho internacional*” o como principios de orden público internacional. Según Robledo, estos dos conceptos son sinónimos²⁸.

C. La posición de sir Humphrey Waldock en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

En definitiva, el punto de partida del *ius cogens* como concepto en la CDI se dio el 6 de mayo de 1963, fecha en la que el relator especial, sir Humphrey Waldock, presentó ante la CDI su informe sobre el derecho de los tratados. Si bien ya se hacía referencia al término, no se había incorporado al cuerpo del proyecto; esto es lo que hace Waldock al proponer, en lo relativo a la nulidad de los tratados, el siguiente texto:

1. *Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *JUS cogens*.*
2. *En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña:*
 - a) *El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas;*
 - b) *Cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o*
 - c) *Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional.*
3. *Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *JUS cogens* no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esa estipulación será nula.*
4. *Las disposiciones de este artículo no serán aplicables, sin embargo, a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *JUS cogens**²⁹.

28 Antonio Gómez Robledo, op. cit., 41.

29 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional - ACIDI*, vol. II, 60 (1963).

Debemos destacar varios puntos de esta propuesta de artículo presentado por el relator especial. En primer lugar, es claro que se buscaba ya determinar la nulidad de aquellos tratados que fueran contrarios a una norma general o a un principio de derecho internacional que fueran considerados como de *ius cogens*.

En segundo lugar, nos encontramos que, para sir Waldock, una actuación debería ser considerada como contraria al *ius cogens* si en su ejecución se incurría en una de las siguientes hipótesis, a saber: a) la amenaza o el uso de la fuerza contrarios a los principios de la Carta; b) cualquier acto u omisión que sea considerado por el derecho internacional como un delito; y, c) cualquier acto u omisión de reprimir o sancionar por parte de un Estado cuando el deber de colaboración le es exigido. Es claro, tal y como lo señala Gómez Robledo, que sir Waldock no quiso hacer una lista exhaustiva; sin embargo, se le debe reconocer el haber incluido la prohibición del uso o de la amenaza de la fuerza ya que afirma que hoy en día esta prohibición sigue siendo considerada como un norma imperativa³⁰.

En tercer lugar, la redacción del artículo buscaba mantener una estabilidad jurídica al precisar que solo habría nulidad del tratado si la norma considerada como contraria tuviera una relación directa con el objeto y fin del tratado; es decir que, *a contrario sensu*, si no hay esa relación directa solamente la norma invocada sería nula dejando vigente el resto del tratado.

Finalmente, en cuarto lugar, el relator especial quiso hacer una distinción entre tratados bilaterales, plurilaterales y los multilaterales. En efecto, consideraba que solamente los tratados celebrados entre algunos Estados podían llegar a ser nulos por ir en contra de una norma de *ius cogens*; mientras que esto no podía suceder con los tratados de vocación universal en la medida que la voluntad de esa comunidad internacional en su conjunto debía primar sobre cualquier acuerdo. En este punto nos encontramos frente al voluntarismo del derecho internacional que, en cierta forma, era el que hacía que hubiera varios miembros de la CDI que no estuvieran de acuerdo con este tipo de nulidad en la medida en que son los Estados los encargados de legislar. Es decir, de crear las normas. En este sentido Yassen afirmaba que “(...) *en derecho internacional*

30 Antonio Gómez Robledo, op. cit., 44-45.

*las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas*³¹.

Por lo anterior, se discutió entre los miembros de la CDI si podían existir unas normas superiores y que la voluntad de los Estados estuviera limitada por ellas. En este sentido, se discutía si debía haber una coordinación entre las diferentes convenciones o si, por el contrario, podía haber un orden jerárquico. Como consecuencia de lo anterior, no hubo en un comienzo unanimidad con relación al término *ius cogens*. En efecto, varios preferían que se usara el término “orden público internacional”. En este sentido, Yassen, sostuvo que:

*En derecho internacional el JUS cogens plantea, no sólo la cuestión de la autonomía de la voluntad de los Estados, sino también la de la jerarquía de las normas de derecho internacional. La cuestión que hay que determinar en cada caso es la de si un acuerdo internacional puede o no estar en conflicto con una norma jurídica preexistente*³².

Vemos cómo se prefería una estructura horizontal, dada por el concepto de “orden público internacional” frente a la estructura jerárquica o vertical, dada por el *ius cogens*.

Finalmente, fue el miembro norteamericano, Briggs, quien en su intervención logró que se llegara a un acuerdo en la CDI al proponer lo que se convertiría en lo que hoy es el artículo 53 de la CVDT y que quedara entonces acuñado el término *ius cogens*³³ en el proyecto. Al mismo Briggs se le debe que no se haya incluido una lista ejemplificativa de normas imperativas³⁴; buscaba evitar fricciones entre los Estados sobre lo que cada uno pudiera considerar como norma de *ius cogens* y lo que no.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DE IUS COGENS

Ahora bien, la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 finalmente incluyó el concepto de normas imperativas o de *ius cogens*. Por esto entraremos a analizar la definición que

31 *ACDI*, vol. I, párr. 39, 67 (1963).

32 *Ib.*, párr. 38, 66-67.

33 *Ib.*, 66.

34 *Ib.*

encontramos en la Convención y que quedó positivizada en los siguientes términos:

Artículo 53: *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

Artículo 64: *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.*

De acuerdo con lo anterior, debemos entender por norma de *ius cogens* aquellas que cumplen con los siguientes elementos:

1. Debe ser aceptada por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto.
2. Es una norma que no acepta acuerdo en contrario.
3. Solo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Asimismo, en caso de contradicción entre una norma de *ius cogens* y otra norma, la consecuencia será la nulidad de esta última, que puede presentarse bajo dos aspectos diferentes:

- *Una nueva norma de ius cogens conllevará a la nulidad de todo tratado existente que sea contrario a esta nueva norma imperativa.*
- *Todo tratado que sea contrario a una norma de ius cogens en vigor será nulo ab initio.*

Ahora bien, a continuación analizaremos cada uno de los elementos constitutivos de las normas de *ius cogens*.

- a. Ser aceptada por la Comunidad de Estados en su conjunto.

Este es, sin lugar a dudas, el elemento que conlleva una mayor complejidad. En efecto, determinar con exactitud el concepto de “Comunidad de Estados” no es tarea fácil, y de aquí surgen, además varias preguntas:

¿Cuántos Estados se requieren para considerar que hay una “comunidad de Estados en su conjunto”?

¿Se hace referencia a la totalidad de Estados o solamente a los Estados parte de la Organización de Naciones Unidas?

De estos interrogantes surgen posiciones que no pueden tenerse en cuenta en la medida que se llegaría a posiciones absurdas. En efecto, si entendemos la “*comunidad de Estados en su conjunto*” como la totalidad de los Estados, tendríamos que aceptar que con un solo Estado que se autoproclame en contra bastaría para que la norma en mención no pueda ser considerada como imperativa. Es decir, que sería prácticamente imposible que existiera al menos una norma que tenga este carácter; si a esto le sumamos que cuatro de los miembros del Consejo de Seguridad no han ratificado la CVDT por estar abiertamente en contra de las normas de *ius cogens* como concepto, simplemente este tipo de normas no existiría³⁵.

En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas – CDI sostiene que no se requiere la aceptación de toda la comunidad internacional sino que se requiere únicamente “*todos los componentes esenciales de la comunidad internacional*”³⁶. Ahora bien, con relación al concepto de lo que se debe entender por Comunidad Internacional – C.I., el mismo Díez de Velasco se pregunta al respecto “*(...) ¿qué debemos entender por todos los componentes esenciales de la C.I. o quién debe decidir cuáles sean?*”³⁷. Y continúa afirmando que “*esta incógnita sigue hoy sin resolver*”³⁸. Por esto, Dupuy y, en el mismo sentido, Díez de Velasco manifiestan que se trata de normas que “*pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura comunitaria y que exigen reglas cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento (DUPUY: 196-200 y 205-208)*”³⁹.

Al respecto, Jean Salmon sostiene que, en cuanto al origen de estas normas, el *ius cogens* solo puede ser “*revelado*” por las instituciones verticales de la ONU, sin embargo, afirma que estas hacen

35 José Antonio Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs*, en RCADI, vol. 274, 297 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998), y Michael J. Glennon, *De l'absurdité du droit impératif (Jus Cogens)*, 110 RGDIP, 3, 529-536, 532 (2006).

36 *Anuario CDI*, 1976-II, 2ª parte, párr. 61, 118.

37 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 69-70 (Tecnos, Madrid, 1999).

38 *Ib.*, 69-70.

39 *Ib.*, 69. Antonio Gómez Robledo, *op. cit.*, 17.

poca presencia en este tema⁴⁰. Esto ha dejado abierta la posibilidad para que sean otras instituciones las que, de forma directa o indirecta, asuman ese rol. Al respecto consideramos que si es la Comunidad Internacional de Estados, de acuerdo con la CVDT, la encargada de determinar a qué normas se les puede dar el carácter de imperativas, no puede ser la ONU la encargada de ello sino los Estados que la conforman.

Sin lugar a dudas el punto más complejo para determinar la existencia de una norma de *ius cogens* es que debe ser aceptada por la comunidad de Estados en su conjunto. ¿Qué debemos entender por la comunidad de Estados en su conjunto? No entraremos a analizar el concepto de Sociedad de Naciones, y mucho menos determinar si existe o no, tal y como lo pone en duda el profesor Dupuy.

b. Que no admite acuerdo en contrario.

Tal y como se dijo por parte de la CDI, hay una serie de normas que al ser jerárquicamente superiores no puede efectuarse un acuerdo que las contraríe.

c. Que solo puede ser modificado por una nueva norma de *ius cogens*.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que para poder modificar una norma de *ius cogens* se requiere una norma que tenga el mismo valor. Es decir que solo puede ser modificada por una norma que tenga la misma jerarquía y, obviamente, que la Comunidad Internacional de Estados la haya aceptado como tal.

IV. ¿PUEDEN CONSIDERARSE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Puede llegar a pensarse que este tipo de normas sean consideradas como una de las fuentes del derecho internacional no enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Al respecto, Michel Virally sostiene que se trata de derecho positivo y para esto lo diferencia del derecho natural, afirmando que “*este evoluciona en función de la situación socio-histórica de la*

40 Jean Salmon, *Le droit international à l'épreuve au tournant du XXIème siècle*, en *Cursos Euro-mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, VI, 98 (Jorge Cardona Llorens, coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

sociedad internacional y de las modificaciones que intervienen en las concepciones políticas, éticas, ideológicas que se relacionan. En otras palabras, las normas de JUS cogens son normas de derecho positivo"⁴¹.

Ahora bien, ¿quiere esto decir que se trata de una fuente del derecho internacional? En este sentido, creemos que cuando se habla de normas de *ius cogens* se hace referencia a un orden jerárquico de unas normas específicas y no de una fuente en el sentido formal.

Por lo anterior consideramos que N'Guyen, Pellet y Dallier tienen razón cuando afirman que "*de ninguna manera constituyen una nueva categoría de fuente formal del derecho internacional*"⁴², sino que se trata de una jerarquía entre las normas imperativas y las demás; en el mismo sentido encontramos el caso relativo a la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal*, del 31 de julio de 1989. En esta decisión, el Tribunal Arbitral sostuvo que "*bajo la perspectiva del derecho de los tratados, el JUS cogens es simplemente una característica propia a ciertas normas jurídicas que no son susceptibles de ser derogadas por vía convencional*"⁴³.

En consecuencia, es claro que, en el sentido estricto de fuente, se deben crear nuevas obligaciones y/o derechos; este no es el caso con las normas de *ius cogens* en la medida en que se trata de normas ya existentes que la comunidad internacional, por decisión expresa o por su forma de actuar, les han dado una jerarquía especial a una norma ya existente. Por esto no pueden ser consideradas como fuente del derecho internacional.

De la redacción del artículo 64 de la CVDT al limitar la nulidad a los tratados, surge la siguiente pregunta ¿Qué sucede con las demás fuentes del derecho internacional? En efecto, esta pregunta la formulamos por el hecho de que las normas imperativas se encuentran reguladas por la CVDT. ¿Quiere esto decir que se limita exclusivamente a los tratados? O, por vía de costumbre, sería aplicable a las demás fuentes del derecho internacional. ¿Qué sucede si es un principio general el que es contrario a una norma de *ius*

41 Michel Virally, *Réflexions sur le JUS cogens*, en *AFDI*, 15-16 (1966).

42 "(...) en aucune manière ils n'instituent une nouvelle catégorie des sources formelles du droit international (...)" (TLA). Nguyen Quoc Dinh & Alain Pellet, *Droit International Public*, 201 (LGDJ, París, 1999).

43 "du point de vue du droit des traités, le JUS cogens est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle" (TLA). *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal del 31 de julio de 1989*, *RGDIP*, 234 (1990).

cogens? Creo que este punto se entraría a resolver con el proyecto de responsabilidad de los Estados, aprobado en el año 2001 por la CDI y enviado a la Asamblea General, que también lo aprobó ese mismo año⁴⁴.

Existe una norma consuetudinaria relativa a las normas de *ius cogens* en la medida en que la Convención hace referencia exclusiva a los tratados. Sin embargo, es claro que cualquier fuente del derecho internacional que sea contraria a una norma de *ius cogens* será nula. Esto independientemente de que la CVDT limite la nulidad en forma exclusiva a los tratados.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ, las fuentes principales del derecho internacional son, en primer lugar, los tratados, en segundo lugar la costumbre y en tercer lugar los principios generales del derecho. A continuación haremos un análisis relativo a las diferencias entre las normas de *ius cogens* y la costumbre internacional; esto en la medida en que creemos que, como lo afirma Santiago Villalpando, en virtud del principio *pacta tertiū neque nocent neque prosunt*, los tratados difícilmente logran un carácter universal, que es la esencia inherente a las normas *ius cogens*⁴⁵. En este sentido, la costumbre termina siendo la fuente por excelencia de las normas imperativas, lo que no quiere decir que no pueda darse por otra vía.

Como consecuencia de lo anterior, en este escrito decidimos limitarnos a la costumbre como fuente de comparación por ser esta la que ha permitido el desarrollo progresivo del derecho internacional y especialmente el del Derecho Internacional Humanitario, sobre el que existe una fuerte polémica sobre si se trata de normas de *ius cogens*, o no. A continuación trataremos demostrar que estas normas son consuetudinarias y no de *ius cogens*.

En cuanto a la costumbre, la doctrina ha establecido como requisitos para determinar su existencia “*la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho (...)*”⁴⁶. Además, la CIJ, ratificando lo anterior,

44 Ver: YILC, 2001 y Asamblea General, Resolución 56/83, 12 de diciembre de 2001.

45 Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, 87 (Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales y PUF, París, 2005).

46 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 117 (Tecnos, Madrid, 1999).

sostiene que “*la sustancia de ese derecho debe buscarse principalmente en la práctica real y en la opinio juris de los Estados*”⁴⁷.

De acuerdo con lo anteriormente planteado, podríamos afirmar que el Derecho Internacional Humanitario está conformado por normas que gozan de un carácter consuetudinario, en primer lugar, porque estas normas son generalmente aceptadas como de obligatorio cumplimiento por la comunidad internacional y, en segundo lugar, porque esta práctica se ha repetido en el tiempo.

En consecuencia, podemos observar la existencia de varias diferencias entre el *ius cogens* y la costumbre:

1. Mientras las normas de *ius cogens* tienen un carácter imperativo, las consuetudinarias no lo tienen.
2. Las normas de *ius cogens* no admiten acuerdo en contrario, mientras que las consuetudinarias sí pueden admitir dicho acuerdo.
3. Las normas de *ius cogens* solo pueden ser modificados por una norma posterior que tenga el mismo carácter, es decir, por otra norma de *ius cogens*; mientras que la costumbre puede ser modificada por otra norma sin importar el carácter de la misma.
4. Toda actuación contraria a una norma de *ius cogens* es nula, mientras que esto no sucede con las normas consuetudinarias.
5. El proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas relativo a la Responsabilidad del Estado por el Hecho Internacionalmente Ilícito, establece en su artículo 26 que ninguna circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho de un Estado será aceptada si va en contra de una norma imperativa; mientras que la costumbre no tiene este tipo de restricción.

De lo anterior podemos concluir que:

1. Se trata de conceptos que no pueden ser considerados como sinónimos puesto que hay diferencias importantes entre ambos.
2. Las normas de *ius cogens* son normas consuetudinarias ya que cumplen con los dos requisitos necesarios para su existencia, a saber, el elemento material y la *opinio juris*. En este sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en varias

47 *Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta)* Fallo, ICJ Reports 1985, 20, párr. 27: “*It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States*”.

ocasiones⁴⁸; pero, *a contrario sensu*, no todas las normas consuetudinarias pueden ser consideradas como normas de *ius cogens*.

Ahora bien, hay que dejar en claro que si bien hay diferencias entre los dos tipos de normas, hay un punto en común que es el más importante de todos, y es que tanto la costumbre como las normas de *ius cogens* son de obligatorio cumplimiento por parte de los sujetos de derecho internacional.

V. ¿TIENEN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES LA FACULTAD DE CREAR UNA NORMA DE *IUS COGENS*?

De los trabajos de la CDI no se deduce esta opción; sin embargo, el artículo 66 de la CVDT establece un procedimiento ante la CIJ en caso de que haya “*una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación*” de los artículos relativos a las normas de *ius cogens* (arts. 53 y 64 de la CVDT). Creemos que el alcance que tiene la CIJ al respecto es el de identificar si una norma goza de tal carácter, pero no puede crear una norma imperativa.

Sin embargo, la inquietud que nos formulamos en el presente capítulo surge como consecuencia de las diferentes decisiones que recientemente han tomado tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹. En este sentido, no puede hablarse de “crear” una norma de *ius cogens* ya que estaríamos hablando de una fuente del derecho internacional. Lo que hace la comunidad internacional en su conjunto es tomar una fuente, es decir, una norma ya existente⁵⁰, y otorgarle un carácter especial cual es el de ser norma de *ius cogens*, pero no se está creando una nueva norma. En este sentido es que afirmamos que este tipo de normas no pueden ser consideradas como una de las fuentes del derecho internacional.

48 Corfu Channel case, fallo del 9 de abril de 1949: ICJ Reports 1949, 4.; Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo del Asunto, Fallo. ICJ Reports 1986, 14.; Legalidad de la amenaza o el empleo de Armas Nucleares, Opinión Consultiva, ICJ Reports 1996, 226; Consecuencias Jurídicas de la edificación de un muro en territorio Palestino; Opinión Consultiva, ICJ Reports 2004, 136.

49 Ver pie de página No. 4.

50 Puede ser una norma de un tratado, una costumbre, un principio general, un acto unilateral del Estado o una norma de las denominadas *Soft Law*. En la medida en que el autor considera que ni la jurisprudencia ni la doctrina son fuentes del derecho internacional, estas no podrían ser tomadas como por la comunidad internacional en su conjunto y otorgarle el carácter de norma de *ius cogens*.

De acuerdo con lo señalado por la Convención de Viena en el artículo 53, solo la comunidad internacional de Estados en su conjunto puede determinar qué es una norma de *ius cogens*.

Ahora bien, nosotros consideramos que el rol de las Cortes es el de identificar o reconocer si una norma tiene tal carácter o no, pero no la puede crear, como ya se mencionó. Para poder identificarla deberá acudir a los diferentes mecanismos de investigación y prueba, para así poder determinar si hay lugar a la aplicación una de estas normas en el caso en concreto. En este sentido nos oponemos a lo señalado por la Corte IDH cuando señaló que “*En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*”⁵¹. No pretendemos señalar que dicho principio no tenga tal carácter, lo que criticamos es la fórmula utilizada para llegar a esa conclusión. No se puede confundir la obligatoriedad que tiene una norma para un Estado como consecuencia de las obligaciones que ha contraído por vía de tratado y aun de las que tiene como consecuencia de una costumbre internacional o por los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas con el hecho de que se le otorgue el carácter de *ius cogens*. El hecho de que haya un tratado que haya sido ratificado por todos los Estados parte de las Naciones Unidas no convierte *per se* las disposiciones de dicho tratado en normas de *ius cogens*. Lo anterior en la medida en que los Estados pueden modificar o denunciar dicho tratado.

En el mismo sentido de quienes afirman que “*es abundante la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (artículo 38, párrafo d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) (...) que ha sostenido que los derechos humanos fundamentales pertenecen ab initio al dominio de las normas de ius cogens*”⁵², como lo hizo México en la O.C. 18. ¿Cuál es esa doctrina? No podemos generalizar y decir que “*los derechos humanos son normas de ius cogens*”. Esta posición estaría incluyendo como normas imperativas todas aquellas que pueden ser limitadas en estados de excepción que, siendo normas de derechos humanos no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser consideradas normas de

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos; O.C. N°18 relativa a la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

52 *Ib.*, 16.

ius cogens. Lo anterior en la medida en que nos encontramos frente a una contradicción entre la limitación de la que puede ser objeto, por un lado y por el otro el ser una norma imperativa.

VI. DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR LA CIJ, ¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SER CONSIDERADO COMO *IUS COGENS*?

Ahora bien, para ejemplificar la dificultad para determinar si se trata de una norma de *ius cogens* o no, tomaremos el caso del Derecho Internacional Humanitario.

En este sentido, y como ya lo habíamos mencionado, la CIJ se ha pronunciado varias veces sobre el tema que nos ocupa. Al respecto, en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de Armas Nucleares, la CIJ sostuvo que el DIH es un derecho consuetudinario⁵³. En el mismo párrafo se dice que se trata de normas que son intransgredibles (sic) (“*intransgressible*”), lo que no quiere decir que se trate de normas que sean de *ius cogens*. Al respecto, Luigi Condorelli nos dice que intransgredible (sic) no significa imperativo, aunque sostiene que la CIJ sí aproximó los conceptos de DIH y *ius cogens*⁵⁴. Al respecto, Pastor Ridruejo sostiene que para Condorelli el *dictum* de la Corte buscaba aproximar el DIH a la noción de *ius cogens*⁵⁵.

En lo relativo a esta opinión consultiva, Jean Salmon, fuerte crítico de esta decisión de la Corte, sostiene que en la decisión hubo lagunas del Derecho Internacional y por esto la Corte no tomó una decisión radical en cuanto a la licitud del uso de armas nucleares. En este sentido afirmó que para la Corte “*era fácil decir que los*

53 Legalidad de la amenaza o el empleo de Armas Nucleares; ICJ Reports 1996, párr. 79 “*Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law*”. Para la versión en español ver: Asamblea General A/51/218, 19 de julio de 1996.

54 Luigi Condorelli, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une terra à peu près incognita pour elle*, en *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 234 (Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 1999): “(...) *il est clair que, dans l'esprit de la Cour 'intransgressible' ne signifie pas 'impératif', mais quelque chose de voisin*”.

55 José Antonio Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs*, en *RCADI*, 274, 134 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998).

*principios generales del derecho humanitario eran de JUS cogens y prevalecían, o sostener que el derecho de legítima defensa, principio emanado del derecho natural, debía prevalecer*⁵⁶. Más adelante agrega que “Sin duda, había la opción de afirmar que la regla del derecho internacional humanitario tenía el carácter de una norma de JUS cogens. A decir verdad, si la prohibición de la destrucción de la humanidad por vía de contramedidas no tiene un carácter imperativo, ¿dónde encontraremos una regla de JUS cogens?”⁵⁷. Y agrega, para terminar: “Sin embargo la Corte se niega a resolver una eventual antinomia por la esencia misma de las reglas del derecho humanitario. En efecto, si ella dice que estas tienen un carácter ‘intransgressible’ (parr. 79 de la OC), la Corte se cuida, como consecuencia de un razonamiento poco afortunado, de reconocerles el carácter de JUS cogens (parr. 83 de la OC). Esto enfrenta la doctrina a un nuevo interrogante: ¿cuál es la diferencia entre normas intransgressibles y normas de JUS cogens?”⁵⁸.

De lo anterior, podemos constatar que la posición de la doctrina no es clara ni unánime en lo relativo a si el derecho internacional humanitario es de *ius cogens* o no; sobre todo observando el descontento existente con relación a esta opinión consultiva así como las diferentes posiciones que, sobre este punto, presentamos a continuación.

Con posterioridad, el 9 de julio de 2004, la CIJ en la Opinión Consultiva relativa a las Consecuencias Jurídicas de la Edificación de un Muro en Territorio Palestino Ocupado, la Corte nuevamente identificó el DIH al derecho consuetudinario y no al *ius cogens*⁵⁹.

56 “il était très facile de dire que les principes généraux du droit humanitaire étaient de JUS cogens et l'emportaient ou de soutenir que le droit de légitime défense, principe issu du droit naturel, devait prévaloir” (TLA). Jean Salmon, op. cit., 91.

57 “Sans doute y avait-il ici aussi possibilité de dire que la règle de droit humanitaire avait le caractère d'une règle de JUS cogens. A vrai dire si l'interdiction de la destruction de l'humanité par voie de représailles n'a pas un caractère impératif où ira-t-on chercher une règle de JUS cogens?” (TLA), en Jean Salmon, op. cit., 92.

58 “Toutefois la Cour se refuse de résoudre une éventuelle antinomie par le caractère même des règles de droit humanitaire. En effet, si elle dit bien que ces dernières ont un caractère ‘intransgressible’ (parr. 79 de la OC), elle se garde bien —à la suite d'un raisonnement peu glorieux— de leur reconnaître le caractère de JUS cogens (parr. 83 de la OC). Ce qui confronte la doctrine avec une nouvelle interrogation: qu'elle est la différence entre normes intransgressibles et normes de JUS cogens?” (TLA) en Jean Salmon, op. cit., 92.

59 Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio Palestino ocupado, Opinión Consultiva, Reports, 2004, párr. 89.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que, para la Corte Internacional de Justicia el Derecho Internacional Humanitario es una norma consuetudinaria, tal y como lo sostiene la Corte en los fallos mencionados. Pero lo anterior no quiere decir que nos encontremos frente a normas imperativas o de *ius cogens*; por ende, no podemos compartir una tesis como la de la Corte Constitucional de Colombia, que identifica los conceptos de costumbre, normas de *ius cogens* y Derecho Internacional Humanitario⁶⁰.

El presente artículo no pretende afirmar que no haya ciertas normas del DIH que sean normas de *ius cogens*, lo que se busca es determinar las diferencias entre estos conceptos. Lo anterior sin perjuicio de que haya normas específicas que puedan ser ubicadas dentro de los tres conceptos arriba señalados.

Para terminar este punto quisiera hacer mención a una frase del profesor Robert Kolb que sostiene que el *ius cogens* no tiene como objetivo *a priori* el de proteger valores humanos esenciales, sino que lo que busca es garantizar la integridad de regímenes jurídicos generales⁶¹.

60 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-574/92, 28 de octubre de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón y Sentencia C-225/95, 18 de mayo de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

61 Robert Kolb, *Théorie du Ius Cogens international*, 67 (Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales y de Presses Universitaires de France, Ginebra, París, 2001). "*Le Ius Cogens ne vise pas a priori à protéger des valeurs humaines essentielles, mais à garantir l'intégrité de régimes juridiques généraux*".

CONCLUSIONES

Del presente artículo podemos concluir lo siguiente:

- Se logró acuñar el término *ius cogens*; esta fue una labor de paciencia y estudio en el seno de la CDI a pesar de las dificultades y la oposición que, desde entonces, han manifestado algunos doctrinantes.
- Uno de los puntos que generó mayor dificultad entre los miembros fue el de determinar si en el derecho internacional podía haber una estructura normativa jerárquica tal y como existe en el derecho interno o si, por el contrario, dada la esencia misma del derecho internacional, la estructura debía ser horizontal. Consideramos que haber logrado incluir la doctrina de las normas imperativas en la CVDT de 1969 es una muestra clara de que sí hay una jerarquía normativa en el derecho internacional.
- Es claro que existen diferencias sustanciales entre las fuentes del derecho internacional y las normas *ius cogens*. En consecuencia, en ningún momento puede concluirse que se trate de una de las fuentes del derecho internacional.
- Hay unas diferencias claras entre las normas *ius cogens* y las del Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, estas últimas no pueden ser consideradas como normas imperativas en su totalidad. Sin embargo, no desechamos la opción de que haya algunas normas del DIH que tengan dicho carácter.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986, artículos 53, 64 y 66. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, artículos 53, 64 y 66. Doc. A/CONF.129/15 (Aún no ha entrado en vigor. Disponible en: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&id=469&chapter=23&lang=fr#1>)

Documentos

Asamblea General de las Naciones Unidas, A/51/218.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, ACIDI, 1963, vol I.

_____, Anuario CDI, 1966, vol. II.

_____, Anuario CDI, 1976-II.

_____, YBIL, 1963, vol II.

_____, YBIL; A/CN.4/63, vol. I.

_____, YILC, 1950, vol. I.

_____, YILC, 2001.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574/92, 28 de octubre de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, 18 de mayo de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

Decisiones judiciales

Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo del Asunto, Fallo. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Excepciones Preliminares, Fallo, I.C.J. Reports 1996, p. 595.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Fallo, I.C.J. Reports 2007.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Nueva Aplicación: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda), Competencia y Admisibilidad, Fallo, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), Fallo, I.C.J. Reports 1970, p. 3.
- Continental Shelf (Jamahiriya Árabe Libia / Malta), Fallo, I.C.J. Reports 1985, p. 20, párr. 27.
- Corfu Channel case, Fallo del 9 de abril de 1949: I.C.J. Reports 1949, p. 4.
- Ensayos Nucleares (Australia c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, p. 253.
- Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, p. 457.
- Immunités juridictionnelles de l'Etat (Alemania c. Italia), orden, 6 de julio de 2010. Opinión Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade.
- Timor Oriental (Portugal c. Australia), Fallo, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

Opiniones consultivas

- Acuerdo con la Ley Internacional de la declaración unilateral de independencia en materia de Kosovo. Opinión Consultiva, 22 de julio de 2010.
- Consecuencias Jurídicas de la edificación de un muro en territorio Palestino ocupado, Opinión Consultiva, Reports, 2004, p. 136.
- Legalidad de la amenaza o el empleo de Armas Nucleares; ICJ Reports 1996, p. 226.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Decisiones judiciales

- Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Caso Anzualdo Castro c. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de septiembre de 2009.
- Caso Caesar c. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de marzo de 2005.
- Caso Dacosta Cadogan c. Barbados (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de septiembre de 2009.
- Caso de la “Masacre de Mapiripán” c. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005.
- Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de mayo de 2007.
- Caso de la Masacre de las dos Erres c. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Caso Goiburú y otros c. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

- Caso La Cantuta c. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Caso Perozo y otros c. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de enero de 2009.
- Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- Caso Ríos y otros c. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de enero de 2009.
- Caso Servellón García y otros c. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006.
- Caso Yatama c. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005.

Opiniones consultivas

- O.C. No. 18 relativa a la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

Arbitrajes internacionales

- Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal, 31 de julio de 1989, "R.G.D.I.P." 1990, 234.

Obras

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 1998).
- Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos, Madrid, 1999).
- Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public* (Librairie Georg, Ginebra, 1967).
- Higgins, Rosalyn, *Problems & Process, International Law and how we use it* (Clarendon Press, Oxford, 1998).
- Kolb, Robert, *Théorie du Ius Cogens international* (Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales et des Presses Universitaires de France, Ginebra-París, 2001).
- Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, (5ª ed., Nueva York, 1996).
- Quoc Dinh, Nguyen; Daillier, Patrick & Pellet, Alain, *Droit International Public*, (L.G.D.J, París, 1999).
- Salmon, Jean, *Le droit international à l'épreuve au tournant du XXIème siècle, Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VI, (Valencia, 2004).
- Suy, Erik, *The Concept of Ius Cogens in International Law, Papers and proceedings II Conference on International Law*, 18 (Conference on International Law Lagonissi (Greece) 1966, Ginebra, 1967).

Villalpando, Santiago, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats* (Publications de L'Institut Universitaire de hautes études internationales et PUF, Paris, 2005).

Contribución en obras colectivas

Cançado Trindade, A.A., *International Law for Humankind towards a new Jus Gentium*, en *RCADI*, vol. 316 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2006).

Condorelly, Luigi, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une terra à peu près incognita pour elle*, en *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press, Cambridge, 1999).

Gómez Robledo, Antonio, *Le Ius cogens International: Sa genèse, sa nature, ses fonctions*, *RCADI*, vol. 172 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982).

Pastor Ridruejo, José Antonio, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs*, en *RCADI*, vol. 274 (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998).

Salmon, Jean, ed., *Dictionnaire de Droit International Public* (Bruylant /AUF, Bruselas, 2001).

Revistas

Abello Galvis, Ricardo; Editorial, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI*, Universidad del Rosario y Asociación Cavelier del Derecho (2008).

Cavelier, Germán & Lozano S., Alberto, *¿Controversia Internacional o violación del Ius Cogens?*, 70 *La Tadeo* (segundo semestre de 2004).

Glennon, Michael J., *De l'absurdité du droit impératif (Jus Cogens)*, 110 *RGDIP*, 3 (2006).

Virally, Michel, *Reflexions sur le JUS cogens*, *AFDI* (1966).