

CODIFICACIÓN CONTRAFACTUAL
DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE
EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969
(CONMEMORACIÓN CRÍTICA A CUARENTA AÑOS DE SU ADOPCIÓN)

Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN*

SUMARIO: I. *El derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena de 1969.*
II. *El derecho de los tratados y el derecho internacional general.* III. *Las instituciones de extraña etiología.* IV. *Conclusión.*

I. EL DERECHO DE LOS TRATADOS CODIFICADO
EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969

LA CONVENCIÓN DE VIENA sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹ comienza con un mito y acaba en un dogma. Un mito al pretender abarcar todo el derecho internacional convencional en unas cuantas fórmulas. Un dogma colectivo al imponer un entramado axiomático irrecognocible en la práctica. A nivel diplomático y académico, la Convención de Viena,² produce en ocasiones una visión equívoca sobre la fuerza de los principios ahí contenidos. En los círculos escolares se desea siempre encontrar en la Convención todas las respuestas en materia de tratados, lo que es material y lógicamente imposible, dado que la presencia del derecho consuetudinario internacional sigue incólume.³ Lo cierto es que la Conven-

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Internacional en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM.

¹ En lo sucesivo, “la Convención de Viena de 1969”, “la Convención” o “Viena 69”.

² Abierta a firma el 23 de mayo de 1969, entró en vigor a nivel multilateral el 27 de enero de 1980.

³ De esta suerte en el preámbulo de la Convención se reconoce: “[...] que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención, [...]”. “Si, en plus, l’on examine attentivement

ción de Viena de 1969 sólo regula por codificación un porcentaje reducido (y quizás el más simple) del fenómeno convencional internacional. Los primeros criterios reductores son dos: el hecho de referirse a los tratados celebrados por Estados, y dentro de este subconjunto, sólo a aquellos hechos de manera escrita.⁴

La codificación contrafactual ha sido el principal estigma de la Convención. En sus trabajos preparatorios se propusieron instituciones no sólo no cristalizadas en el ámbito consuetudinario, sino incluso desconocidas. Un arsenal de oraciones deónticas ajeno a la naturaleza convencional del tratado. Viena codificó en ocasiones sobre el vacío, en contra de la costumbre e incluso desafiando la realidad. Las fantasías de otrora en los trabajos preparatorios, cuarenta años después son fantasmas en la Convención. Viena 69 es un espejismo que ha inculcado en la doctrina una vaguedad en los límites del convencionalismo y el derecho consuetudinario.

La arrogancia de la Comisión de Derecho Internacional en la época de redacción, de pretender que una convención en materia de tratados deviniese en una codificación civil de tipo justiniano, hizo pasar por normas jurídicas convencionales internacionales ahí donde sólo había meras proposiciones normativas. La ingenuidad de algunos internacionalistas, principalmente del tercer mundo, ha sido extrema y se ha usado esa Convención como si fuera un derecho civil totalizador y vigente para la comunidad internacional, derecho cuya completitud normativa estuviese lograda. Meras permisiones se han mal reconocido como reglas obligatorias o supletivas.

Las entelequias están ahí: así, en su artículo 46 la invocación de una violación grave del derecho interno para inducir la nulidad de un tratado es sólo un tabú, jamás tomado en serio; el artículo 66 por su parte, es letra muerta parece inutilizable y hasta violatorio de la Carta de las Naciones Unidas;⁵ en el 18, la inextricable obligación de no privar un tratado de su objeto es cuando más, una auto-chicana; y el único caso en los anales de la cultura en que parece haberse actualizado el presupuesto (en rigor irrealizable) de la norma *ius cogens superveniens*, lo fue en un contexto de fábula

le contenu de la Convention, on se rend compte que la charpente du droit international classique en la matière est restée pratiquement intacte; [...]” Roberto Ago. “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, Académie de droit international, *Recueil des cours*, tome 134, 1971/ III, A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 328.

⁴ La Convención de Viena de 1969 define su objeto directo en su artículo 2, numeral 1, inciso a).

⁵ Dado que el artículo 96 de la Carta reserva la solicitud de opiniones consultivas a los órganos de las Naciones Unidas, a diferencia de lo que pretende el artículo 66 de la Convención de Viena.

tras la mítica ingesta de la manzana prohibida, con su consecuente sanción sobre la humanidad y aún así la nueva norma fundamental antitética no se generó.⁶ Algunas reglas de la Convención pueden parecer lógicas pero sólo dibujan problemas más aparentes que reales: ¿Qué instancia jurisdiccional internacional permanente verbigracia se ha visto en la necesidad de pronunciarse respecto de la coacción sobre el representante del Estado? La Convención de Viena es una de las trampas más acabadas en el derecho internacional general en la lucha entre la *lex lata* y la *lex ferenda*, frontera que fue traspasada por sus redactores con gran liberalidad. Al igual que otros proyectos ulteriores de la Comisión de Derecho Internacional, su adopción y apertura a firma se dieron en una fase de inmadurez del texto y en una excesiva jactancia doctrinaria que llena de espejismos al derecho internacional convencional contemporáneo. Ello nos ha llevado a que cuarenta años después de su nacimiento, la doctrina, la diplomacia y la judicatura internacional quieren ver operar —e incluso por lo menos entender—, sus instituciones.

II. EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

La Convención de Viena de 1969 ha pretendido durante cuatro décadas ser altamente supletiva. Empero, esa posibilidad siempre se frustró dada la inopinada tendencia de sus redactores, signatarios e intérpretes a desdeñar la teoría general de las obligaciones del derecho privado comparado, proclividad que ignora que de entre los principios generales del derecho, la mencionada teoría constituye quizás la cantera más proveedora y estable de criterios jurídicos atinentes. El error aquí denunciado se ha pagado incluso en el derecho internacional general, cuando recurrentemente las complejidades del derecho de los tratados se alínean a la teoría de las obligaciones, y los jueces, —la mayor de las veces en sus opiniones individuales—, en el último segundo se tienen que servir de ella.⁷ El mayor vacío del proceso

⁶ *Gen*, 3, 18.

⁷ *Cfr.* *The Diversion of Water from the Meuse*, *PCIJ*, *Series A/B*, *No. 70*, *Judgments, Orders and Advisory Opinions*, 1937, *Dissenting Opinion of M. Anzilotti*, p. 50; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, *Separate Opinion of Judge De Castro*, p. 183; *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, *Judgment*, *I.C.J.*, *Separate Opinion of Judge De Castro*, *Reports 1972*, p.129; *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, p. 210.

de codificación del derecho convencional internacional ha incumbido a este problema.

La metodología reconocedora de normas del derecho convencional internacional contemporáneo es una disciplina exiguamente codificada en la Convención de Viena de 1969. A diferencia de lo que ocurría con la diplomacia tradicional en donde una abundante práctica de los Estados alimentaba el derecho consuetudinario en la materia,⁸ y por ende su codificación se asemejaba a la labor de un cuentista que recopila una vieja tradición oral. El esfuerzo de los internacionalistas que trabajaban anterior a la apertura a firma de la Convención de Viena de 1969 era enorme en la medida de que cada regla debía ser deducida del derecho internacional consuetudinario.⁹ Al momento que se elaboró la Convención de Viena de 1969, se creyó instaurar una codificación simple de prácticas contractuales internacionales fácilmente identificables y bien definidas.¹⁰ La verdad es otra: algunas de sus definiciones son *petitio principii* que cuando más sólo describen prácticas aisladas del fenómeno convencional,¹¹ y las soluciones propuestas no se respaldan con rigor en la práctica internacional.

La Convención ha tenido un extraño carisma por el cual los estudiosos y los políticos la invocan con excesiva liberalidad pero con pocas perspectivas de aplicación. Cualquier entidad grande o chica en las relaciones internacionales la cita con desenfado,¹² casi con una inconfesa burla de su carácter

⁸ Cfr. KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier,” *Revue Internationale de la théorie du droit*, Rudolf M. Rohrer, Brno, Genève, 1939, p. 259.

⁹ Cfr. RAUSTIALA, Kal, “Form and Substance in International Agreements,” *American Journal of International Law*, vol. 99, July 2005, no. 3, p. 614.

¹⁰ Cfr. AGO, Roberto, “Droit des traités et Convention de Vienne,” *Académie de droit international, Recueil des cours*, tome 134, 1971/ III, A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 304.

¹¹ La fórmula: “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional...” es un ejemplo de ello. El resto del artículo 2, numeral 1, provee varios casos adicionales.

¹² Por otro lado, no deja de ser sorprendente la libertad con la cual algunas instancias fragmentarias, sin metodología alguna, pretenden inferir la existencia de los principios consuetudinarios en la referida Convención: “La ley aplicable para la interpretación del [tratado bilateral de inversiones] es la que surge del derecho internacional consuetudinario. Los Países Bajos son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”); Bolivia no lo es. Las Partes, sin embargo, coinciden en que las disposiciones de la Convención referentes a la interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal comparte esa opinión y por esa razón aplica la Convención de Viena.” *Aguas del Tunari, S.A., vs. República de Bolivia*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI, ARB/02/03, *Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado*, 21 de octubre de 2005, numeral 88. Por su lado: “Antes bien, el Grupo Especial ha tomado

etéreo y lejano. Viena 69 tiene un juego de falsas soluciones. Su estructura técnica consiste en proponer como fórmula la práctica más generalizada sobre un tema dado de manera sólo propositiva,¹³ casi nunca imperativa, para de inmediato exceptuarse y volver a dejar a las partes en libertad de hacer lo que mejor les venga en gana.

III. LAS INSTITUCIONES DE EXTRAÑA ETIOLOGÍA

A) *La pretendida obligación de no privar un tratado de su objeto y fin antes de su entrada en vigor*

El artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 es uno de los principios de falsa consolidación consuetudinaria. Además de lo indeterminable que resulta precisar cuáles serían las acciones que pudiesen ser consideradas como susceptibles de poner en riesgo el objeto y fin del tratado,¹⁴ su severidad como obligación preparatoria,¹⁵ las violaciones que eventualmente los Estados pueden hacer son de consecuencias tan inocuas que rara vez reparan en ello antes de actuar en contra de los principios de la convención.

El absurdo de la institución¹⁶ está en el hecho de que resulta más benéfico para un Estado no asumir *ad referendum* una obligación. Siempre le será

una decisión bien fundamentada y plenamente apoyada por el *Acuerdo sobre la OMC*, la práctica del GATT/OMC y las normas de interpretación aceptadas y recogidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.” *Prohibición de las Importaciones de determinados Camarones y Productos del Camarón, Estados Unidos de América vs. India, Malasia, Pakistán y Tailandia, Órgano de Apelación, OMC, WT/DS58/AB/R*, laudo del 12 de octubre de 1998, num. 34.

¹³ Artículos 7, numeral 1, inciso b); 16, *in cápite*; 20, numerales 1, 3, 4, y 5; 22 *in toto*; 24, numeral 3; 25, numeral 2 *in fine*; 28 *in fine*; 29 *in fine*; 39 *in fine*; 40, numeral 1; 41, numeral 2; 44, numeral 1; 55 *in fine*; 58, numeral 2; 70, numeral 1; 72, numeral 1; 77, numeral 1; 78.

¹⁴ Un buen ejemplo de la complejidad que ello ha representado para la Corte, *cfr. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports*, 1986, p. 138.

¹⁵ Así lo tuvo que reconocer el propio relator especial de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los trabajos del año 1965, señor Humphrey Waldock, *cfr. Documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2: Cuarto informe sobre el derecho de los tratados*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, volumen II, Naciones Unidas, 1965, p. 45.

¹⁶ La frase del profesor Philippe Cahier es lapidaria: “On a peine à comprendre ce que les États peuvent gagner, sinon des disputes, en formulant une telle règle.” “L’obligation

preferible desentenderse de la obligación preparatoria del artículo 18, y si en su momento lo estima pertinente, se adhiere directamente a la Convención sin mayores anuncios, desalentando así el interregno que le da la adopción prístina del tratado. Quizás la única tutela posible que se le pueda atribuir al artículo 18 de la Convención de Viena sea la exigencia de la buena fe¹⁷ en las relaciones convencionales internacionales, pero tan alto objetivo se logra con pobreza.¹⁸

B) *La aplicación provisional del tratado*

La aplicación provisional es una de las fantasías codificadas por la Comisión de Derecho Internacional¹⁹ en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, de gran vaguedad y que no aplica en realidad el tratado principal sino un nuevo acuerdo paralelo.²⁰ Es un mecanismo de urgencia que los Estados pueden implementar.²¹ Una de sus justificaciones se presenta cuando se trata de convenciones que se surten fundamentalmente hacia el interior del propio Estado signatario como lo son los tratados en materia de derechos humanos o de desgravación arancelaria.²² De hecho, debe subrayarse que

de en pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur” *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. I, Paris 1979, p. 36.

¹⁷ Cfr. AUST, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Cambridge, University Press, 2000, p. 94.

¹⁸ Cfr. CARREAU, Dominique, *Droit international*, Paris, Pedone, 1997, p. 123.

¹⁹ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18 periodo de sesiones, segunda parte*, “Derecho de los Tratados”, Relator Especial, Señor J. L. Brierly, Asamblea General, Documentos oficiales, 21 periodo de sesiones, Suplemento No. 9 (A/6309/Rev.1), Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 44.

²⁰ Cfr. VIGNES, Daniel, “Une notion ambiguë: l’application à titre provisoire des traités.” *Annuaire Français de Droit International*, XVIII, 1972, Paris, 1973, p. 192.

²¹ Es el caso del artículo 18 de la *Convención sobre Municiones en Racimo*, Dublín, 30 de mayo de 2008.

²² Así verbigracia el artículo 23-04, numeral 2 del *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela*, cfr. *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional*, Roma, Italia, A/CONF:183/C.1/L.76/Add.1, 16 de julio de 1998; *Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra*, Ciudad de México, 2 de abril de 2004; Artículo 40 del *Convenio Internacional de Maderas Tropicales*, Ginebra, 26 de enero de 1994.

paulatinamente ha decaído en una mera habilitación de alta discrecionalidad para los Estados a efecto de cumplimentar o no una disposición de un tratado en un periodo dado.

C) *Las declaraciones interpretativas*

La sinceridad debe llevarnos a subrayar el carácter equívoco, extremadamente sutil y abiertamente manipulador de las declaraciones interpretativas.²³ Las obligaciones convencionales se ponen en riesgo de mutilación o cancelación por una supuesta hermenéutica unilateral y oportuna que busca imponerse a los demás. En rigor, el elemento subjetivo de la declaración interpretativa es el mismo que el de la reserva. Contra lo que se piensa, la declaración interpretativa no sólo sirve a los fines de una interpretación, sino que ésta determinará los alcances de la obligación del Estado declarante, y los efectos se surtirán de manera similar a las reservas.

Desde los trabajos preparatorios de la Convención de Viena, la Comisión hizo una diferencia simplista entre reserva y declaración interpretativa según la cual aquélla derivaría de la denominación que las partes les dan; mientras las reservas pueden estar prohibidas. En términos generales las declaraciones interpretativas no lo están; con base a estos dos elementos se debe inferir el efecto jurídico planteado.²⁴ A partir de entonces los Estados han jugado con tan errática institución, intercambiándola a voluntad con la reserva.

²³ Las declaraciones interpretativas son definidas en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional como: “[...] una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye a un tratado o a alguna de sus disposiciones.” *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 1, “Las Reservas de los Tratados”, Relator Especial, Señor Alain Pellet, Asamblea General, Documentos oficiales, 58 periodo de sesiones, Suplemento No. 10 (A/58/10), p. 130. Dicha definición subsiste: *Cfr. Les réserves aux traités. Rapport de la Commission du droit international, Annuaire de la Commission du droit international, Soixantième session, Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/63/10), 2008*, p. 162.

²⁴ *Cfr. Les réserves aux traités. Rapport de la Commission du droit international, Annuaire de la Commission du droit international, Soixantième session, Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/63/10), 2008*, p. 163.

D) *Cambio fundamental de circunstancias (cláusula rebus sic stantibus)*

Sería prolijo retomar desde sus orígenes la veleidosa trayectoria de la cláusula *rebus sic stantibus* en los principios generales del derecho y de manera particular en el derecho de los tratados.²⁵ La controversia suele tomar como referente arbitrario el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, (mismo que a ciencia cierta es difícil determinar si codifica o desarrolla el derecho internacional en materia de imposibilidad de ejecución). La cláusula en estudio fue tomando carta de naturalización en el derecho internacional general,²⁶ estimándose que en rigor dicha institución implica el mismo riesgo que las demás causas de nulidad en derecho de los tratados.²⁷ La fórmula *rebus sic stantibus* fue reconocida tímidamente por la Corte Internacional de Justicia,²⁸ de ahí que el principal desarrollo de la institución en el derecho internacional sea francamente reciente y pretoriano.

E) *La norma de ius cogens*

En la actualidad, invocar reiteradamente a la norma de *ius cogens* académica y jurisprudencialmente es un ejercicio heurístico que pretende hallar dicha norma fundamental como consecuencia de su pronunciación.²⁹ La confusión de normas de *ius cogens* con principios éticos puede estar en la base de dicha proclividad. Los impulsos conductuales de los individuos no pueden confundirse con la existencia de una norma jurídica que es por nece-

²⁵ Cfr. LUIG, Klaus, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America*, Mucchi editore, 8/1999, p. 22

²⁶ Cfr. "Corfu Chanel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, Individual Opinion by Judge Alvarez, p. 41.

²⁷ Cfr. Cahier, Philippe, "Le Changement fondamental de circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités", *Essays on honour of Roberto Ago*, p. 183,

²⁸ Cfr. Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 17; Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 63.

²⁹ "The fundamental distinction between *lex lata* and *lex ferenda* will be blurred, since the 'law desired' by certain states will immediately become the 'law established' for all, including the others." Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 77, no. 3, 1983, p. 443. Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, "Interés jurídico respecto de reglas de *ius cogens*", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 179.

sidad objetiva y externa, que además en el caso específico del *ius cogens* es por definición una norma suprema.

Por otro lado, los principios morales dan contenido a las normas de *ius cogens* cuando los Estados con su conducta real confirman su apego a una convicción jurídica, a través de una metodología necesariamente más estricta que aquella que sólo demuestra la existencia de la norma consuetudinaria simple. No se debe confundir a la norma de *ius cogens* con la existencia de un principio ético trascendente, con la consolidación de un criterio moral importante,³⁰ con una emoción noble que exprese las aspiraciones sociales, o con una definición de *lex lata*, pues en todos estos casos el carácter imperativo *i.e.* coactivo de la norma jurídica se encuentra ausente. En el caso de la norma de *ius cogens*, su estructura jurídica permanece incólume, perfeccionada por su fuerza coactiva y su remedio judicial. Para que la norma de *ius cogens* pueda servir como estrella polar de la validez del derecho internacional general, o para que el derecho convencional deviniese en tal norma,³¹ las anteriores consideraciones no deben ser omitidas.³²

El *ius cogens* puede ser un espacio propicio para la expresión de lugares comunes sobre derecho internacional, y una herramienta solícita para dislocar a voluntad las complejas relaciones entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional.³³ La fuerza semántica positiva adquirida por la expresión *ius cogens*, invita en ocasiones a doctos y legos del derecho internacional, a enfatizar emotivamente sus discursos con la pronunciación de dicha fórmula. La tendencia a denominar *ius cogens* a cualquier cosa, lejos de alimentar la jerarquía de las instituciones así calificadas, sólo sirve para desgastar las palabras y dejarnos en busca de un nuevo concepto que sustantive al ideal jurídico de la norma fundamental reconocida por la comunidad internacional en su conjunto.

³⁰ "It is a Court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered" *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 34.

³¹ Cfr. VIRALLY, Michel, "Réflexions sur le 'jus cogens'." *Annuaire Français de Droit International*, XII, 1966, Paris CNRS éditions, 1967, p. 192

³² Cfr. SHELTON, Dinah, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 2, 2006, p. 323.

³³ Cada autor puede enunciar sus "prohibiciones preferidas" en la materia, Cfr. Michael J. GLENNON, "De l'absurdité du droit impératif (*ius cogens*)", *Revue Générale de Droit International Public*, tome 110/3, Paris, 2006, p. 534.

El derecho internacional general del siglo veinte hasta nuestros días ha buscado como expresión de su mayor evolución en toda la historia la definición, identificación y tutela de normas imperativas reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admitan refracción práctica ni acuerdo en contrario alguno, es el caso de las llamadas normas perentorias de *ius cogens*. Desde el enunciado de la existencia de los tratados *contra bonos mores*, en el periodo de entre guerras,³⁴ en la Carta de las Naciones Unidas,³⁵ hasta los esfuerzos tendientes a la codificación del derecho de los tratados con miras a la elaboración de la Convención de Viena de 1969, la teoría de la norma de *ius cogens* buscó consolidarse en un precepto que le diese un alcance técnicamente específico. De esta suerte, no se consideró a la regla de *ius cogens* como sólidamente reconocida en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional,³⁶ e incluso se dudó sobre su existencia misma.³⁷ En rigor la teoría de una norma fundamentalísima del derecho de gentes remonta al derecho natural³⁸ y además enuncia que un tratado puede extinguirse por la superveniencia de una norma de *ius cogens*,³⁹ de acuerdo a una doctrina recogida por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 64.⁴⁰ El abuso de la invocación de la norma de *ius cogens*, somete

³⁴ Cfr. VON VERDROSS, Alfred, "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 31, number 4, october 1937, p. 574

³⁵ Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 185.

³⁶ Cfr. SCHWELB, Egon, "Some aspects of International *Jus Cogens* as formulated by the International Law Commission", *American Journal of International Law*, vol. 61, number 4, 1967, p. 972

³⁷ Cfr. *Informes de la Comisión de Derecho Internacional* (sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17 y 18 periodo de sesiones, 2 a 28 de enero de 1966 y 4 de mayo a 19 de julio de 1966), Asamblea General Vigésimo primer periodo de sesiones, *Suplemento número 9*, (A/6309/Rev.1), pp. 80 y 81.

³⁸ Los precedentes del derecho romano han sido forzosamente tomados del *Digesto*, a partir de las definiciones que ahí se hacen de las normas imperativas. La expresión de *ius cogens* como tal no aparece por lo menos a nivel pandectario. Cfr. MONIER, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, (reimpression 1977), Paris, Scientia Verlag Aalen-Domat Montchrestien, 1954, pp. 7-8.

³⁹ Cfr. CAPOTORTI, Francesco, "L'extinction et la suspension des traités", *Académie de droit international, Recueil des cours*, tome 134, 1971/ III, A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 521. Cfr. *Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, p. 155.

⁴⁰ "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."

al tratado internacional a un riesgo de incumplimiento permanente,⁴¹ y de hecho su evaluación lógica nos puede llevar a absurdos que desembocan en una pretendida implementación que conllevaría a la realización unánime de una conducta contraria e ilícita, expresamente prohibida por la norma de *ius cogens* previa, para lograr la consolidación de una norma superveniente diversa.⁴²

La protección de los principios humanitarios es una labor que ciertamente incumbe a la comunidad internacional en su conjunto y el interés jurídico para reclamar su remedio judicial es una habilitación *erga omnes*, tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional,⁴³ con restricciones de carácter convencional,⁴⁴ así como sobre las leyes y reglamentos nacionales.⁴⁵ También es cierto que el *ius cogens* como argumento, norma emergente o como súpernorma relativiza la aplicación del derecho internacional general, sometiéndolo a una calificación de última hora, en donde un buen negociado precedente convierte en desecho *ipso facto*, al derecho convencional regularmente elaborado.⁴⁶

⁴¹ “Elle ouvre la voie au retour offensif du droit naturel avec son subjectivisme et incite à la proclamation unilatérale de la nullité des traités librement conclus pour cause incontrôlable de violation d’une hypothétique norme impérative.” Nguyen, Quoch Dinh, *Droit international public*, Paris 1994, p. 205

⁴² “Alors que l’Article 64 vise à reconnaître la survenance potentielle d’une nouvelle norme impérative, l’article 53, au moins dans le domaine du droit international coutumier, invalide la seule méthode par laquelle une telle norme pourrait éventuellement voir le jour. Nous savons tous que les nouvelles normes impératives se forment quand les anciennes sont violées. Cette violation, quand elle est suivie par un nombre suffisant d’Etats, devient une non-violation et établit une nouvelle norme impérative est interdite: l’article 53 insiste sur le fait qu’‘aucune dérogation n’est permise...’. Une norme coutumière du *ius cogens* ne peut changer que par un moyen explicitement prohibé par sa doctrine.” Michael J. Glennon, “De l’absurdité du droit impératif (*ius cogens*)”, *Revue Générale de Droit International Public*, tome 110/3, Paris 2006, p. 533.

⁴³ (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32; *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102.

⁴⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 47.

⁴⁵ “Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (*Netherlands v. Sweden*), *Judgment of november 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, Separate Opinion of Judge Hersch Lauterpacht*, p. 81.”

⁴⁶ Cfr. BARBERIS, Julio A., “La liberté de traiter des Etats et le *ius cogens*,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Verlag W. Kohlhammer, 30/1, 1970, p. 43.

Así *verbigracia*, que los derechos humanos sean normas de *ius cogens* se encuentra todavía bajo la grave limitante de que en rigor todo lo que concierne a derechos humanos no rebasa el carácter convencional. Para dicha rama del derecho internacional, la proclividad doctrinaria y discursiva es a la de saltar con liberalidad hacia el derecho internacional consuetudinario, cuando se decubre con decepción y ansiedad que las reglas convencionales internacionales en materia de derechos humanos son más bien exiguas, y que se percibe en la preconciencia que tampoco la práctica de los Estados ni la *opinio juris* en la materia suministrarán los elementos para integrar un derecho internacional de los derechos humanos puramente consuetudinario. Una *lex ferenda* buscada entre la poesía y la norma, un apuntamiento ético que soslaya lo imperativo de lo jurídico y que invoca una fase superior de humanitarismo universal, no respaldado por tratado alguno, ni tampoco por los episodios ni la práctica de la historia del hombre tan solo desde la segunda guerra mundial, ensamblan normas de *ius cogens*, descartan a voluntad tratados que incidan en derechos humanos, y reclaman la nulidad de cierto tipo de reservas a tratados en esta materia, ignorándose más de una de las reglas y principios del derecho de los tratados, de la responsabilidad internacional, o de la doctrina del arreglo pacífico de las controversias internacionales.

La gran tarea aún es establecer una *metodología* epistemológicamente sólida y la definición competencial de la instancia jurisdiccional que puede reconocerla y decretarla, dado el carácter inmanentemente universal de la regla, bajo un esfuerzo de coherencia en la identificación material de cada principio fundamental así identificado. No es posible pensar en la existencia de normas de *ius cogens* puramente regionales, pues la existencia de las diversas de carácter universal, adquirirían ineluctablemente la superioridad que les derivaría de fuerza general. El carácter universal es inherente al concepto de *ius cogens*.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. HAOPEI, Li, “*Jus cogens* and international law.”, *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London 2001, p. 514. Cfr. *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, 31 March 2004, I.C.J., Reports 2004, para. 124. La Corte Internacional de Justicia prefirió evitar pronunciarse respecto del dictado previo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el sentido de que la notificación consular era un derecho humano en sí mismo incluso con categoría de norma *deius cogens*. Cfr. Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, numeral 101 de los considerandos y 4 de los resolutivos. Esta tendencia de la Corte Interamericana se ha acentuado de manera posterior: al conceder la categoría de norma de *ius cogens* al derecho y al acceso a la justi-

El procedimiento de reconocimiento de una norma de *ius cogens superveniens*, contenido en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, es la expresión de un destino que ya nos alcanzó. El procedimiento del artículo 65 prof lacticamente intentó evitar la trivialización de la enunciación de la norma fundamentalísima *deus cogens* que ahora a principios del siglo veintiuno vivimos con cotidianidad.⁴⁸ Para el procedimiento de invalidación o terminación de un tratado por la presencia superveniente de una norma de *ius cogens*, se llegó a proponer una fórmula similar a la existente en el *Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963*, por la cual se le da jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional de Justicia, (artículo 66, inciso a) de la Convención de Viena de 1969).⁴⁹

cia. “[...] El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* [...]” *Corte I.D.H., Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, No. 153*, numeral 131. *Cfr. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade*, p. 22, numeral 64. *Cfr. Corte I.D.H., Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, Serie C, No. 154*, p. 7, numeral 22. El Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia se ha sentido libre para declarar la existencia de normas de *ius cogens*: “It should be noted that the prohibition of torture laid down in human right treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts), This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *ius cogens*.” *Prosecutor v. Anto Furundzija, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Chamber, Case IT-95-17/1, Judgement of 10 December 1998*, para. 144. Por otro lado, los ejemplos conocidos de normas de *ius cogens* regionales, tales como niveles especiales de exigencia de derechos humanos en Europa occidental, o el internacionalismo proletario en la Europa oriental, no parecen resultar convincentes, *cfr.* Nguyen, Quoch Dinh, *Droit international public*, Paris 1994, p. 203.

⁴⁸ “Article 65 is a key provision, its procedural safeguards being designed to deter states from arbitrary action.” *Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, 2000*, p. 259.

⁴⁹ “A proposal should be therefore be presented to the forthcoming United Nations Conference on the Law of Treaties for the insertion in the convention of a general disputes article conferring jurisdiction on the International Court of Justice.” Herbert W. Briggs, “Procedures for Establishing the Invalidity or Termination of Treaties under the International Law Commission’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, *AJIL* vol. 61, no. 4, 1967, p. 988.

F) *La violación de una norma fundamental del derecho interno y la lógica de la ratificación*

La contradicción entre el principio de la no invocación del derecho interno y el relativo a la violación grave del derecho interno es un oxímoron insalvable. Triepel⁵⁰ y Kelsen⁵¹ luchan aún en las entrañas de la Convención de Viena. Las inconsecuencias son notables. La Convención es amiga de la ratificación constitucional de los tratados, pero no quiere enterarse mucho sobre las periferias jurídicas internas de un procedimiento de esa naturaleza. La firma *ad referendum* prevista en el artículo 12, numeral 2, inciso b) de la Convención dice muy poco sobre el problema de la ratificación pues es un reenvío al derecho interno hipócritamente regulado, en donde al igual que en el párrafo anterior, se supedita al derecho interno pero al propio tiempo se desentiende de él. Reenvía bajo un dogma religioso a la ratificación, pero que nadie pretenda decir que tal ratificación constitucional fue realizada de manera irregular, por una cámara incompetente, con un quórum exiguo, con un texto incompleto, con un órgano administrativo *ultra vires*, porque eso a la Convención no sólo no le interesa sino que le repugna.

Por otro lado, pero con referencia a la misma institución. Si la firma *ad referendum* prevista en el mencionado artículo 12, numeral 2, inciso b) de la Convención todo lo lava y todo lo con firma, y dado que en el fondo los tratados que verdaderamente interesan a la Convención son aquellos que se ratifican, ¿para qué se metió a regular de manera tan absurda los vicios del consentimiento? Si un órgano plenario legiferante constitucional (quizás hasta democrático) va a evaluar y ratificar el tratado, ¿realmente importaría los vicios de voluntad ejercidos sobre el negociador mártir? La convalidación ulterior derivada de la ratificación constitucional hace inútil en términos generales hablar de la coacción, error, dolo o corrupción del agente estatal que tiene el primer contacto con el tratado, pues el documento en este estadio todavía es embrionariamente preparatorio en su camino a comprometer internacionalmente al Estado.

⁵⁰ Cfr. TRIEPEL, Heinrich, "Les Rapports entre le droit interne et le droit international" Académie de droit international, *Recueil des cours*, tome 1, 1923/ I, A.W. Sijthoff, Leyde, 1924, p. 87.

⁵¹ Cfr. KELSEN, Hans, "La transformation du droit international en droit interne", Extrait de la *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, Pedone, 1936, p. 8.

IV. CONCLUSIÓN

La Convención de Viena de 1969 es un tratado pobremente supletivo, normativamente incompleto, políticamente codificador y caprichosamente desarrollador. Empero, es de reconocerse que se ha convertido en un referente normativo para la vida diplomática y en un punto de partida para la investigación jurídica en materia convencional internacional. Es cierto, muchas veces ha inducido la conducta de los Estados, y a lo mejor algún día terminaremos por reconocer la paradoja de que dicho tratado habrá servido para coadyuvar a la instauración de reglas consuetudinarias en el ámbito del derecho de los tratados. La principal conclusión con la Convención de Viena a la vista, es que el derecho internacional de los tratados sigue siendo en el momento actual fundamental y ampliamente consuetudinario. Seguimos en espera de la llegada del relator y de la Comisión que abarque y codifique el fenómeno convencional internacional.