

LAS NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (*JUS COGENS*). DIMENSIÓN SUSTANCIAL

Zlata Drnas de Clément

INTRODUCCIÓN

La idea de la existencia de normas superiores de la comunidad internacional, imperativas, de *jus cogens*, tiene una larga presencia histórica, si bien, formalmente, con esa designación, recién ha ingresado en el Derecho internacional a través de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas (CDI) sobre Derecho de los Tratados y sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos¹. Las principales cuestiones en torno al *jus cogens* giran en torno a su origen (I), a su fundamento filosófico (II), a su naturaleza (III), a su contenido (IV), a las consecuencias de su violación (V).

I. ORIGEN. EVOLUCIÓN²

Erróneamente se ha señalado que el *jus cogens* constituye un “nuevo derecho”, de aparición reciente³, que su incorporación al derecho internacional ha implicado un desarrollo progresivo y audaz del mismo⁴, ya que la idea de *jus cogens* constituye una concepción de milenaria raigambre en el mundo jurídico.

Ya en la antigüedad se encuentran invocaciones de normas imperativas en juzgamientos post-bélicos y condenas a los vencidos. Así, entre otras, se recuerdan las efectuadas por Nabucodonosor rey de Babilonia en oportunidad del juzgamiento de Sedecías rey de Judá (VI a. JC), incriminado por su alianza con el faraón Apries y las pronunciadas contra Brutulus Papius (IV a. JC) en oportunidad de la derrota de los samnitas, por considerarlo el principal culpable de graves violaciones a los tratados celebrados con Roma⁵.

En el derecho romano, si bien la referencia *al jus cogens* fue empleada en una sentencia de Papiniano, tal uso sólo se realizó para indicar la falta de existencia de una norma compulsoria en la determinación de las donaciones⁶. No obstante, la idea de *jus cogens* en sentido más próximo al actual, aunque con limitaciones, podemos hallarla en el *jus publicum* romano (derecho no derogable por la voluntad de las partes)⁷, concepción que luego pasaría al Código napoleónico⁸.

En lo que hace a la expresión exacta, equivalente a *jus cogens*, -si bien en el plano del derecho interno de los Estados- se ha considerado que fue introducida por los pandectistas, particularmente Glück y Windscheid, quienes la tradujeron por *zwingendes Recht*⁹. Debe recordarse que la compilación conocida como *Pandectae* o *Digesto*¹⁰, parte del *Corpus Juris Civilis* romano, se aplicó hasta inicios de la Edad Media.

En tiempos de la atomización que produjeron la caída del Imperio y la debilitación del Papado, la sensibilidad frente a gravísimas violaciones de lo que hoy entendemos por derecho humanitario, llevó a que, en Nápoles (1268), un tribunal internacional juzgara a Conradin von Hohenstafen, duque de Suabia, por haber iniciado una guerra injusta. En 1305 Sir William Wallace, nacionalista escocés, fue juzgado por una corte inglesa por atrocidades. En 1474, en Breisach-Alemania, un tribunal de veintiocho miembros elegidos en el ámbito jurisdiccional de cuatro ciudades libres del Sacro

Imperio Romano Germánico, juzgó y condenó a muerte a Peter von Hagenbach por los asesinatos cometidos durante la ocupación de la ciudad de Breisach, actos que fueron calificados como violaciones al derecho de Dios y de los hombres¹¹.

Numerosos juristas propusieron la creación de algún tipo de jurisdicción criminal internacional para juzgar las violaciones más graves a los compromisos entre Estados, entre ellos, en particular, Antonio Marini (1461), Jeremías Bentham (1789), Gustavo Moynier (1872).

La “Cláusula Martens”, contenida en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899, sobre Leyes y Costumbres de Guerra, expresa: “Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Esta norma, primer documento internacional vinculante que aparece en la comunidad internacional relativo a la idea de sanciones especiales para violaciones extremadamente graves del derecho internacional y de establecimiento de una jurisdicción penal internacional¹², se reiteró en la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y fue incorporada en términos equivalentes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, disponiéndose que la denuncia de los Convenios “no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹³.

En 1914 una comisión holandesa presentó al gobierno una propuesta dirigida al establecimiento de un juez criminal internacional en La Haya, con competencia para conocer de las “injusticias y crímenes de los Estados”¹⁴.

El Presidente Tardieu de la Comisión de los Quince, encargada de examinar la cuestión relativa a las responsabilidades de los “autores” de la Primera Guerra Mundial, en la sesión inaugural de las labores de la Comisión señaló la dificultad de la tarea que le fuera encargada, la que podía ser considerada como la puesta en vigor de los principios de justicia y de paz que los pueblos pretenden realizar en la búsqueda de un nuevo equilibrio. En base a la recomendación de la Comisión de los Quince, la Comisión de Responsabilidades y Sanciones señaló que los vencidos debían rendir cuentas de los métodos bárbaros o ilegítimos, en violación de las leyes y costumbres de guerra y de los principios elementales de humanidad¹⁵.

La Conferencia de Paz señaló que el Tribunal internacional actuaría “d’après les principes du droit des gens, tel qu’il résulte des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité, et des exigences de la conscience publique”¹⁶.

El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, en su Art. 227 establecía la constitución de un tribunal internacional, el que habría de guiarse por los más altos principios de la política internacional, con miras a defender las obligaciones solemnes que entrañan los compromisos internacionales y la moral internacional. Si bien el tribunal versallense no llegó a constituirse por varias causas¹⁷, el establecimiento de una institución permanente de ese tipo fue considerado en la Sociedad de Naciones, basándose en las definiciones de Versalles y la idea de tres tipos de violaciones: “ofensas a la moralidad internacional” (conocidas más tarde como “crímenes contra la

humanidad”); “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados” (posteriormente designadas “crímenes contra la paz” o “agresión”) y “acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra” (más adelante conocidas como “crímenes de guerra”).

También se ocuparon de las responsabilidades especiales que correspondían a los más graves violaciones del derecho internacional, *i.a.*, el Sub-Comité del Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional de la Sociedad de Naciones (Informe del salvadoreño José Gustavo Guerrero); la Tercera Comisión de la Sociedad de Naciones (Proyecto de Tribunal Criminal Internacional, 1921); la Conferencia de la Sociedad de Naciones sobre el Terrorismo (1937); las Potencias Aliadas en documentos previos a la creación de las Naciones Unidas¹⁸, en particular el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 que aprobó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional¹⁹. Este Tribunal juzgó y castigó a los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en conexión con cualquiera de los primeros²⁰. El Estatuto de este tribunal ha sido una de las principales bases para la construcción por parte de las NU de los distintos sistemas de jurisdicción penal internacional que habrían de sucederle, *vg.* Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona, Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998).

El *jus cogens* adquirió “carta de naturalización” en el Derecho internacional a través de las labores de la CDI en materias vinculadas de responsabilidad y derecho de los tratados²¹.

Proyectos de la CDI vinculados al jus cogens

La AG NU, que en su primer período de sesiones había declarado que los principios del veredicto de Nuremberg constituían normas de Derecho internacional²², mediante Res. 177/II de 21 de noviembre de 1947 solicitó a la CDI que: *formulara los *principios* de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de agosto de 1945 y las sentencias del Tribunal de Nuremberg²³ y *preparara un *Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. Al año siguiente, por Res.260-B/III, de 9 de diciembre²⁴, pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de creación de un Tribunal penal internacional para juzgar delitos contra la humanidad determinados en convenciones internacionales. La CDI, designó como Relator especial a Jean Spiropoulos, quien elaboró un *Proyecto de Principios y Delitos* en 1950, sin alejarse de los “principios de Nuremberg” y en 1954 el *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. Debe tenerse presente que los comportamientos que Spiropoulos denominó “delitos”, se consideran hoy “crímenes” y conforman el núcleo duro de las violaciones a normas imperativas de derecho internacional general. La AG por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, decidió aplazar el examen del *Proyecto de Código*, por considerar que estaba íntimamente vinculado a la definición de agresión, cuestión que había encomendado a una Comisión Especial. El tema recién fue retomado en 1981²⁵, año en que la AG invitó a la CDI a ocuparse nuevamente de la cuestión. La CDI designó Relator a D. Thiam, quien presentó entre 1983 y 1991, nueve informes. El Proyecto fue aprobado en primera lectura en 1991. Durante 1992 y 1993 D. Thiam, de conformidad a lo encomendado por la AG en su Res. 45/41 de 28 de noviembre de 1990, produjo dos informes sobre el Proyecto de Establecimiento de Tribunal Penal Internacional, culminando su labor en 1994 con la aprobación por la CDI del Proyecto y la recomendación a la AG de

convocar a una conferencia internacional para su adopción como convención. El *Estatuto de Tribunal Penal Internacional* con importantes modificaciones, fue adoptado en la Conferencia de Roma de 17 de julio de 1998. En su 48º Período de sesiones (1996), la CDI aprobó, parte en primera y parte en segunda lectura un Proyecto de veinte artículos, designado *Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*²⁶.

En su primer período de sesiones (1949), la CDI seleccionó el tema ***Responsabilidad de los Estados***, como tópico idóneo para la codificación. La AG NU por Res. 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, solicitó a la CDI que procediera a la codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados. La CDI comenzó en 1955 sus labores en el tema, designando a través de varias décadas de trabajo diversos relatores²⁷. En los debates de la AG NU de los años 1960 a 1962, en oportunidad de considerarse los informes de la CDI, particularmente el relativo a la responsabilidad de los Estados, la URSS y otros países socialistas y del Tercer Mundo observaron al Proyecto de García Amador la falta de previsiones especiales para violaciones graves que impactaban sobre los fundamentos mismos del derecho de gentes, como la agresión. Recogiendo esa crítica el Relator Roberto Ago consideró viable un tratamiento dual que distinguiera las violaciones que afectaban a la comunidad en su conjunto de otras violaciones (*CDI Anuario*, 1969, Vol. 1, p. 257)²⁸.

En 1976, la CDI incorporó la distinción entre delitos de crímenes internacionales en el Art. 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados²⁹.

En los Comentarios al Art. 19 (28º Período de sesiones-1976³⁰), el Relator hizo presente, en el punto 15, que “(l)a necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir (...) más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial (...)”. En el punto 16, ha señalado que “(t)res circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción, consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado (...); c) el hecho de que la Carta de las NU atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (...)”. En el punto 59 del Comentario explica que ha optado por la denominación “crimen internacional” por haberse convertido en una expresión de uso corriente en la práctica de los Estados, en las obras científicas contemporáneas, en resoluciones de la Sociedad de Naciones y de las NU, como así también en instrumentos internacionales relevantes. En ese mismo punto subraya que no debe confundirse “crimen internacional” (atribuible al Estado) con crimen *de* derecho internacional (imputable al individuo que cometió el hecho).

La primera parte del proyecto (origen de la responsabilidad internacional) fue aprobada en primera lectura en 1980. La segunda parte (contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional) y la tercera (solución de controversias y modalidades de hacer efectiva la responsabilidad), fueron aprobadas en 1996, permaneciendo la “distinción entre delitos y crímenes internacionales”.

El proyecto aprobado en segunda lectura en el 53º período de sesiones de la CDI (2001), con su titulación renovada: *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, se ocupa *en la primera parte, del hecho internacionalmente ilícito del Estado; *en la segunda parte, del contenido de la responsabilidad internacional de Estado; *en la tercera parte, de los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado; *en la cuarta parte, de las disposiciones generales. En este Proyecto desapareció la distinción entre “delitos y crímenes”, no obstante, el Art. 26 hace referencia a las *normas imperativas de derecho internacional general*, estableciendo que: “Ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”³¹.

La Comisión elevó el Proyecto de 2001 a la AG recomendándole tome nota del Proyecto y lo incorpore como Anexo a la resolución. También recomendó a la AG viera la posibilidad de convocar a una conferencia de plenipotenciarios con miras a la adopción de una convención sobre el tema. La AG, de conformidad a la Res. 56/82, en la parte preambular (párr. 3), estimó conveniente remitir las cuestiones jurídicas y de redacción a la Sexta Comisión de la AG³². En la misma resolución solicitó a la CDI iniciar labores sobre el tema *Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales*.

La CDI inició la codificación del derecho de los tratados en 1949. Hersch Lauterpacht, el segundo relator en el *Proyecto sobre Derecho de los Tratados*³³, ya en 1953 abordó la cuestión relativa a la existencia de normas imperativas. El Art. 15 de su proyecto de artículos establecía: “Un tratado será nulo cuando su ejecución suponga un acto que el Derecho internacional reputa ilícito”³⁴.

El Tercer informe del tercer Relator, Gerald Fitzmaurice, abordó el tema del *jus cogens* en los Arts. 16 a 20 del Proyecto, sin definirlo³⁵.

El cuarto Relator, Humphrey Waldock, en el Proyecto de Artículos correspondiente a su segundo informe de 1963, contempló el *jus cogens* y dio ejemplos de tratados nulos por infracción de una norma o principio general de Derecho internacional de tal carácter³⁶.

En el comentario, Waldock destacó que era necesario distinguir entre *jus cogens* y normas inderogables por la voluntad de las partes³⁷.

Durante los debates en la CDI³⁸ se pudo observar una clara disposición a la inclusión del *jus cogens* por parte de los miembros de la CDI³⁹.

En el Informe de la CDI a la AG. UN. (1963. Doc. A/5509), la inclusión del *jus cogens* se hallaba contemplada en los Arts. 37 y 45. Sin embargo, la formulación ya no contenía el concepto de *jus cogens*, ni ejemplos del mismo⁴⁰.

En 1966, la CDI volvió a ocuparse del *jus cogens*, limitándose a cuestiones terminológicas, ubicación de la cuestión en el Proyecto (Arts. 50, 61 y 67 relativo este último al procedimiento⁴¹) y al análisis de las observaciones de los Gobiernos. El único Estado que manifestó claramente su oposición a la inclusión del *jus cogens* fue Luxemburgo por no reconocer normas superiores a los acuerdos entre Estados⁴².

En la Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos de la AG NU, la que se ocupó del tema en 1963 y 1966, hubo, en general, una buena recepción de los enunciados vinculados al *jus cogens*.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969) adoptó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que consagró al *jus cogens* en el derecho internacional convencional al incorporarlo expresamente en sus Arts. 53, 64⁴³ y correlativos^{44 45}.

II. FUNDAMENTO

El origen filosófico del *jus cogens*, la base de su fuerza obligatoria, en líneas generales, se ha hecho depender del derecho natural (jusnaturalistas) o del “orden público⁴⁶ y las buenas costumbres internacionales” (juspositivismo)⁴⁷.

Se ha señalado que el derecho natural nutre al derecho positivo como la sangre al cuerpo⁴⁸; que el derecho natural es un derecho positivo en potencia⁴⁹; que el derecho positivo se construye sobre él⁵⁰.

Si bien la doctrina del derecho natural posee numerosas vertientes, puede simplificarse a través de unos pocos elementos reconocidos por la gran mayoría de los juristas, *i.a.*: * existencia de normas reguladoras de los comportamientos humanos que no se deben a la norma positiva; * derivación de tales normas de la naturaleza misma del hombre o de las cosas; * existencia en la base del derecho positivo de elementos objetivos de moralidad, que son los que le dan su fuerza obligatoria final; * necesidad de primacía de los principios de moralidad y de justicia en cualquier construcción de derecho positivo; * existencia de principios jurídicos (eternos, inmutables) más allá de cualquier determinación de voluntad; * manifestación de conciencia necesaria de toda civilización.

Así, en el *jus inter gentes* de Vitoria y Grocio, la concepción de la existencia de normas imperativas de derecho internacional -al menos en forma parcial-, se halla en el *jus naturale* y en el *jus necessarium*⁵¹.

Bynkershoek en su obra *Questionum juris publici (Libro segundo)* ha señalado que “aucune autorité ne peut se prévaloir contre la raison (...)”⁵².

Vattel hizo referencia a un “derecho de gentes necesario”, quedando definido como aquél que no puede prescindirse, que no puede ser modificado unilateralmente, el que invalida toda convención voluntaria contraria a sus prescripciones⁵³.

Bluntschli distinguió entre violaciones ordinarias de Derecho internacional de aquellas que socavan los cimientos del orden jurídico, “atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”⁵⁴.

Es de tener presente que el positivismo, predominante desde el finales del siglo XVIII hasta inicios del XX, no admitió normas superiores a la voluntad de los Estados (convenios internacionales y subsidiariamente costumbre internacional) y negó el elemento moral como formador del derecho.

Así, von Liszt ha afirmado que “el Derecho internacional es derecho dispositivo”, voluntario, con exclusión de toda norma superior imperativa o necesariamente obligatoria⁵⁵.

Sin embargo el positivismo se vio obligado a exceptuar de tal rigor al menos al principio *pacta sunt servanda*, básicamente, por razones teórico racionales como es la imposibilidad lógica de su derogación. Así, la *Grundnorm* kelseniana fue colocada en la cima de la pirámide normativa⁵⁶.

Además, algunos positivistas del XIX, sostuvieron, de una manera u otra, una limitación de la voluntad de los Estados basada en la necesidad de “licitud” del objeto del acuerdo⁵⁷. Así, Anzilotti reconoció que un tratado internacional puede ser nulo por la ilicitud moral de su objeto⁵⁸. Sibert se pronunció por un “orden público internacional” de bases positivas, entendiendo por orden público al conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos⁵⁹.

Tras la primera Guerra Mundial renació el convencimiento de que el derecho positivo no puede constituir el único cuerpo normativo de la sociedad. En Versalles se señaló que el Alto Tribunal actuaría “de conformidad al derecho de gentes tal como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”⁶⁰.

Saldaña en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya señaló que “es la conciencia internacional de daño criminal internacional la que lleva, en el plano universal, a regular la criminalidad internacional”, agregando que “desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un ‘delito natural universal’”⁶¹.

Brierly en el curso de 1928 de la Academia de La Haya expresó al término de su exposición: “Nous sommes tous contraints d’agir comme si nous étions convaincus de la réalité d’un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théoriciens d’un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d’espoir à la science juridique”⁶².

Verdross, inicialmente positivista, reconoció que al menos existe una norma que escapa a la voluntad de los Estados: *pacta sunt servanda*, que pertenece a la esfera de los valores absolutos ya que, a más de ser una norma jurídica incorporada al derecho positivo, también es una regla ética⁶³. Verdross ha titulado al primer capítulo de su curso de la Academia de La Haya de 1927 “La Morale universelle comme base du Droit des Gens positif”. En sus primeras expresiones recuerda al baron Serge A. Kross, quien en el primer curso de la Academia (1, 1923-I, p. 5) entendió que el Derecho internacional es una *conciencia* necesaria e inevitable de *toda* civilización⁶⁴. Truyol y Serra hace presente que Verdross se remitió a una filosofía de los valores que concilia el carácter absoluto de los valores con la relatividad de su aprehensión por parte del hombre, representando el derecho positivo un valor relativo, que varía con el desarrollo de la civilización, pero que se funda en el valor absoluto de la idea de justicia⁶⁵. El profesor vienés criticó la “revolución” causada por el positivismo ilimitado, señalando la incapacidad del mismo para responder en último término al problema filosófico final del derecho: su fundamento, el *deber* de los Estados en sus relaciones recíprocas. Además, observó que la afirmación de la soberanía absoluta de los Estados implica como tal la negación del Derecho de Gentes⁶⁶.

Whitton ha expresado al respecto que “par rapport à de tels principes (de moralité et de justice), les lois humaines ne sont qu’un document ou *transcript*, et leur sanction législative n’est pas un acte de volonté ou d’autorité, mais de découverte et de déclaration”⁶⁷.

La CPIJ en su opinión consultiva en el *Asunto Relativo a los Decretos de Nacionalidad Promulgados en Túnez y Maruecos* (Avis N° 11, p. 12) ha señalado que “(...) la souveraineté législative de l’État sur son territoire n’est pas illimitée mais une compétence dans les limites tracées par le droit international”. Algunos doctrinarios, *i.a.*

Verdross, consideraron que, en consecuencia, ello significaba considerar a la comunidad internacional como instancia suprema en la pirámide de autoridades temporales, jurídicamente ilimitada, pero que ello también implicaba reconocer que estaba sometida a las reglas de humanidad y de justicia⁶⁸.

Tras la Segunda Guerra Mundial, al influjo de las experiencias del período de la conflagración, se operó una revitalización del interés por el reconocimiento de la existencia de normas de *jus cogens*, particularmente con Radbruch, Kaufmann, Mc Nair, Verdross, Virally.

Radbruch señaló que las ordenaciones que tienen por contenido violaciones flagrantes de los derechos humanos no sólo son un derecho injusto, sino que carecen de toda obligatoriedad, pues frente a injusticias tales, no pesa ya el principio de seguridad jurídica⁶⁹.

El institucionalista Kaufmann reconoció que “(i)l y a une masse énorme de règles de droit non écrites qui ne découlent d’aucune volonté humaine mais qui ont leur source dans la raison objective supérieure à toutes les volontés et raisons subjectives des hommes”⁷⁰.

Lord Mc Nair, siguiendo en buena medida los razonamientos de la opinión disidente de los Jueces Van Eyssinga y Schücking en el *Asunto Oscar Chinn*⁷¹ ha señalado que: “Es difícil imaginar una sociedad, sea de personas o de Estados, en el que la ley no fije algún límite a la libertad contractual. En toda comunidad civilizada hay reglas de derecho y principios morales que la ley no permite a los individuos ignorar o modificar por medio de acuerdo entre ellos”⁷².

Michel Virally destacó que, sin ciertas bases imperativas no habría posibilidad alguna de llevar adelante las relaciones internacionales⁷³.

El hecho de que las Convenciones de Viena en materia de tratados hayan definido a la norma imperativa de derecho internacional general como aquella que es “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 que tenga el mismo carácter, ha llevado a algunos internacionalistas a entender que el Art. 53 de las referidas convenciones refleja un reconocimiento de la existencia del derecho natural. Ello, en tanto la “aceptación” al igual que el “reconocimiento”, si bien constituyen procesos diferentes, ambos actos presuponen la *preexistencia* de la formulación normativa, llevando al *jus cogens* a un plano extrapositivo. Quienes han negado que haya recepción alguna del jusnaturalismo en esa conceptualización han puesto el acento en que para que la norma exista hace falta la voluntad de la comunidad internacional de Estados de aceptarla y reconocerla como tal. Por otra parte, han acentuado que el hecho de que una norma de *jus cogens* pueda ser modificada por otra norma de igual carácter es prueba de que su origen no se halla en el derecho natural.

En tal sentido cabe recordar las expresiones de René-Jean Dupuy en la Conferencia de Viena que adoptara la Convención en 1969, en su calidad de representante de la Santa Sede: “ (...) Certes, le *ius cogens* ne doit pas être confondu avec le droit naturel, puisqu’il ne s’agit pas en l’occurrence de règles immuables. Il le contient cependant. les principes tels que la prohibition de l’esclavage et du génocide sont entrés dans le droit positif; mais ces impératifs du droit naturel ont été ratifiés et consacrés par le droit positif sans perdre pour autant leur valeur de règles fondamentales répondant a une exigence de la conscience universelle. On peut même affirmer que cette intégration

progressive du droit naturel dans le droit positif est hautement souhaitable, car elle lui apporte une précision croissante”⁷⁴.

Resumiendo, Galindo Pohl ha observado que, para los jusnaturalistas los procesos de expresión estatal de aceptación y reconocimiento constituyen una expresión de sentido declarativo, de reconocimiento, de identificación, jamás de creación. En cambio, para los positivistas, equivalen a la superioridad de la voluntad estatal colectiva, asentada y consolidada en un proceso histórico, por sobre la voluntad estatal individual. En tal sentido, los procesos de expresión estatal son vistos como creadores de las normas de *jus cogens*⁷⁵.

Barberis al referirse a las limitaciones impuestas por el *jus cogens* ha señalado que “(t)odo orden jurídico contiene necesariamente alguna norma que no es susceptible de derogación por la voluntad de las partes. Un orden jurídico que, en su totalidad, pueda ser derogado por las partes mediante un acuerdo, es impensable como Derecho”⁷⁶.

Tal como lo indica Ferrer Sanchís, incluso Schwarzenberger, persistente opositor a la inclusión del *jus cogens*, lo ha sido, básicamente, por considerar que la sociedad internacional no ha alcanzado la estructura y desarrollo necesarios para ello, particularmente por la falta de autoridad jurisdiccional adecuada⁷⁷.

La noción jurídica de norma imperativa de Derecho internacional general, expresa en términos jurídicos una aspiración ética que aparece incluso en diversas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la que ha invocado “elementales consideraciones de humanidad”, “principios que obligan a los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional”, “intereses de la humanidad en general” y “misión sagrada de civilización”⁷⁸.

Destacamos especialmente las conciliadoras expresiones de Thierry⁷⁹ quien señala que si bien las normas de *jus cogens* poseen una fuerte connotación ética, no significa necesariamente que ellas sean normas éticas pertenecientes a un derecho natural exterior al derecho positivo. Son normas del derecho positivo con un rango particularmente elevado en el seno de ese tipo de normas. El que se reconozca que ellas tienen un alto contenido ético no implica ninguna contradicción. El *jus cogens* ha tomado su puesto en el derecho positivo en reacción a los crímenes cometidos en el siglo XX. Tal el ejemplo del genocidio, acto de interdicción plena, absoluta, definitiva, por parte del Derecho internacional.

III. NATURALEZA

Tipo de norma

El que el *jus cogens* (norma imperativa de derecho internacional general) haya sido definido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y sólo a los efectos de la Convención –tal como expresamente lo señala el Art. 53-, no significa que la conceptualización no tenga carácter externo al campo de los tratados ya que implica el reconocimiento de la existencia de una categoría de normas distinta a las meramente obligatorias.

Las normas que poseen el carácter de *jus cogens* son normas de derecho internacional general de condición especial: *normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior*. Thierry las ha calificado como normas de derecho consuetudinario, aún cuando puedan estar contenidas en normas convencionales⁸⁰.

Bassiouni ha señalado que numerosos doctrinarios consideran al *jus cogens* norma consuetudinaria pero que otros muchos entienden que se trata de una forma semántica de describir ciertos principios generales⁸¹. Es de observar que H. Waldock, Consultor Técnico de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, expresó que: “Si (la CDI) se decidió a redactar el Art. 50 fue por estar convencida de que (...) existen una serie de principios de derecho internacional que tienen carácter imperativo”⁸². En la misma Conferencia, el Delegado mejicano, opinó que las normas de *jus cogens* derivan de principios que la conciencia jurídica de la humanidad considera absolutamente esenciales para la coexistencia de esa comunidad en determinado estadio de su desarrollo histórico. Es decir, hacía referencia a principios del derecho internacional⁸³.

La CIJ en el *Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (sentencia de 27 de junio de 1986) ha dictaminado que:

“(L)a validez en derecho consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza expresado en el Art. 2.4 de la Carta de NU encuentra (...) confirmación en el hecho de que los representantes de los Estados la mencionan frecuentemente, no sólo como un principio del derecho internacional consuetudinario, sino como un principio fundamental o esencial de ese derecho. En sus trabajos de codificación del Derecho de los Tratados, la CDI ha expresado la opinión de que ‘el derecho de la Carta concerniente a la prohibición del uso de la fuerza constituye un ejemplo conspicuo de una regla de derecho internacional con carácter de *jus cogens*’ (...). Los EE.UU. en su contramemoria (...) incorporaron opiniones de comentaristas para los que el principio constituye una ‘norma universal’, una regla de ‘derecho internacional universal’, un ‘principio de derecho internacional universalmente reconocido’ y un ‘principio de *jus cogens*’”⁸⁴.

Probablemente, ninguna norma se presta tanto como el *jus cogens* para poner en evidencia la interacción e interpenetración simultánea de las fuentes.

Se ha señalado en la doctrina *la diferencia entre normas de derecho internacional general y normas particulares*. Así, se ha destacado el carácter relativo de las normas particulares, en la medida en que sólo son oponibles a los Estados que han contribuido a su formación, a diferencia de las normas universales, generales, las que son oponibles a todos los Estados. En otro orden de cosas, también se ha resaltado la necesidad de probar la existencia de una norma particular por parte de quien la invoca, a diferencia de quien invoca la existencia de una norma universal, quien no necesita hacerlo⁸⁵. Además, suele acentuarse la diferencia relativa a los efectos del incumplimiento de una norma consuetudinaria por parte de los Estados. La CIJ, en el caso Nicaragua tuvo oportunidad de analizar las diferencias en tal sentido entre una norma convencional y una costumbre internacional de alcance general. La Corte señaló que, en el caso de violación de una norma convencional, el incumplimiento por parte de un Estado de una norma del tratado, habilita al otro a suspender o dar por terminado el deber de cumplimiento de otra norma del mismo tratado. La Corte señala que, en el caso del derecho consuetudinario “el hecho de que un Estado no cumpla una norma no justifica que el otro Estado se rehuse a cumplirla”. (*CIJ Reports* 1986, párr. 178). Ello es así dado que las obligaciones convencionales –en principio– revisten carácter correlativo, en tanto las normas consuetudinarias, de derecho internacional general, lo trascienden⁸⁶.

Se ha señalado que las normas de *jus cogens* constituyen “deberes” y no obligaciones; que su violación, *erga omnes*, no genera para los Estados de la comunidad internacional derechos subjetivos tales como para exigir el comportamiento en que el deber consiste, sino, como mucho, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber, por ejemplo, a través de órganos representativos de la comunidad de Estados⁸⁷. Entendemos que tal posición se debe a la falta de distinción en la relación (género-especie) ‘violación de norma *erga omnes*’ y ‘violación de normas de *jus cogens*’ y las consecuencias sustanciales que tal distinción implica⁸⁸.

En lo que hace a la generación formal de la norma de *jus cogens*, aparentemente, para que la norma exista, basta constatar la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Es de recordar que la CDI ha entendido que la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” o “comunidad internacional en su conjunto”, no significa la unanimidad sino que se refiere a los “componentes esenciales” de la misma (todos los sectores de la comunidad internacional)⁸⁹ 90. No obstante, la imperatividad de la norma es para todos los miembros de la comunidad internacional.

Netihold sostuvo que en el caso del *jus cogens* (a diferencia de otras normas de derecho internacional general) la voluntad de la mayoría “binds the minority even when it expressly rejects the *jus cogens* qualification”⁹¹. De entenderse que la “comunidad de Estados en su conjunto” está constituida por todos los Estados, prácticamente, resultaría imposible pensar que llegue a reconocerse norma alguna de *jus cogens*, además, se daría derecho de veto a cualquier Estado para impedir su formación.

La CDI no ha definido el origen de la norma imperativa, si bien ha señalado su *carácter* imperativo, inderogable, en tanto se trata de una norma que “no admite acuerdo en contrario”. El hecho de que CDI, en sus comentarios, haya señalado que una modificación de una norma imperativa de Derecho internacional general, “probablemente habrá de hacerse mediante un tratado multilateral general”, debe asignarse a que el proyecto se ocupaba del derecho de los “tratados” por lo que resulta natural que haya considerado -particularmente, atento al grado de evolución de la comunidad internacional- la modificación de una norma de derecho internacional general (consuetudinaria, aún cuando fuere receptada por el derecho convencional) por un tratado multilateral general de igual carácter⁹².

Jerarquía

Las normas consuetudinarias, por su naturaleza, se muestran superiores en tanto son el sustento del edificio jurídico positivo. Así, de Miranda Burity señala que tal tipo de normas constituye “(l)a première norme dans l’ordre positif”. “(L)e fondement de sa validité ne peut se trouver dans une autre norme positive, puisque cette dernière tout simplement n’existe pas”⁹³.

Barberis ha señalado que “(l)e droit des gens comprend d’abord les normes fondées par la voie de la coutume. Ces normes constituent le droit international général et appartiennent au degré le plus haut dans la hiérarchie de l’ordre international. Le droit positif ne connaît aucune norme supérieure réglant les conditions que doit remplir le procédé coutumier de création du droit. La coutume elle-même règle sa propre création”⁹⁴.

Si bien, tal como lo señala Truyol y Serra, “(...) la solución dada a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional público depende de la concepción de su naturaleza

y su fundamento”⁹⁵, debe reconocerse que las normas imperativas de derecho internacional general, vistas desde cualquier corriente doctrinaria, se hallan en la cúspide del sistema normativo, teniendo la capacidad de invalidar cualquier norma que se le oponga, sea ella consuetudinaria o convencional.

El representante de Italia, Maresca, en la Conferencia de NU sobre Derecho de los Tratados ha expresado que “(e)l desarrollo del derecho internacional está unido íntimamente a una concepción jerárquica de sus fuentes y sus normas (...). De la jerarquía de las fuentes se pasa a la jerarquía del contenido. Entre las normas consuetudinarias existen algunas que tienen un contenido jurídico más profundo, un contenido que no admite excepción”⁹⁶. En similar sentido, en la misma oportunidad, el representante de Suecia, Eek, consideró que lo que vuelve imperativo al *jus cogens* es el hecho de que la comunidad internacional considere su contenido de tan superior jerarquía como para no tolerar su derogación⁹⁷.

Entendemos que el *jus cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas no sólo en base a la inderogabilidad establecida en una norma positiva sino en razón de su contenido. Es de tener presente que, a diferencia de otras normas de derecho internacional general, no es oponible al *jus cogens* el principio de objeto persistente. Ello no nace de las formalidades de la positivación sino de la calidad del bien protegido por la norma imperativa.

Violaciones graves como el genocidio y la agresión, entre otras, constituyen normas de *jus cogens* aceptadas universalmente. No es dable pensar que puedan ser derogadas en ningún momento histórico de la comunidad internacional de Estados. Ello, no sólo por razones éticas, sino básica e indiscutiblemente por razones lógicas, ya que una consideración en contrario llevaría inevitablemente, en su última instancia, a aceptar como lícita la destrucción del género humano y de las bases mismas del derecho internacional⁹⁸.

Las normas de *jus cogens* son inderogables tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Sus violaciones son las más graves del derecho internacional, configurando crímenes internacionales⁹⁹.

Carácter

Las normas de *jus cogens* constituyen derecho coactivo, compulsorio, imperativo, absoluto, perentorio, terminante, inderogable, inmutable en esencia, pleno, que protege bienes sociales fundamentales de una comunidad dada.

Mosler ha señalado que las normas de *jus cogens* se caracterizan por el hecho de que su violación afecta a la comunidad jurídica internacional como tal, puesto que aun cuando resulte que un solo Estado es el directamente afectado por una violación a tal tipo de normas, las consecuencias son susceptibles de extenderse a la comunidad considerada como un conjunto¹⁰⁰. Creemos, que esta visualización se concilia más bien con la idea de violación a una obligación *erga omnes* que con la concepción de violación a normas de *jus cogens*, ya que esta última no sólo “afecta” a la comunidad en su conjunto (lo que puede presentar distintos niveles de gravedad) sino que destruye las propias bases de esa comunidad¹⁰¹.

En el *Asunto Barcelon Traction, Light and Power Company Limited*, la CIJ en su sentencia de 5 de febrero de 1970, ha señalado: “Ha de hacerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado para con toda la comunidad

internacional y las que surgen respecto a otro Estado (...). Por su misma índole las primeras incumben a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en juego, se puede considerar que interesa jurídicamente a todos los Estados que esos derechos se protejan, puesto que se trata de obligaciones *erga omnes*”¹⁰². Al dar ejemplos de obligaciones *erga omnes*, la Corte enunció violaciones particularmente graves como, por ejemplo, la agresión, el genocidio, los atentados contra los derechos fundamentales de la persona.

No obstante, debemos distinguir las normas de *jus cogens* (normas imperativas, impuestas, coactivas, núcleo duro de los cimientos de la comunidad internacional) de otras normas *erga omnes* (para con la comunidad internacional en su conjunto como por ejemplo *i.a.* el derecho de paso por un estrecho internacional, las libertades del alta mar, los derechos y deberes en la “Zona” o el espacio ultraterrestre como patrimonio común de la humanidad, que también constituyen obligaciones *erga omnes*)¹⁰³. A modo sintético señalamos que entre ambas existe una relación de género a especie, en tanto todas las normas de *jus cogens* son obligaciones *erga omnes*, pero no todas las normas *erga omnes*, constituyen normas de *jus cogens*. Similar percepción de esta relación ha llevado a algunos doctrinarios a hablar de *jus cogens naturale* y de *jus cogens positivum*. Así, Antonio Gómez Robledo expresamente, señala: “La prohibición de la esclavitud, del genocidio, por ejemplo, son, con toda evidencia, normas *juris cogentis naturalis*, mientras que la actual condición de los fondos marinos, que han sido declarados patrimonio común de la humanidad, es, a mi parecer, *jus cogens positivum*, que ha nacido por un acto constitutivo de la comunidad internacional, y no meramente declarativo, como en el *jus cogens* de la primera especie”¹⁰⁴. Entendemos que estas visualizaciones se corresponden con la distinción entre normas de *jus cogens* y normas *erga omnes* no imperativas.

La especificidad del *jus cogens* radica en que la esencia de su contenido (no necesariamente su formulación, la que es permanentemente perfectible) es inderogable, no resultando razonable pensar que “en esencia” una norma posterior de naturaleza alguna pueda cambiarlo. Tal como lo señaláramos precedentemente resultaría irracional, afirmar que la condena al genocidio (exterminio de la base social de la comunidad humana) o la condena a la agresión (destrucción de la base social de la comunidad internacional) constituyan normas modificables por otras normas imperativas de carácter general. Ello, más allá de que una comunidad determinada se decida o no a castigar tal tipo de violaciones.

Bassiouni, centra la diferencia entre *jus cogens* y *obligatio erga omnes* en una relación diferente. Así expresa: “El apelativo *jus cogens* designa el estatuto jurídico de algunos crímenes internacionales, mientras que *obligatio erga omnes* designa las implicaciones jurídicas que emanan del estatuto de *jus cogens* de un determinado crimen. Así pues, ambos conceptos son totalmente distintos”¹⁰⁵. Creemos que tal distinción, tal como está enunciada, si bien verdadera, sólo parcialmente refleja la relación, ya que, si bien la violación de una norma de *jus cogens*, constituye un crimen internacional y sus implicaciones son *erga omnes*, no constituye esa relación la esencia de su diferencia. Adelantándonos a otros elementos de nuestras conclusiones, entendemos que los crímenes internacionales son “violaciones” a obligaciones superiores de la comunidad internacional con estatuto de *jus cogens* (imperativas, coactivas, inderogables), cuya violación va a importar un crimen internacional. Por su condición de violaciones de normas de *jus cogens* se consideran producidas *erga omnes* (*contra* la comunidad internacional en su conjunto). No obstante, ello no debe llevarnos

a la confusión de creer que las violaciones *erga omnes* (*contra* la comunidad en su conjunto), necesariamente son conformadas por violaciones a normas de *jus cogens*. A la par de las normas de *jus cogens*, existen otras normas *erga omnes* (*'para'* con la comunidad en su conjunto), cuyas violaciones son también *erga omnes* (*'frente'*, *'contra'* la comunidad en su conjunto) pero no por ello son imperativas. El hecho de que las normas *erga omnes* sean obligatorias por su carácter de normas de derecho internacional general no significa que sean imperativas o inderogables como lo son las normas de *jus cogens*. Probablemente, la confusión encuentre su fundamento en el agregado al Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que señala que una norma de *jus cogens* “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general de tal carácter”. La expresión “modificada” no debe ser entendida como “cambiada”, mudando una cosa por otra, sino con la precisión del real alcance del término, es decir modificada o transformada, cambiando sólo *algunos de sus accidentes*. Ello es razonable, en tanto los valores que las normas imperativas pretenden resguardar, en su esencia¹⁰⁶, son eternos, inmutables, plenos, abstractos, siendo su realización en situaciones concretas *-i.a.* a través de la formulación normativa-perpetuamente perfectible, variable, incompleta. Probablemente, sea ésta una de las razones por las que resulta tan difícil la formulación precisa de un contenido normativo de *jus cogens*. La expresión concreta positivada responde a la necesidad de protección de un valor superior, manifestada en los términos propios de una comunidad dada en un momento histórico de su evolución, con todas sus limitaciones.

Bien destaca Bruno Simma que las normas de *jus cogens* constituyen obligaciones absolutas (“absolute Völkerrechtspflichten”)¹⁰⁷, agregando que pertenecen al *orden público* de una sociedad determinada, no pudiendo ser modificadas ni encerradas en el estrecho círculo de los acuerdos: “Ebenso wie in allen anderen Rechtsgemeinschaften stehen auch in der Völkerrechtsgemeinschaft Normen in Geltung, die durch Absprachen im engeren Kreis nicht aufgehoben oder abgeändert werden können, weil sie zum *'pordre public'* dieser Gemeinschaft gehören”^{108 109}.

En resumen, tal como lo señaláramos precedentemente, entre las normas frente a la comunidad en su conjunto (*erga omnes*) y las normas de *jus cogens* existe una relación de género a especie. La violación a cualquiera de ellas implica una lesión para toda la comunidad en su conjunto. No obstante, en el caso de las primeras, se ven afectados intereses generales de la comunidad internacional¹¹⁰, en cambio, en las segundas, esa afectación de los intereses generales de la comunidad es de tal gravedad que ataca sus mismos cimientos¹¹¹.

IV. CONTENIDO

En lo que hace al contenido del *jus cogens*, a través de la Historia, hemos podido observar un consenso continuado en el reconocimiento de bases imperativas en el respeto de tratados de no agresión y la abstención de ciertos actos inhumanos en el transcurso de conflictos armados¹¹².

Es de tener en cuenta que tanto tras la Primera Guerra Mundial como tras la Segunda, las violaciones graves que hoy son conocidas bajo la designación de “crímenes” han estado vinculadas al contexto bélico¹¹³.

La CDI al ocuparse del Proyecto sobre de Derecho de los Tratados, en el tercer Informe de Fitzmaurice, 1958, ha hecho referencia a tratados de “carácter inmoral”, a tratados que “van en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público

o de los principios reconocidos de ética que rigen la conducta internacional”¹¹⁴. El segundo Informe de Waldock (1963) ha incluido una enunciación no taxativa de tratados contrarios a norma de *jus cogens*, anunciadora de la posterior indefinición de los contenidos de tal tipo de normas, si bien aparece un elemento anticipador de la idea de violaciones *erga omnes*¹¹⁵.

Sinclair, en su condición de representante del Reino Unido en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados entendió que no era conveniente dejar que el contenido del *jus cogens* quedara librado a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y propuso tres modalidades para superar la falencia: a) la incorporación de una lista exhaustiva de normas de *jus cogens*; b) la inclusión de una lista ejemplificativa de normas imperativas; c) la indicación de un medio o criterio para su determinación¹¹⁶.

La CDI en el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, en 1976, incorporó una lista ejemplificativa de crímenes (hechos en violación a obligaciones internacionales esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional). Incluyó en la enunciación a la agresión; al establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; a la esclavitud, al genocidio y al apartheid; a la contaminación masiva deliberada de la atmósfera o de los mares¹¹⁷.

Ello nos da por resultado las siguientes normas de *jus cogens*: * la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión¹¹⁸; * la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial¹¹⁹; * la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio¹²⁰; * la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra¹²¹; * la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad¹²²; * la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid¹²³; * la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud¹²⁴; * la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares¹²⁵.

Es de observar que cualquiera de los crímenes enunciados en el párrafo anterior conlleva la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales, de la comunidad internacional.

Cabe recordar que el *Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad* de la CDI¹²⁶ no había definido el concepto de crimen¹²⁷. Por otra parte, ha tenido grandes dificultades para su aceptación ya que los distintos pre-proyectos, no se limitaron a los comportamientos más graves, los que han contado y cuentan con el consenso general de la comunidad internacional (como los “principios de Nuremberg” o los Convenios de Ginebra de 1949), sino que incorporaron comportamientos que, al menos en el estadio actual del ordenamiento jurídico internacional, difícilmente pueden

ser aceptados como crímenes por la comunidad internacional en su conjunto. Tal el caso *i.a.* de la “intervención”, la “dominación colonial” (sin especificar que es la mantenida por la fuerza), el “reclutamiento de mercenarios”, la “agresión económica”...¹²⁸.

Distinto es el caso del *Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI)*, de 17 de julio de 1998, el que ha contemplado como crímenes de su competencia a los más graves: agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, manteniéndose en el llamado “núcleo duro” de las normas de *jus cogens*, en tanto esos crímenes gozan de un amplio reconocimiento internacional en tal carácter¹²⁹. Idéntica circunscripción a las violaciones más graves (crímenes de derecho internacional que importan crimen internacional) observamos en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia¹³⁰ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹³¹.

V. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE UNA NORMA DE *JUS COGENS*

En numerosas obras doctrinarias y proyectos internacionales se ha considerado que para ciertas violaciones graves del derecho internacional, como las normas de *jus cogens*, resulta necesario contemplar una responsabilidad diferenciada a la de otros delitos.

Por un lado esa responsabilidad diferenciada se centra en la connotación de sanción penal que recae sobre el violador de normas imperativas y por otro, a la condición *erga omnes* del hecho ilícito.

Así, el Secretario General de NU en su visión de conjunto de las labores de la CDI relativas al Proyecto de Principios y de Delitos de 1950, señaló que los delitos contemplados en el proyecto referido implicaban tanto responsabilidad por acto de Estado como responsabilidad individual. Expresamente señaló: “La responsabilité del État est la responsabilité individuelle des membres du Gouvernement”^{132 133}.

Carrillo Salcedo, en relación al Proyecto de la CDI en materia de responsabilidad de los Estados, ha señalado que el proyecto ha hecho referencia a “hechos ilícitos internacionales en los que la relación jurídica de responsabilidad no se limita al ámbito bilateral del Estado víctima y del Estado infractor ni se reduce a la obligación de reparar, sino que va más allá de esos aspectos”. Agrega que “*a la reparación se añade un cierto elemento de sanción* (esto es, de respuesta colectiva al Estado infractor) *al establecerse una relación jurídica de responsabilidad entre el Estado autor del ilícito internacional y la comunidad internacional en su conjunto*” (el destacado corresponde al autor). Carrillo recuerda que propuso al IHLADI, en 1979, una nueva terminología distinguiendo entre comportamientos ilícitos de un Estado y *hechos ilícitos contra la comunidad internacional*, lo que el Instituto aceptó en 1980¹³⁴.

Hemos señalado precedentemente que la violación de una norma de *jus cogens* constituye “crimen internacional del Estado”. Esta noción, sin embargo, ha sido cuestionada por quienes consideraran que el Estado no puede cometer crimen ni puede ser pasible de responsabilidad penal¹³⁵.

Ya en la década del 20 del siglo pasado, Maurice Bourquin, ha considerado que constituye terreno móvil hablar de crímenes de Estado con el alcance que implica la sanción penal del derecho interno. No obstante ha recordado el Protocolo aprobado por

la V Asamblea de la Sociedad de Naciones, calificó como crimen internacional a la guerra de agresión¹³⁶.

García-Amador, Ago, Riphagen y Arangio-Ruiz han percibido, con distintas argumentaciones y con diferente intensidad, la necesidad de regímenes diferentes de responsabilidad para los ilícitos ordinarios (reparación y, sólo en caso de no cumplirse la misma, posterior aplicación de sanciones) y para los ilícitos graves (reparación y sanción conjuntas)¹³⁷. Así, García Amador ha expresado: “In the cases in which both, a criminal and a civil responsibility exist, the first involves punishment, while the second involves reparation *stricto sensu* of the injury caused”¹³⁸.

Pérez González, más recientemente, también ha señalado que, entre las nuevas tendencias en materia de responsabilidad se halla el reconocimiento de distintos regímenes de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de la obligación internacional violada y por ende de la distinta entidad del acto ilícito, llegando a rebasarse los límites de la reparación *stricto sensu*¹³⁹.

Los Proyectos de la CDI en materia de responsabilidad de los Estados por ilícitos internacionales de 1980 y 1996 han aceptado explícitamente un régimen de responsabilidad diferenciado para los delitos y para los crímenes internacionales. En cambio, el Proyecto de la CDI aprobado en 2001 ha suprimido toda referencia a crímenes, dejando aparentemente un solo régimen para los ilícitos internacionales. Decimos “aparentemente” ya que el hecho de que en los Art. 26, 40 y 41 haya receptado expresamente a las normas imperativas de derecho internacional general y previsto consecuencias especiales (si bien de extrema pobreza) para las violaciones ese tipo de normas, permite afirmar que no por haber suprimido el Proyecto la referencia a una responsabilidad estatal de tipo penal, ésta haya desaparecido del ordenamiento jurídico internacional actual.

El Proyecto de 2001 de la CDI en materia de responsabilidad del Estado por ilícito internacional en el Art. 58 ha establecido que: “Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la *responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional*, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado”¹⁴⁰ ¹⁴¹. Por su parte el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su Art. 25 (4) ha dispuesto que: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la *responsabilidad del Estado* conforme el derecho internacional”¹⁴². Entendemos que los dos tipos de responsabilidad sólo se conjuncionan en casos de violaciones al *jus cogens*.

La gravedad de la conducta ilícita hace que la propia naturaleza del tipo de responsabilidad adquiera una dimensión propia: la de la doble sanción. Así, a la par de la responsabilidad del Estado por las violaciones graves a normas imperativas de derecho internacional general aparece la responsabilidad individual de la persona física a la que se imputa la realización del hecho. Es una doble sanción ya que, por un mismo acto de violación de norma de *jus cogens* el Estado responde como persona jurídica por el crimen internacional y el individuo por el crimen de derecho internacional. Decimos que el Estado recibe una doble sanción: la tradicional como ente jurídico y la penal a través de la *sanción en la persona de los individuos* que le son sustraídos a su jurisdicción¹⁴³. Bien ha dicho Rosalyn Higgins que la figura del “crimen” encuentra mejor acomodo en el marco que propicia la persecución de los individuos¹⁴⁴.

En todos los casos de crímenes contemplados en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y en el Estatuto de la CPI, a

más de la responsabilidad del individuo criminal, existirá *necesariamente* la doble responsabilidad del Estado ya que ninguno de las graves violaciones de competencia de los Tribunales o de la Corte, de conformidad a sus elementos, puede trascender al plano internacional sin que haya mediado acto de Estado, dadas las características de esas violaciones. Así, la figura del “genocidio” requiere que los actos se perpetren con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo que implica uso de fuerza y continuidad de acción en el tiempo, situación impensable si hubiese existido la debida contención del hecho por parte del Estado, aún cuando la acción genocida hubiese sido iniciada por particulares. Los “crímenes de lesa humanidad” requieren que los actos se cometan como “parte de un ataque generalizado o sistemático”, el que aún iniciado por particulares, implica la intervención inmediata del Estado¹⁴⁵, en tanto, los “crímenes de guerra” requieren para su configuración que los actos se cometan como “parte de un plan o política”, “a gran escala”, lo que exige la acción del Estado y, con ello, base de la doble responsabilidad: la del Estado como persona jurídica por el acto de Estado (crimen internacional) y la personal del individuo brazo ejecutor del acto estatal (crimen *de* derecho internacional)¹⁴⁶. Bien ha dicho Spertuti, en relación a los crímenes, que el Estado es responsable por los actos de los particulares ya sea por falta de prevención o por falta a su obligación de sancionar¹⁴⁷
148.

El individuo no puede eximirse de responsabilidad, escudándose detrás del Estado, ya que los hechos violatorios de normas de *jus cogens* son tan graves que exceden la obediencia que el Estado impone al individuo. Tampoco puede el Estado eximirse de responsabilidad por el hecho de que los individuos criminales hayan sido internacionalmente sancionados.

La responsabilidad penal internacional del Estado por violaciones a lo que podemos denominar como *jus cogens natural* (como el genocidio) y *jus cogens institucional* (como la agresión) ya existe y goza de amplia aceptación. Bien ha señalado en tal sentido Pérez-Prat Durbán que la máxima *societas delinquet non potest* murió en las Guerra Mundiales al exigirse reparaciones al pueblo¹⁴⁹. Por otra parte, basta ver cómo Bosnia-Herzegovina¹⁵⁰ ha demandado ante la CIJ a Yugoslavia por crímenes atribuibles al Estado: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión (Asunto Relativo a la Aplicación de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio)¹⁵¹ y, paralelamente, los crímenes *de* derecho internacional son juzgados por el Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia¹⁵².

En otro orden de cosas, Carrillo Salcedo ha destacado que lo esencial del reconocimiento de una responsabilidad diferenciada por ilícitos contra la comunidad internacional es que, en ese caso, la relación jurídica se establece entre el Estado al que ilícito es atribuible y la comunidad internacional en su conjunto, con lo que aparecen nuevos deberes para el Estado responsable del ilícito, nuevos derechos para el Estado/s directamente perjudicados y nuevos derechos y deberes respecto de terceros Estados, no directamente perjudicados por el ilícito internacional¹⁵³. Además, ha señalado que *todo* Estado podrá legítimamente exigir responsabilidad y si ésta no es satisfecha, adoptar medidas sancionatorias contra el Estado al que el ilícito contra la comunidad internacional es *imputable*. Ello no quiere decir que la responsabilidad y el derecho a invocar la responsabilidad no sean diferenciados según se trate del damnificado *in capita* o de los afectados en el contexto de su pertenencia a la comunidad internacional (damnificados *in stirpes*). Es de observar que no resulta feliz la expresión empleada en

el Proyecto de 2001 de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, en el Art. 48, al expresar que: “Todo Estado que *no* sea un Estado *lesionado* tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado (...) si: b) la obligación violada existe con relación a la comunidad en su conjunto. (...)”. Ello, dado que, en el caso de violaciones a normas de *jus cogens*, todos los Estados resultan lesionados aunque lo sean de distintas maneras. Además, a pesar de que, atento a las limitaciones que nos hemos impuesto en este trabajo, no nos corresponde ocuparnos de aspectos procesales tales como el tipo de reclamaciones que le corresponden a los damnificados *in stripes*, resulta poco aceptable, sin necesidad de efectuar mayores comentarios, que un Estado lesionado *in stirpes* tenga derecho a *exigir* el cumplimiento de la obligación de reparación en “interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, como expresa el Art. 48.2.b) del referido Proyecto. De conformidad a la redacción, cabe interpretar que tal derecho le corresponde a los Estados lesionados *in stirpes*, de modo independiente o, incluso, contra la voluntad del Estado lesionado *in capita*. Indudablemente, sí poseen los Estados lesionados *in stirpes*, el derecho a exigir la cesación del gravísimo ilícito *erga omnes* y las debidas seguridades y garantías de no repetición, tal como, adecuadamente, lo establece el Art. 48.2.a).

CONCLUSIONES

A través del desarrollo del presente trabajo hemos deseado resaltar, básicamente, tres aspectos sustanciales en relación a las normas imperativas de derecho internacional general:

- *-que el reconocimiento de la existencia normas de *jus cogens* posee antigua raigambre en la conciencia de la humanidad;
- *-que la violación de normas de *jus cogens*, por su condición *erga omnes*¹⁵⁴, genera diferentes niveles de sujetos lesionados;
- *-que la responsabilidad penal internacional de los Estados *ya existe* en el ordenamiento actual internacional a través de la doble sanción al Estado en el caso de violaciones a normas de *jus cogens*: -la sanción tradicional a través de las reparaciones, seguridades y garantías de no repetición que como ente jurídico debe dar, y -la sanción penal en la persona de sus individuos, los que le son sustraídos a su jurisdicción para su juzgamiento en el ámbito internacional¹⁵⁵.

- 1 En su designación actual. (Informe y Comentarios de la CDI en su 53° Período de Sesiones de 2001).
- 2 Por la limitaciones impuestas a este trabajo resaltamos sólo unos pocos hitos históricos considerados relevantes para observar las características del surgimiento de la idea de *jus cogens* y para hacer notar su renovada presencia en momentos determinantes para su consolidación en la conciencia de la humanidad.
- 3 Vg. Conferencia de las NU sobre el Derecho de los Tratados. Primer Período de Sesiones (Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968). Doc. Oficiales. Documentos de la Conferencia, p. 72.
- 4 Cf. REYNALDO GALINDO POHL. “Jus Cogens”, en *Cuarto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 1977, p. 205 y ss.

- 5 JEREMÍAS (Biblia) 15 a 19 y 46:27 y TITO LIVIO, *Historia Romana desde su Fundación*; VIII, 39, respectivamente, V. asimismo H. DONNEDIEU DE VABRES. “Le proces de Nueremberg devant les principes modernes du Droit Pénal International”, en *RCADIH*, 70, 1947-I, p. 483.
- 6 “Donari videtur quod nullo *iure cogente* conceditur” (*Dig.* 39.5.1-29). Gayo ha afirmado que la referida disposición halló fundamento sustancial en las leyes de Solón. Cf. ANTONIO GÓMEZ-ROBLEDO. “Ius Cogens y Ius Naturale”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, Nº 81, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1984, p. 21 y ss. y REYNALDO GALINDO POHL. *Op. Cit.* “*Jus (...)*”, p. 218.
- 7 “Privatorum conventio iuri publico non derogat”. Cf. ANTONIO GÓMEZ-ROBLEDO. *Op. cit.* “*Ius (...)*”, p. 21. ERNESTO DE LA GUARDIA en su obra. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, *Op. cit.* “*Derecho de (...)*”, p. 76, hace referencia a la diferencia entre *ius cogens vel necessarium* y *ius dispositivum vel cvoluntarium* (*Dig.* Lib. 50, tít. 17, ley 45).
- 8 Art. 6: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs”.
- 9 “Reglas jurídicas excluyentes de toda conducta arbitraria de las personas privadas: se aplican aun si las partes quieren excluirlas; ellas se imponen” (*Lehrbuch des Pandekten Rechts*, t. I, párr. 30. Cf. PAUL GUGGENHEIM, p. 128. Cf. ERNESTO DE LA GUARDIA, *Op. cit.* “*Derecho de (...)*”, nota 84, p. 76).
- 10 Designación dada por Justiniano a la vasta compilación de fragmentos de la jurisprudencia clásica que realizó una comisión presidida por Triboniano en cincuenta libros.
- 11 V. nuestro trabajo “Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias Sistémicas”, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internaciona*, V. XI, Año 2001-2002, p. 57 y ss.
- 12 V. CAO-HUY THUAN y ALAIN FENET. *Mutations Internationales et Évolution des Normes*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 138.
- 13 V. Arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios de Ginebra de 1949 I, II, III y IV, respectivamente.
- 14 V. VAN VOLLENHOVEN. *Les trois phases*, p. 79. Cf. QUINTILIANO SALDAÑA. “La Justice Pénale Internationale”, en *RCADIH*, 10, 1925-V.
- 15 J. GRAVEN. “Les crimes contre l’humanité”, en *RCADIH*, 76, 1950-I, 446-447.
- 16 *Ibidem*, p. 451.
- 17 V. nuestro trabajo “Jurisdicción Internacional Penal”, en *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina, Nueva Serie, Vol. 2, Nº 4, 1997, p. 157.
- 18 Declaración de Londres de 13 de enero de 1942; Declaración de Naciones Unidas de 1 de enero de 1942, Declaración Conjunta de 18 de diciembre de 1942; Declaración de Londres de 20 de octubre de 1943, Declaración sobre Responsabilidad de los Hitlerianos por los Crímenes Perpetrados de 30 de octubre de 1943, Declaración de Yalta de 11 de febrero de 1945, Declaración de Potsdam de 2 de agosto de 1945.

- 19 Es de observar la preferencia afirmada en el tiempo de designarlo como Tribunal de Nuremberg para evitar las limitaciones y parcialidades que podrían ser percibidas tras la expresión “Tribunal Militar”.
- 20 También se ocuparon de la responsabilidad penal internacional en 1951 (Ginebra) y 1953 (Nueva York) los Comités sobre Jurisdicción Criminal Internacional de la AG NU. (AG NU 7mo. Período de Sesiones. Supp. Nº 11 (A/2136, para. 91) y AG NU 9no. Período de Sesiones. Supp. Nº 12 (A/2645, para. 88) respectivamente) V. F.V. GARCÍA AMADOR. “State Responsibility. Some New Problems”, en *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 408, nota 1. V. ALAIN PELLET. “Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des États”, en *AFDI*, 1996, p. 7.
- 21 Cf. REYNALDO GALINDO POHL. *Op. Cit “Jus Cogens”*, p. 205.
- 22 Res. 95 (I). Resulta interesante recordar que la Res. 96 (I) del mismo órgano de las NU afirmó que el crimen de genocidio lesiona la conciencia humana y es contrario a la ley moral.
- 23 Es de destacar que sólo se consideran “principios de derecho internacional” los contenidos en la parte sustancial del Estatuto del Tribunal Militar (Arts. 6 a 8 incl.) y los contenidos en la sentencia de 1 de octubre de 1946, no así las sentencias de los doce procesos seguidos también en Nuremberg entre el 18 de octubre de 1946 y el 17 de febrero de 1947. V. nuestro trabajo “Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, V. X, 2000, pp. 177 y ss.
- 24 Ese mismo día, la AG adoptó por Res. 260/A(III) el *Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.
- 25 A pesar de que la Res. 3314 (XXIX) *Definición de la Agresión* fue adoptada el 4 de diciembre de 1974.
- 26 Es de observar que este Proyecto, a diferencia del de Spiropoulos, incluyó un alto número de “crímenes”, colocando en un idéntico nivel de tratamiento a violaciones de distinta gravedad. V. *infra* “Contenidos”. V. asimismo, nuestros trabajos: “Jurisdicción Penal Internacional”, en MARÍA TERESA INFANTE & ROSE CAVE. *Nuevos Estudios de Derecho Internacional Humanitario*. Instituto de Estudios Internacionales (Universidad de Chile). Comité Internacional de la Cruz Roja, Chile, 1998, pp. 26 y ss. y “La Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, en *La Política Internacional, el Derecho y el Territorio Nacional. Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1997, p. 379.
- 27 F. V. García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz y James Crawford.
- 28 JULIO BARBOZA. *Derecho Internacional Público*, Zavallia, Buenos Aires, 2001, p. 364. Es de observar que el hecho de que García Amador no incluyera la distinción en sus Informes no significa que no haya tenido presente la conveniencia de contemplar un régimen diferenciado para las violaciones más graves al derecho internacional. Así, en el Curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya ha señalado: “Particularly since the Second World War, the idea of international criminal responsibility has become so well defined and so widely acknowledged that it must be admitted as one of the consequences of the breach or non observance of

certain international obligations”. F. V. GARCÍA AMADOR. “State Responsibility. Some New Problems”, en *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 397.

29 Art. 19. *Crímenes y delitos internacionales*

“1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a)-de una violación grave de una norma internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*;

d)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye delito internacional”.

30 *Anuario CDI*, 1976-II, p. 94 y ss.

31 V. *infra* los títulos “Contenido” y “Consecuencias de la violación de una norma de *jus cogens*”.

32 Ello, en relación a toda la labor de la CDI en su 53º Período de sesiones. De conformidad a la Agenda provisoria de la Sexta Comisión para el año 2002, la tarea habrá de efectuarse entre el 28 de octubre y el 6 de noviembre.

33 El Primer Relator fue Brierly.

34 *Yearbook of the ILC*, 1953-II, p. 123.

35 Art. 16. *Licitud del objeto*

“1. (...)

“2. Para la validez de un tratado es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios y normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique infracción de tales principios o reglas”.

Art. 17. *Licitud del objeto (Incompatibilidad con el Derecho internacional)*

“(...) únicamente cuando el tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones absolutos e imperativos de las normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, puede haber una causa de invalidez (...)”.

Art. 18. *Licitud del objeto (Incompatibilidad con tratados anteriores: casos generales)*

“1. Cuando un tratado es incompatible con otro tratado anterior que contiene, o así se suele considerar, normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, dicho tratado será inválido por ese motivo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 17”. (El Art. posee 8 incisos, los que contemplan las situaciones particulares de los tratados bilaterales, plurilaterales y multilaterales).

Art. 19. *Licitud del objeto (Incompatibilidad con tratados anteriores: caso especial de ciertos tratados multilaterales)*

“En el caso de los tratados multilaterales que sin establecer derechos y obligaciones de carácter recíproco, son: a) de tipo independiente, por lo que la violación fundamental de una de las obligaciones del tratado por una de las Partes justificará la correlativa falta de ejecución por las demás Partes en general y no sólo en sus relaciones con la parte culpable; b) de tipo integral, en los que la obligación existe por sí y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las Partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo para las demás Partes; todo tratado concluido posteriormente por dos o más de las Partes entre sí o con terceros países que se halle en conflicto directo en algún punto esencial con el tratado anterior será nulo y carecerá de efectos en la medida en que exista tal conflicto”.

Art. 20. *Moralidad del objeto*

“El carácter inmoral de un tratado, que por lo demás no sea realmente ilícito en virtud de los Art. 16 a 19, no podrá *per se* ser causa de invalidez entre las Partes que lo hayan concluido (y en todo caso, el tratado carecerá de fuerza contra terceros). Pero cualquier Tribunal podrá negarse a tener en cuenta o aplicar el tratado (incluso las Partes y aunque no se niegue su validez) en los casos en que el mismo vaya claramente en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público internacional o de los principios reconocidos de ética que rigen la conducta internacional”.

(*Anuario de la CDI*, 1958, Vol II, p. 21 y ss.).

36 Art. 13. *Tratados nulos por ilicitud*

“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 la ONU.

b)-Cualquier acto u omisión calificado por el Derecho internacional de delito internacional.

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, sólo 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*.

El Art. 21.4 establecía:

“Cualquier Parte podrá pedir que se dé por terminado el tratado, si después de su entrada en vigor, el establecimiento de una nueva norma de Derecho internacional

que tenga el carácter de *jus cogens* ha hecho que la ejecución sea ilícita en el Derecho internacional”.

- 37 V. *infra* “Naturaleza”.
- 38 *Anuario de la CDI*, 1963-I. Actas resumidas, p. 66 y ss.
- 39 Entre los que apoyaban la inclusión del Art. 13 se contaban Bartos, Castrén, de Luna, Jiménez de Aréchaga, Pal, Tabibi, Tsuruoka, Waldock, Yasseen. Entre los que requerían mayor precisión en la formulación estaban Ago, Amado, Briggs, Gros, Lachs, Rosenne, Tunkin.
- 40 Art.37. *Tratados incompatibles con una norma imperativa de Derecho internacional general* (*‘jus cogens’*)
“Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de Derecho internacional general que no admitiere excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de Derecho internacional general que tuviere el mismo carácter”.
- Art. 45. *Superveniencia de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general*
“1. Un tratado se hará nulo y quedará extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de Derecho internacional general como la indicada en el Art. 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma.
2. En los casos a que se refiere el Art. 46 (divisibilidad de las disposiciones de un tratado), si únicamente determinadas cláusulas del tratado fueren incompatibles con la nueva norma, sólo esas cláusulas pasarán a ser nulas”.
- 41 Art. 50. *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general* (*‘jus cogens’*)
“Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.
- Art. 61. *Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general*
“Si se ha establecido una nueva norma imperativa de Derecho internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el Art. 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará”.
- Art. 67. *Consecuencia de la nulidad o de la terminación de un tratado que esté en oposición a una norma de Derecho internacional general*
“1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del Art. 50 las Partes deberán:
a)-Eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de Derecho internacional general.
b)-Conformar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.
2. Cuando un tratado llegue a ser nulo y termine en virtud del Art. 61, la terminación del tratado:
a)-Eximirá a las Partes de toda obligación de cumplir ulteriormente el tratado.
b)-No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las Partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho internacional general”.

- 42 Turquía consideró que se trataba de un concepto teóricamente valioso pero de difícil aplicación en la práctica, no admitiendo la formulación de superveniencia. Gran Bretaña, a pesar de haber sido de nacionalidad británica los cuatro Relatores del tema, manifestó su inclinación por una aplicación restringida del concepto. Estados Unidos manifestó sus dudas en lo que hace a la aplicación del enunciado. Varios países solicitaron mayor precisión en la enunciación, entre ellos: Holanda, Israel y Uruguay. Un importante número de Estados se manifestó satisfecho con la inclusión del *jus cogens* entre las causas de nulidad, entre ellos: Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Ecuador, España, Filipinas, Francia, Ghana, Guatemala, Hungría, Indonesia, Irak, Italia, Marruecos, Panamá, Polonia, República Árabe Unida, Rumania, Siria, Tailandia, Venezuela, Yugoslavia (*Anuario de la CDI*, 1966-II, pp. 22 y ss.).
- 43 Art. 53. *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')*
“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad 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”.
Art. 64. *Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')*
“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.
- 44 Es de recordar que la Convención de Viena sobre *Derecho de los Tratados entre Estados o entre Organizaciones Internacionales entre Sí* de 1986, mantiene la misma formulación normativa que la Convención de 1969.
- 45 Thierry recuerda, sin embargo, que la aplicación del *jus cogens* en materia de derecho de los tratados tiene más importancia teórica que práctica ya que aparece como poco probable que los Estados concluyan tratados de agresión o genocidio. Además, hace presente que ha habido muy pocos casos en que se ha invocado la violación de una norma imperativa. Cita a Gaja (G. GAJA. “*Jus Cogens beyond the Vienna Convention*”, en *RCADIH*, 172, p. 288), quien recuerda la reclamación del representante de Chipre ante el Consejo de Seguridad en relación al Tratado de Garantía de 16 de agosto de 1960, en caso de querer ser interpretado como otorgando a Turquía un derecho de intervención militar. También hace presente la denuncia por parte de Irán de un Tratado de 1921 por el que Rusia tendría un similar derecho de intervención. Hubert THIERRY. “*Cours Général de Droit International Public*”, en *RCADIH*, 222, 1990-III, pp. 60-61.
- 46 Con distintos matices receptado en el derecho interno francés con la designación de *ordre public*, en el italiano: *ordine pubblico*, en el alemán: *Vorbehaltsklausel*, en el angloamericano: *public policy*. V. PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS. “Los Conceptos Jus Cogens y Jus Dispositivum y la Labor de la Comisión de Derecho Internacional”, *REDI*, N° 21, 1968, pp.778-779. La CDI ha tendido a equiparar los términos *jus cogens* y orden público (*CDI Anuario*, 1963-I, p. 67).
- 47 V. ERNESTO DE LA GUARDIA. *Op. Cit.* “*Derecho de (...)*”, p. 75.

- 48 ANTOINE FAVRE. “Droit Naturel et Droit Positif”, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a Don Antonio de Luna*, REDI, Vol. XXI, N° 3, Julio-septiembre 1968, p. 443.
- 49 LOUIS ERASM LE FUR. “Regles Générales du Droit de la Paix”, p. 163. Cf. ANTOINE FAVRE. *Op. Cit. “Droit Nature (...)”*, p. 444.
- 50 “Le droit positif vient non pas créer, mais seulement dire _ c’est-à-dire poser, déterminer et préciser_ ce droit naturel et le revêtir de son vêtement normal, une sanction positive, pratiquement indispensable; sans elle en effet, on ne se trouve en présence que d’une *lex imperfecte*, comme ce fut longtemps le cas pour le droit international, que n’est même pas encore complètement sorti de ce stade primitif. Le droit complet est celui qui réunit dans une syntèse nécessaire les deux éléments indispensables du droit, le fond et la forme, le droit naturel ou mieux rationnel (...) et el droit positif”. LOUIS ERASM LE FUR. “La Théorie du Droit Naturel depuis le XVII siècle et la doctrine moderne”, en *RCADIH*, 18, 1927-III, p. 399.
- 51 ANTONIO TRUYOL y SERRA. *Historia del Derecho Internacional Público*, Versión española de Paloma García Picazo, Madrid, 1998, pp. 59 y 66.
- 52 Cf. ALFRED VERDROSS. “Le Fondement du Droit International”, en *RCADIH*, 16, 1927-I, p. 251.
- 53 “Es *necesario* porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo (...); este derecho es inmutable y la obligación que impone, necesaria e indispensable; las naciones no pueden modificarlo en sus convenciones, ni dispensarse a sí mismas de él o recíprocamente una a la otra”. EMERIC DE VATTEL. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, 1758, párrs. 7-9 y Libro II, párr. 161. ERNESTO DE LA GUARDIA. *Op. cit “Derecho de los (...)”*, p. 75.
- 54 CASPAR BLUNTSCHLI *Das Moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, vers. francesa *Le Droit International Codifié*, 2da. edición, Guillaumin et Cie., París, 1874. Expresa que “serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”. Cf. *Ibidem*, p. 77.
- 55 *Ibidem*.
- 56 Es de tener presente que el profesor checo, positivista que abandonó el voluntarismo puro, expresó: “El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen, pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de *jus cogens* (...)”. HANS Kelsen. *Principles of International Law*, Rinehart & Co. Inc., New York, 1952/1956, pp. 322 y 323. Cf. ERNESTO DE LA GUARDIA. *Op. Cit. “Derecho de (...)”*, p. 81⁵⁶.
- 57 *Ibidem*, p. 78-79.
- 58 DIONISIO ANZILOTTI. *Cours de Droit International Public*, trad francesa de la 3ª edición italiana, Sirey, París, 1929, t. 1, p. 89. Cf. ANTONIO GÓMEZ-ROBLEDO. *Op. cit. “Ius (...)”*, p. 24.
- 59 MARCEL SIBERT. *Traité de Droit International Public*, Dalloz, París, 1951, T. I, pp. 16 y 17; T. II, pp. 212 y 213. Cf. ERNESTO DE LA GUARDIA. *Op. Cit. “Derecho de (...)”*, p. 80.

- 60 *La Paix de Versailles*, p. 400 a 403. Cf. J. GRAVEN. *Op. Cit.* “*Les crimes (...)*”, p. 451.
- 61 QUINTILIANO SALDAÑA. “La Justice Pénale Internationale, en *RCADIH*, 10, 1925-V, p. 288.
- 62 J.-L. BRIERLY. “Le fondement du caractère obligatoire du droit”, en *RCADIH*, 25, 1928-III.
- 63 ALFRED VERDROSS. *Op. Cit.* “*Le fondement (...)*”, pp. 257 y ss.
- 64 *Ibidem*, p. 251.
- 65 ANTONIO TRUYOL y SERRA. *Op. Cit.* “*Historia (...)*”, p.143.
- 66 ALFRED VERDROSS. *Op. Cit.* “*Le fondement (...)*”, pp. 261 y 311.
- 67 J. B. WHITTON. “La règle *pacta sunt servanda*”, en *RCADIH*, 49, 1934-III, p. 183.
- 68 ALFRED VERDROSS. *Op. Cit.* “*Le fondement (...)*”, p. 319.
- 69 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 4ta ed. póstuma, p. 336; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, § 8; *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9a. ed, 1952, p. 43. Cf. ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1976, p. 23.
- 70 ERICH KAUFMANN. “Traité international et la loi interne”, en *Rivista de Diritto Internazionale*, 1958, p. 371.
- 71 CPJI-*Asunto Oscar Chinn* (Reino Unido c. Bélgica), sentencia de 12 de diciembre de 1934: “(...) No es posible imaginar que la Sociedad de Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del Derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear en esa materia un *jus cogens* (...)”. “Jamás la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres”. CPJI, Serie A/B, Nº 63, pp. 149-150.
- 72 *Law of Treaties*, 1961, pp. 213-214. Cf. SANTIAGO BENADAVA, *Derecho Internacional Público*, 6ta. edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1999, p. 53.
- 73 MICHEL VIRALLY. “Reflexions sur le ‘jus cogens’”, en *AFDI*, 1966, XII, p. 5 y ss.
- 74 Cf. ANTONIO GÓMEZ-ROBLEDÓ. *Op. cit.* “*Ius (...)*”, p. 27.
- 75 REYNALDO GALINDO POHL, *Op. Cit.* “*Jus (...)*”, p. 229.
- 76 JULIO A. BARBERIS. *Formación del Derecho Internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 54.
- 77 GEORG SCHWARZENBERGER. *A Manual of International Law*, Stevens and Sons, London, 1967, pp. 29-30; 412-420. Cf. PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS, *Op. Cit.* “*Los Conceptos (...)*”, p. 776-777.
- 78 *CIJ, Recueil* 1949, p. 22; *CIJ Recueil* 1951, p. 23; *CIJ Recueil* 1962, p.243. V. JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO. *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 173-174.
- 79 HUBERT THIERRY. *op. cit.* “*Cours général...*”, en *RCADIH*, 222, 1990-III, pp. 67 y ss.
- 80 HUBERT THIERRY. *Op. Cit.* “*Cours Général (...)*”, p. 59.
- 81 CHERIF BASSIOUNI. “La Expresión de Crímenes Internacionales *Jus Cogens* y *Obligatio Erga Omnes*”, en *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario (Sistemas Romano-Germánicos)*, Informe de la Reunión

- de Expertos (Ginebra 23-25 de septiembre de 1997), Servicio de Asesoramiento en DIH, Comité Internacional de la Cruz Roja, Suiza, 1999, p. 31.
- 82 Conferencia de las NU sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones (Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968). Doc. Oficiales. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, p. 362 (7 de mayo).
- 83 *Ibidem*, p. 294.
- 84 *CIJ Recueil* 1986, párr. 190.
- 85 JOSÉ MARÍA GAMIO. “Costumbre Universal y Particular”, en MANUEL RAMA MONTALDO (dir.). *Un Derecho Internacional en Transformación. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 85.
- 86 GAMIO citando a Jiménez de Aréchaga, Rousseau y D’Amato. *Ibidem*, pp. 85-86.
- 87 V. JORGE CARDONA LLORENS. “Deberes Jurídicos y Responsabilidad Internacional”, en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 155-156.
- 88 V. *infra*.
- 89 *CDI Anuario* 1976, Vol. II, Segunda Parte, p. 117.
- 90 En la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados, el representante de Australia entendió que bastaba una “sustancial concurrencia de Estados pertenecientes a los principales sistemas legales”; el representante de los EE.UU. señaló que debía requerirse al menos que no hubiera disenso por parte de un “elemento importante de la comunidad internacional”. Por su parte, Ago, en oportunidad de los comentarios al Art. 19 en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados de 1976 (*cit. supra*) señaló que hacía falta que la convicción de carácter imperativo de la norma fuera compartida por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional y no sólo por los Estados del Oeste o los del Este, por los países desarrollados o los en vía de desarrollo, por los de un continente o de otro.
- 91 Cf. GENNADY M. DANILENKO. “International Jus Cogens Issues of Law Making”, en *EJIL*, Vol. 2, Nº 1, 1991 (edición virtual).
- 92 V. *infra* lo relativo a las limitaciones en materia de modificación de una norma de *jus cogens*.
- 93 TARCÍSIO DE MIRANDA BURITTY. “Considérations sur la validité et l’effectivité de la norme juridique internationale”, en JOSÉ LUIS CURIEL (Coord.) *Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social*, UNAM, Mexico, 1984, p. 161 y ss.
- 94 JULIO A. BARBERIS. “La liberté de traiter des États et le jus cogens”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 30, 1970, p. 24.
- 95 ANTONIO TRUYOL Y SERRA “Théorie du Droit International Public. Cours général”, en *RCADIH*, 173, 1981-IV, p. 257.
- 96 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados. Primer Período de Sesiones (Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968). Doc. Of. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, p. 343.
- 97 *Ibidem* p. 339.
- 98 V. *infra* “Contenido”.
- 99 V. *infra* “Consecuencias”.

- 100 HERMANN MOSLER. “The International Society as a Legal Community”, en *RCADIH*, 140, 1974-IV, p. 150. Cf. ANTONIO TRUYOL Y SERRA. *Op. Cit.* “*Théorie (...)*”, p. 259.
- 101 V. *infra* el “contenido” de las normas de *jus cogens*
- 102 *CIJ Reports 1970 Asunto Barcelon Traction, Light and Power Company Limited (Cuestión de Fondo)*, p. 3, parr. 32.
- 103 CHARLES DE VISSCHER. “Positivism et Jus Cogens”, *RGDIP*, N° 75, 1971, p. 1 y ss. V., asimismo, el Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46° Período de Sesiones (1994). AG Doc. Of. 49° Período de Sesiones. Sup. N° 10 (A/49/10), p. 260.
- 104 *Op. cit.* “*Ius (...)*”, p. 27.
- 105 CHERIF BASSIOUNI. *Op. cit.* “*La Expresión (...)*”, p. 29. V., asimismo, MICHEL VIRALLY. *Op. Cit.* “*Réflexions (...)*”, p. 5 y ss.
- 106 V. al respecto nuestro trabajo “El Orden Jurídico Internacional en el Umbral del Siglo XXI”, en *Revista de la Facultad. Facultad de Derde Dereecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba,-Córdoba, Argentina.,* N° 1, Vol. II, Año 1993.
- 107 Es de observar la diferencia de concepción en el empleo del término “absoluto” que efectúa Simma y el que hace Galindo Pohl. Este último autor señala que el *jus cogens* carece de carácter absoluto. Ello, dada la necesidad de coordinar las normas de *jus cogens* entre sí, dado que ninguna tiene primacía sobre otra de igual categoría. Entendemos que la contraposición entre normas de *jus cogens* sólo puede ser aparente, fruto de las formulaciones normativas y no de los valores que las normas tienen por objeto resguardar. Tal el caso, *i.a.*, de: soberanía estatal e integridad territorial *vs.* libre determinación de los pueblos; no uso de la fuerza y no intervención *vs.* legítima defensa individual y colectiva y medidas coercitivas adoptadas por órganos de las NU. V. nuestro trabajo *Op. Cit.* “*El Orden (...)*”, p. 379 y ss.
- 108 ALFRED VERDROSS – BRUNO SIMMA. *Universelles Völkerrecht.Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 262. V. *i.a.* ALFRED VERDROSS. “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, en *AJIL* 60, 1966., p. 55 y ss.; FERRER SANCHIS. *Op.Cit* “*Los Conceptos (...)*”, p.763 y ss.; NISOT. “Le concept de Jus Cogens Envisagé par Rapport au Droit International, en *RBDI*, N° 4, 1968, p. 1 y ss.
- 109 El que las normas de *jus cogens* constituyan el núcleo duro del orden público, no debe llevarnos a identificar al *jus cogens* con el orden público internacional.
- 110 *Vg:* violación de la libertad de los mares, del patrimonio común de la humanidad, de buena parte de los derechos humanos, etc.
- 111 *Vg:* agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad, ciertas violaciones al derecho internacional humanitario.
- 112 V. *supra* “Origen.Evolución”.
- 113 Idéntica situación se da hoy en los crímenes de competencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ExYugoslavia y Ruanda, en virtud de sus limitaciones *ratione temporis*.
- 114 V. *supra* nota 35.
- 115 “Art. 13.2. c) “Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el Derecho internacional”. Destacamos la

- expresión '*deba*', lo que es propio a nuestro entender de las obligaciones *erga omnes* y, en particular de las normas de *jus cogens*. Creemos que el deber en las obligaciones *erga omnes* es asumido por los Estados convencionalmente, a diferencia de las normas de *jus cogens* en las que el deber de colaborar en la cesación o sanción de la violación es constriñente en virtud del derecho internacional general imperativo que es violado. V. *supra*, nota 36.
- 116 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Primer Período de Sesiones (Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968). Doc. Of. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, p. 336.
- 117 V. *supra* nota 29.
- 118 Esta norma es, tal como lo señaláramos con anterioridad, necesariamente de *jus cogens*, ya que de lo contrario estaríamos negando la existencia del derecho internacional como tal.
- 119 Las Resoluciones 2131 (XX), 2625 (XXV), 3314 (XXIX) de la AG NU, con peso de normas consuetudinaria, en buena parte de sus disposiciones, establecen, por un lado, una excepción a la proscripción del uso de la fuerza cuando se trata de pueblos sometidos a dominación por la fuerza y, por otro, establecen el deber de los Estados de abstenerse de cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación a los pueblos sometidos. Ello es sistemáticamente coherente ya que los Estados no son protegidos por ser Estados sino por ser los sujetos internacionales que representan a los pueblos organizados. De allí que las normas relativas a la proscripción de la agresión interestatal, tienen su correlato en la proscripción del uso de la fuerza contra un pueblo para mantener su sometimiento. (V. nuestro trabajo "Kosovo y la 'Legalidad' de la Acción Militar de la OTAN", *Seminario sobre el Mantenimiento y el Restablecimiento de la Paz en el Orden Internacional Actual*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, octubre 2001).
- 120 Más allá de que la CIJ en su dictamen relativo a las reservas haya señalado que la proscripción del genocidio no era norma de derecho internacional general (*CIJ, Recueil 1951*, pág. 24) y que simplemente constituía un *delictum juris gentium*, particularmente debido a que su juzgamiento sólo podía efectuarse por los tribunales internos (y corte penal internacional en caso de constituirse), su inclusión entre los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998) lo transforma formalmente en un crimen internacional. Por otra parte, lo es por razones puramente lógicas ya que la generalización del genocidio entrañaría el fin del género humano.
- 121 Tal el caso de ciertas normas de los Cuatro Convenios de Ginebra: vg. los Arts. 50 (I), 51 (II), 130 (III), 147 (IV).
- 122 Por las características de ataque generalizado y sistemático implica uso de la fuerza y desprecio por la vida humana equivalente al genocidio.
- 123 Si bien la palabra "apartheid" nos sugiere sólo la idea de "segregación", "separación", el crimen de apartheid por el sojuzgamiento (uso de la fuerza en la dominación de un grupo racial sobre otro) nos lleva a situación equivalente a la manutención por la fuerza de una dominación colonial (en este caso, colonialismo interno).

- 124 Un Estado que tolerara la esclavitud, no sólo aceptaría el sometimiento de un hombre a otro por la fuerza, sino manifestaría desprecio hacia el ser humano como tal, llevándonos a situación equivalente a la del crimen de lesa humanidad.
- 125 Tal acción puede implicar consecuencias equivalentes a los de la agresión, el genocidio, el crimen de lesa humanidad o el crimen de guerra ya que los daños podrían tener efectos equivalentes a los de una incursión armada, a los de una destrucción de grupo nacional, étnico, racial o religioso, al exterminio con arma mortífera particular.
- 126 Referido a “crímenes *de* derecho internacional”.
- 127 El Art. 1 titulado “Definición” sólo expresa que los crímenes definidos en el Código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad internacionales.
- 128 V. en particular los Informes de la CDI de 1985 y 1994.
- 129 Ello ha permitido que el Estatuto fuera adoptado por 136 votos a favor, 7 en contra (EE.UU., India, Israel, Bahrein, Qatar, China y Vietnam) y 21 abstenciones. Es de destacar que, posteriormente, Bahrein, EE.UU. e Israel han suscripto el Estatuto (11 de diciembre, 31 de diciembre y 31 de diciembre de 2000, respectivamente), aún cuando en el 2002, los dos últimos manifestaron públicamente su oposición al Estatuto. Además EE.UU., el 6 de mayo de 2002, notificó al SG de NU que su intención no era convertirse en Estado parte y que de conformidad a ello no posee obligaciones jurídicas emergentes de la suscripción. El Estatuto, entrado en vigor el 1 de julio de 2002, cuenta con 139 Estados signatarios y 77 Estados partes.
- 130 Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra. La agresión no fue incluida ya que ello hubiese llevado a investigar sobre los tratados violados y hubiese puesto en cuestión toda la problemática de una Yugoslavia impuesta, fruto de los entendimientos entre las Grandes Potencias tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.
- 131 Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra limitados a las violaciones al Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977. Esto último, al igual que la no inclusión de la agresión, en tanto el conflicto en Ruanda no constituyó un conflicto armado internacional.
- 132 Sin embargo, es de destacar que el Secretario General, agregó que no resultaba oportuno establecer la responsabilidad penal de los Estados, al menos en el estadio actual del Derecho internacional. Nations Unies. Doc. A/CN.4/1/Rev. 1, pp. 62 y 63. Cf. J. GRAVEN. *Op. Cit.* “*Les Crimes (...)*”, p. 535.
- 133 QUINTILIANO SALDAÑA en el Código Penal Internacional elevado a la Sociedad de Naciones (texto propio integrado con el de Garofalo) ha regulado las sanciones aplicables al individuo delincuente (Art. 74, prisión, deportación, expulsión, limitación de derechos civiles, políticos y sociales, incautaciones de la propiedad, etc.) y las sanciones al Estado delincuente (económicas: comerciales y financieras; sociales: jurídicas y diplomáticas; militares: terrestres, navales y aéreas, etc.). Cf. *Op. Cit.* “*La Justice (...)*”, p. 406 y 407.
- 134 JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO. *Op. Cit.* “*El Derecho (...)*”, pp. 176-177.
- 135 Así, VERHOEVEN ha expresado: “Le droit des gens traditionnel ne comporte pas (...) de dimension “pénale”. (...). On dit classiquement que la souveraineté répugne à toute punition”. JOE VERHOEVEN. “Vers un Ordre Répressif Universel? Quelques Observations”, en *AFDI*, XLV, 1999, p. 55 y ss. En relación a las discusiones doctrinarias en la materia, v. en particular, DEREK WILLIAM BOWETT. “Crimes of

- State and the 1996 Report of The ILC on State Responsibility”, en *EJIL*, Vol. 9, N° 1. JAMES CRAWFORD. “Revising the Draft Articles en State Responsibility”, en *EJIL*, Vol. 10, N° 2; GIORGIO GAJA. “Should All References to International Crimes Disappear from ILC Draft Articles on State Responsibility?; ALLAIN PELLET. “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, en *EJIL*, Vol. 10, N° 2. GEORGE ABI SAAB. “The Uses of Article 19”, en *EJIL*, Vol 10, N° 2. SERGE SUR. “Le Droit International Pénal entre l’État et la Société Internationale”, en *Actualité de Droit International*, 2001 (www.ridi.org/adi).
- 136 MAURICE BOURQUIN. “Crimes et Délits contre le Sûreté des États Etrangers”, en *RCADIH*, 16, 1927-I. Es de tener presente que la Convención sobre la Esclavitud (Ginebra, 1926), basada en el informe de 1924 de la Comisión sobre Esclavitud de la Sociedad de Naciones, consideró a la esclavitud como un ilícito al que la “Sociedad” “debía” poner fin.
- 137 *CDI Anuario*, 1969, Vol. 1, p. 257 Cf. JULIO BARBOZA. *Op. cit.* “*Derecho Internacional (...)*”, p. 365.
- 138 F.V. GARCÍA AMADOR. *Op. Cit.* “*State (...)*”, pp. 397 a 399.
- 139 MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ. “El Acto Ilícito Internacional: Concepto y Consecuencias”, en MANUEL DíEZ DE VELASCO VALLEJO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 1ª. Ed. Tecnos, Madrid, p. 709.
- 140 El resaltado nos pertenece.
- 141 La expresión “a nombre del Estado” se corresponde con lo que los Proyectos de 1980 y 1996 entendían por “Hechos del Estado” (atribuibles al Estado), contemplados en los Arts. 5 a 15 inclusive y en el caso del Proyecto de 2001 con lo dispuesto entre los Arts. 4 y 11 inclusive (“Atribución de un Comportamiento al Estado”).
- 142 El resaltado nos pertenece.
- 143 Es de tener presente que, en caso de haber adoptado el Estado las medidas a su alcance para impedir o sancionar efectivamente las violaciones a normas de *jus cogens* que se hayan podido producir en el ámbito bajo su jurisdicción, no habría incurrido en responsabilidad “internacional”, no cabiendo reclamación *internacional* contra el Estado ni contra el individuo.
- 144 ROSALYN HIGGINS. *Problems & Process. International Law and How we Used It*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 167.
- 145 Debemos recordar que este crimen fue incluido con esa denominación en un documento internacional por primera vez, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945 (Tribunal de Nuremberg), visualizada en un contexto de guerra. La figura penal ha evolucionado y ha sido receptada en el Estatuto de la CPI fuera del entorno bélico, pero no fuera del contexto del crimen de Estado, dado el grado de organización que requiere la política criminal para conformar un ataque generalizado o sistemático. Es de tener presente que esta figura delictiva se corresponde con la que en las definiciones del Tratado de Versalles fue designada como “ofensas a la moralidad internacional”. (V. *supra* y Y. JUROVICS. *Réflexions sur la Spécificité du Crimen contre l’ Humanité*, Librerie Générale Droit et Jurisprudence, París, 2002; N. ZAKR. “Approche Analytique du Crime contre l’ Humanité en Droit International”, en *RGDIP*, Tomo 105, 2001-3).
- 146 Cf. nuestro trabajo *Op. Cit.* “*Principio de (...)*”, pp. 57 y ss.
- 147 G. SPERDUTI. “L’individu et le droit international”, en *RCADIH*, 90, 1956-II, p. 767.

- 148 Entendemos que la responsabilidad por crímenes o delitos *de* derecho internacional, cometidos fuera del crimen de Estado, sólo pueden encontrar base en normas convencionales, a diferencia del *jus cogens*, el que se basa en una norma de derecho internacional general imperativa, aún cuando pueda estar receptado en una norma convencional. Esta posición resulta en un todo coherente con lo dictaminado por la CIJ en la sentencia de 14 de febrero de 2002 (Asunto Concerniente a la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (Congo contra Bélgica).
- 149 Cf. LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN. “La Responsabilidad Internacional, ¿Crímenes de Estados y/o de Individuos?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2001, pp 219 y ss.
- 150 También lo ha hecho Croacia.
- 151 Ha solicitado a la Corte “que sentencie y declare:
a)-que Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ha violado sus obligaciones jurídicas (...) en virtud de los Arts. I, II a b c d, III a b c d e, IV y V de la Convención sobre Genocidio;
b)- (...) ha violado obligaciones (...) en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de su Protocolo Adicional I de 1977, el derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de la guerra, incluyendo el Reglamento de la Haya de 1907 (...) y otros principios fundamentales del derecho internacional humanitario; (...)
d) (...) en violación a sus obligaciones bajo el derecho internacional general y consuetudinario, ha matado, asesinado, herido, violado, robado, torturado, secuestrado, detenido ilegalmente y exterminado a ciudadanos de Bosnia-Herzegovina;
e) (...) ha violado (...) (e)l párrafo 3 del artículo 1 y de los Arts. 55 y 56 de la Carta de NU;
f) (...) ha empleado (...) la fuerza y el recurso a la amenaza del uso de la fuerza (...); (...)
h) (...) en violación a sus obligaciones bajo el derecho internacional y consuetudinario, ha violado y viola la soberanía de Bosnia-Herzegovina a través de ataques armados (...); (...).”
- 152 Similar situación se produjo en el caso de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Dada la rendición incondicional no fue necesario acudir a la CPJI para que fijara las reparaciones. Los individuos imputados de crímenes fueron juzgados por el Tribunal de Nuremberg.
- 153 *Op. cit.* “*El Derecho...*”, p. 177.
- 154 En una relación de especie a género en el presente orden de expresión.
- 155 Se recuerda lo señalado *supra* en relación a que no cabría exigir responsabilidad internacional alguna al Estado ni a los individuos si el Estado hubiese obrado con la debida diligencia en la prevención o sanción de las graves violaciones a normas imperativas de derecho internacional general cometidas en el ámbito bajo su jurisdicción.