

**ALDANA ROHR**

**LA RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL  
DEL ESTADO  
POR VIOLACIÓN AL**

***JUS  
COGENS***

Prólogos de Juan Antonio Travieso  
y Silvina S. González Napolitano

**LA RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL DEL ESTADO  
POR VIOLACIÓN AL *JUS COGENS***



**LA RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL DEL ESTADO  
POR VIOLACIÓN AL *JUS COGENS***

ALDANA ROHR

Buenos Aires, noviembre de 2015

Rohr, Aldana

La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens / Aldana  
Rohr. - 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015.

153 p. ; 26 x 18 cm.

ISBN 978-987-29200-2-9

1. Derecho Internacional Público. I. Título.

CDD 341

Nota: El presente libro representa la opinión de la autora y no refleja necesariamente la de ninguna de las instituciones en las que se desempeña profesional y/o académicamente.

Los textos que no cuentan con traducciones oficiales han sido traducidos y/o interpretados por la autora.

## ÍNDICE

PRÓLOGO DR. JUAN ANTONIO TRAVIESO .....	ix
PRÓLOGO DRA. SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO.....	xi
DEDICATORIA .....	xiii
AGRADECIMIENTOS.....	xv
ABREVIATURAS.....	xvii
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. EXPRESIONES DOCTRINARIAS DEL <i>JUS COGENS</i> EN EL DERECHO INTERNACIONAL... 5	5
2.1. Normas de <i>jus cogens</i> y obligaciones <i>erga omnes</i> .....	5
2.1.1. Expresiones doctrinarias .....	5
2.1.2. Primeras expresiones en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia .. 8	8
2.1.3. Codificación del concepto de <i>jus cogens</i> .....	8
2.2. Jerarquía normativa de las fuentes del derecho internacional público. ....	9
2.2.1. Las fuentes del derecho internacional público.....	9
2.2.2. Orden de prelación entre las fuentes del derecho internacional público.....	10
2.2.3. Jerarquía de las normas de <i>jus cogens</i> .....	11
2.2.4. La Carta de las Naciones Unidas y las normas de <i>jus cogens</i> .....	12
2.3. Creación de las normas de <i>jus cogens</i> y su fundamento de validez en el derecho internacional. ....	15
2.3.1. Fundamentos del <i>jus cogens</i> .....	15
2.3.2. Creación de las normas de <i>jus cogens</i> .....	17
2.4. Determinación de la existencia de las normas de <i>jus cogens</i> .....	19
2.5. Conclusiones .....	20
3. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DE LAS NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS.....	23
3.1. Codificación de las normas de <i>jus cogens</i> .....	24
3.2. <i>Jus cogens</i> y el derecho de los tratados en la Comisión de Derecho Internacional ..24	24
3.2.1. Codificación del concepto .....	24
3.2.2. Efectos del <i>jus cogens</i> en los tratados.....	27
3.3. Responsabilidad internacional del Estado y normas de <i>jus cogens</i> en la Comisión de Derecho Internacional .....	29
3.3.1. El Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos .....	30
3.3.2. El concepto de crimen internacional del Estado.....	31
3.4. Conclusiones .....	43
4. LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE MATERIAL DE LAS NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> Y NORMAS <i>ERGA OMNES</i> .....	45
4.1. Normas de <i>jus cogens</i> y normas <i>erga omnes</i> en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.....	45
4.2. Aportes de los tribunales regionales de protección de derechos humanos .....	51
4.2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	52
4.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	57
4.3. Conclusiones .....	59

5. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A NORMAS IMPERATIVAS .....	61
5.1.Principios generales.....	61
5.2. Determinación del carácter de <i>jus cogens</i> de la obligación violada .....	64
5.3. Conclusiones .....	66
6. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD EN SUPUESTOS DE VIOLACIÓN A NORMAS IMPERATIVAS.....	67
6.1. Consentimiento.....	68
6.2. Legítima defensa.....	69
6.3. Contraindicios.....	69
6.4. Estado de necesidad.....	70
6.5. Conclusiones .....	71
7. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> .....	73
7.1. Obligación de no reconocimiento .....	74
7.2. Obligación de no prestar asistencia .....	80
7.3. El deber de cooperar.....	82
7.4. La obligación de extraditar o juzgar ( <i>aut dedere, aut judicare</i> ).....	84
7.5. Conclusiones .....	87
8. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN AL <i>JUS COGENS</i> .....	89
8.1. Invocación de la responsabilidad .....	89
8.1.1 Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto al lesionado .....	90
8.2. Protección diplomática en casos de violaciones de normas de <i>jus cogens</i> .....	95
8.3. Conclusiones .....	100
9. INMUNIDADES DEL ESTADO EN CASOS DE VIOLACIÓN A NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> ....	101
9.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado.....	101
9.1.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado por violación a normas de <i>jus cogens</i> ..	102
9.1.1.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado por violación a normas de <i>jus cogens</i> en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	102
9.2. Acceso a la justicia e inmunidades jurisdiccionales del Estado en casos de violación a las normas de <i>jus cogens</i> .....	109
9.3. Conclusiones .....	111
10. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE LOS ESTADOS EN SITUACIONES DE VIOLACIÓN A NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> .....	113
10.1. Jurisdicción voluntaria .....	113
10.2. El ejercicio de la jurisdicción frente a violaciones de normas de <i>jus cogens</i> o <i>erga omnes</i> .....	114
10.2.1. La interpretación de la Corte Internacional de Justicia .....	114
10.3. Conclusiones.....	117
11. CONCLUSIONES GENERALES.....	119
12. FUENTES CONSULTADAS.....	123
12.2.1. Libros.....	124
12.2.2. Artículos de revistas y de obras colectivas.....	125

12.3.1. Corte Permanente de Justicia Internacional.....	130
12.3.2. Corte Internacional de Justicia .....	130
12.3.2.1. Sentencias y providencias.....	130
12.3.2.2. Opiniones Consultivas .....	131
12.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	131
12.3.3.1. Sentencias y providencias.....	131
12.3.3.2. Opiniones Consultivas .....	132
12.3.4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	132
12.3.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	133
12.3.6. Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia .....	133
12.3.4. Resoluciones e informes de Organizaciones Internacionales.....	133
12.4.1. Organización de las Naciones Unidas.....	133
12.4.1.1. Asamblea General.....	133
12.4.1.2. Consejo Económico y Social.....	133
12.4.1.3. Consejo de Seguridad .....	133
12.4.1.4. Comisión de Derecho Internacional.....	134
12.4.1.5. Otros.....	135
12.5. Fuentes audiovisuales .....	135





## PRÓLOGO

Uno siempre lucha para que los sueños se hagan realidad. Ese es el propósito que nos convoca frente a la obra de Aldana Rohr.

El camino no es fácil. Todos los días nos agotamos escuchando opiniones sombrías acerca del destino de la humanidad y del derecho internacional. No podemos precisar si esos veredictos se deben a la ignorancia, al desconocimiento del tema, al desdén o a todo junto al mismo tiempo. Nos inclinamos por una prudente y bondadosa justificación, ante la complejidad de los problemas.

Lo cierto es que desde hace medio siglo, la regla de derecho se impone lenta pero firmemente. Las últimas dos Guerras Mundiales han sembrado muerte y horror. Pero los sucesos amarillean en las fotos.

Nos referimos a sucesos del pasado y, afortunadamente no hubo, otros conflictos de igual magnitud, porque se crea o no, la regla de derecho fue avanzando sin la velocidad que nos hubiera gustado, pero también sin pausa, casi como una marea incesante que día a día carcome la costa y amplía el horizonte. Lo cierto es que, como lo sostiene la autora, el incumplimiento de obligaciones internacionales, hoy tiene un costo internacional, que no depende de la opinión pública, sino de normas jurídicas instaladas por los tratados, por la costumbre o por principios generales.

Además, esta obra de Aldana Rohr nos lleva por el indispensable camino del optimismo.

Porque indagar acerca de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, nos va conduciendo por una ruta sinuosa, un camino de cornisa y pleno de desafíos que son superados exitosamente. La superación de los precipicios y desfiladeros no es azarosa, sino que se va consolidando a través de conceptos sustentables, donde la jerarquía normativa de las fuentes, y las nociones lucen fuertes como menhires y columnas. Pero eso no es todo, porque esos monumentos clásicos y renovados, se ponen a prueba en los conflictos del derecho, con la supremacía del derecho internacional.

La tarea es completa y ardua. Pero Aldana Rohr no teme a los desafíos y encara con talento y seguridad las dificultades de la responsabilidad internacional del estado, en su relación con las normas de *jus cogens*, sometiendo a prueba magistralmente, los resultados jurisprudenciales en la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La responsabilidad internacional del Estado y las normas de *jus cogens* forman un conjunto cuya armonización no es fácil y entonces el problema se presenta al confrontar los conceptos con la inmunidad de los estados, que luce agazapada para justificar lo injustificable. La historia registra a los Estados que con el escudo de la inmunidad han eludido y justificado sus incumplimientos seriales, muchas veces signados por la impunidad. Afortunadamente, se ha ido consolidando una victoria sobre la injusticia. Esa es la solución, porque la red de las normas es cada vez más cerrada y la regla de derecho se va imponiendo en la batalla, para fortalecer la eficacia normativa.

Esa es la lucha por las normas y el derecho que aborda Aldana Rohr, entendiendo que el desarrollo progresivo no es el refugio del derecho al que se aspira y no se elabora, sino el sendero de la moderación con efectividad que consolida una victoria efectiva para concretar las normas.

Esta obra es el resultado exitoso del trabajo, la voluntad y la creatividad al servicio de un propósito loable que implica consolidar el mundo del derecho.

Todo para que los sueños se hagan realidad.

**Juan Antonio Travieso**

## PRÓLOGO

Como docente es un honor ser convocada para escribir el prólogo de un libro. Pero en esta ocasión lo es para mí por partida doble. En primer lugar, porque tuve el placer de dirigir a Aldana en la elaboración de su trabajo de tesis de Maestría en Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que aquí se reproduce. Aldana ha sido una estudiante tenaz, que siempre se ha mostrado abierta a escuchar comentarios o críticas y ha puesto empeño en superarse para lograr un resultado de calidad, como lo es esta obra. Agradezco, entonces, la confianza que ella depositó al elegirme como su tutora. En segundo lugar, porque considero que con este trabajo Aldana contribuye al estudio de las normas de *jus cogens* de una manera analítica, práctica, ordenada y actualizada.

En efecto, luego de introducirnos en la estructura de la obra, en el capítulo segundo se analizan los conceptos de *jus cogens* y *erga omnes*, sus fundamentos y efectos, así como la manera en que estas expresiones fueron utilizadas en la jurisprudencia y la doctrina internacionales. El capítulo tercero está dedicado a la labor de codificación y desarrollo progresivo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en lo que respecta a estas normas y su vinculación con la noción de “crimen internacional del Estado”. El capítulo cuarto encara el desafío de enunciar ciertas pautas para identificar el alcance material de las normas de *jus cogens* y *erga omnes*. El capítulo quinto está dedicado a estudiar las nuevas relaciones jurídicas que se despliegan a partir de la violación de las normas objeto de estudio, es decir se las estudia desde la óptica de la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado. Los capítulos siguientes continúan con este último aspecto. Así, el capítulo sexto se dedica a analizar el carácter de *jus cogens* de una norma como limitación para la invocación de las distintas las circunstancias que excluyen la ilicitud, tal como fue codificado por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 26 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado aprobado en segunda lectura en 2001. Por su parte, el capítulo séptimo se focaliza en las consecuencias particulares que acarrea la violación de las normas imperativas, incluyendo el examen de la obligación de extraditar o juzgar. El capítulo octavo se detiene en los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional frente a la violación de estas normas, encarando la cuestión de los Estados legitimados para invocarla, sean o no particularmente lesionados. El capítulo noveno se dedica a estudiar las inmunidades del Estado, mientras que el décimo se detiene en el ejercicio de la jurisdicción en casos de violación del *jus cogens*. En un último capítulo, Aldana pone un cierre a su trabajo mediante el esbozo de conclusiones generales que recogen los aspectos salientes de toda su investigación.

Finalmente, aplaudo la decisión de Aldana de difundir su tesis tanto en forma impresa como electrónica, colmando así las expectativas de los amantes de uno u otro formato y, de este modo, poner un granito de arena en pos de aumentar las publicaciones de temas específicos de derecho internacional en idioma español.

**Silvina S. González Napolitano**

## DEDICATORIA

*A mis abuelos, Ana y Jorge, María Teresa y Esteban.*



## AGRADECIMIENTOS

Este libro es el producto de mi tesis de Maestría en Relaciones Internacionales (Facultad de Derecho, UBA). Durante ese camino, he tenido el privilegio de conocer personas maravillosas que de algún modo contribuyeron a que esta experiencia fuese tan positiva, desde lo académico y desde lo personal.

No puedo comenzar sin destacar y agradecer la generosidad y grandeza de quienes han sido, y siguen siendo, mis grandes maestros y motivadores del derecho internacional público y los derechos humanos, y a quienes respeto y admiro muy profundamente: Elsa Álvarez Rúa, Silvina González Napolitano, Mónica Pinto y Juan Antonio Travieso.

Mi gratitud al coordinador de la Maestría en Relaciones Internacionales, Emiliano Buis y al jurado de tesis, muy especialmente, por sus valoraciones, observaciones, críticas y sugerencias.

A mis compañeros de Cohorte XI, por reafirmar lo fabuloso que es ser estudiante, siempre.

A quienes considero parte de mi familia académica, María Sol de Brito, Germán Campi, Damián González Salszberg, Laina Maia, Juan Ignacio Mier, Marcos Mollar, Fernando Oltra Santa Cruz, David Pischik, Lautaro Ramírez, Jorge Ernesto Roa, Ornella Vanzillotta, Andrea Vlahusic, Oscar Edgardo Velásquez Calderón, Irving Vidal Terrazas y Nicolás Zambelli. Como no podía ser de otro modo, nuevamente y siempre, a los padres de mi —ensamblada— familia académica Elsa Álvarez Rúa y Juan Antonio Travieso, por su confianza, consejos y enseñanzas.

A todos mis colegas de cátedra, por su valioso compañerismo y por todos los proyectos en equipo.

A mis alumnos, por tomarme examen todos los días y por permitirme desarrollar esta vocación que, además de llenarme de orgullo, me hace muy feliz.

A mis amigos y familia, por compartir mis alegrías. En especial a mis hermanos, Berenice y Lautaro, por su apoyo infinito.

A Oren Almog, por acompañarme y sostenerme en todas las decisiones.

A todos ellos, mi más sincero agradecimiento.





## ABREVIATURAS

cap.; caps.	capítulo; capítulos
<i>Cfr.</i> o <i>cf.</i>	<i>conferre</i> (compárese)
comp.; comps.	compilador/a; compiladores
coord; coords.	coordinador/a; coordinadores
<i>doc. cit.</i>	en el documento citado
ed.; eds.	editor/a; editores
etc.	etcétera
<i>ibid.</i> o <i>ibíd.</i>	<i>ibidem</i> o <i>ibídem</i> (en el mismo lugar)
<i>id.</i> o <i>íd.</i>	<i>idem</i> o <i>ídem</i> (lo mismo)
N° o n.	número
ob. cit.	obra citada
<i>op. cit.</i>	opere citato (en la obra citada)
p.; pp.	página; páginas
s.; ss.	siguiente; siguientes
v.; vol.; vols.	volumen; volúmenes

### Abreviaturas organismos y órganos internacionales.

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AG	Asamblea General
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
CDH	Consejo de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CJI	Comité Jurídico Interamericano
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CtDH	Comité de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social
O.C.	Opinión consultiva
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea



## 1. INTRODUCCIÓN

En el derecho internacional, la aparición de las normas jurídicas<sup>1</sup>, destinadas a moderar la condición de “anarquía” en el sentido propio del término, fue simulada — como siempre lo había sido— por una doble necesidad: en primer lugar para permitir que estos Estados heterogéneos e iguales vivan lado a lado, para establecer orden y, en la medida de lo posible, tengan relaciones pacíficas entre ellos y, en segundo lugar, para atender a los intereses comunes que no tardaron mucho tiempo en emerger por encima de la diversidad de los Estados<sup>2</sup>.

Se trata de un sistema jurídico y en consecuencia, sus reglas y principios surten efecto en relación con otras normas y principios, debiendo interpretarse en el contexto de estos. En su condición de sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellos existen relaciones significativas. Así pues, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede requerir criterios generales o específicos en mayor o menor medida, y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores<sup>3</sup>.

La conveniencia de establecer una distinción cualitativa entre las normas que integran este sistema jurídico ha sido objeto de un importante debate y una pieza fundamental en la estructura del régimen responsabilidad internacional general, en razón de que ciertas obligaciones son debidas a la comunidad internacional en su conjunto. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados tienen un legítimo interés en su protección.

El estudio del régimen de responsabilidad internacional del Estado por violación a normas de *jus cogens* no puede hacerse en forma aislada, pues ha ido acompañado e impulsado por el desarrollo de conceptos tales como normas *erga omnes* (respecto de todos) y los intentos por codificar el concepto de crimen internacional del Estado. No obstante, sus particularidades tienen puntos de convergencia, pues postulan la preeminencia de ciertas reglas y valores de importancia particular para la comunidad internacional.

De este modo, la creciente preocupación por los intereses comunes de la comunidad internacional impacta directamente en el régimen de responsabilidad del Estado pues podría generar un sistema multilateral de orden público en una comunidad internacional descentralizada<sup>4</sup> y así desafiar alguno de los principios clásicos del derecho internacional.

---

<sup>1</sup> En este sentido, “puede decirse que una norma jurídica es una conducta debida (o prescripta) a través de una de las fuentes de derecho”; González Napolitano, Silvina, “La expresión normativa de los derechos humanos”, en *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, González Napolitano, Silvina y Pulvirenti, Orlando (coords.), Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 20.

<sup>2</sup> Weil, Prosper, “Towards relative normativity in international law?”, *AJIL*, v. 77, n. 3, (1983), pp. 413-442, en especial p. 419.

<sup>3</sup> Informe del Grupo de Estudio de la CDI, Adición, Apéndice, Proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 58º período de sesiones, (2006), A/CN.4/L.682/Add.1. Completado por Martti Koskenniemi, p. 4, parág. 1.

<sup>4</sup> Véase Travieso, Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 13-16.

Asimismo, resulta ineludible examinar las reglas referidas al requisito de la nacionalidad como presupuesto del ejercicio de la protección diplomática y su aplicabilidad en relación con la invocación de la responsabilidad internacional del Estado por violación a normas imperativas.

Las características de estas normas han introducido el debate acerca de la jurisdicción internacional obligatoria y la excepción al principio de inmunidad del Estado en casos de violación, apoyándose en su carácter inderogable y en su contenido material.

Una de las cuestiones consiste en determinar si, en la práctica, existen consecuencias especiales en supuestos de violación de normas imperativas de derecho internacional, y si, cuando los intereses de la comunidad internacional en su conjunto están en juego, cualquier Estado está legitimado para invocar la responsabilidad internacional del infractor.

Determinar cuáles son en concreto las normas de *jus cogens* y quién o qué órgano es el encargado de reconocer su existencia también ha sido objeto de discusión, en especial por la descentralización normativa propia de esta disciplina jurídica. Así, se ha planteado en numerosos ocasiones, en especial en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) durante el proceso de codificación del derecho de los tratados, y durante los debates con relación a la responsabilidad internacional del Estado que se extendieron por décadas.

Ante la dificultad de precisar el contenido material de estas normas convencionalmente —a pesar de la existencia de algunos tratados que no dejan dudas al respecto—, la interpretación de los tribunales internacionales, en el caso concreto, ha realizado grandes aportes en su consagración. Así, se destaca, la labor de los tribunales regionales de derechos humanos, que en las últimas décadas han ampliado su ámbito de aplicación material, aunque limitado a su competencia territorial.

Por normas de interés general en el régimen de responsabilidad internacional del Estado, entenderemos tanto a las normas de *jus cogens* como a las *erga omnes*, pues su cumplimiento resulta de “interés general” para todos los Estados de la comunidad internacional, alejándose de la concepción “bilateral”<sup>5</sup> del derecho internacional clásico. Ambas son normas ya que, como mencionamos, puede decirse que una norma jurídica es una conducta debida (o prescripta) a través de una de las fuentes de derecho. Las normas cumplen distintas funciones en un sistema jurídico, algunas otorgan derechos o imponen obligaciones, otras prescriben la aplicación de sanciones u otorgan competencia para aplicar sanciones; incluso hay normas que facultan para dictar otras normas<sup>6</sup>.

Como indica Simma, “la antítesis de la concepción bilateral consiste en la afirmación del interés de la comunidad en el desarrollo del derecho internacional en una dirección diferente. Una primera, y muy provisional, definición de ‘interés comunitario’ podría percibirse como un consenso según el cual el respeto de ciertos valores fundamentales no debe dejarse a la libre disposición de los Estados

---

<sup>5</sup> Véase Simma, Bruno, “From bilateralism to community interest in international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 250, (1994), Martinus Nijhoff, La Haya, pp. 217-384.

<sup>6</sup> Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires, 1984, p. 148.

individualmente o entre sí, sino que es reconocido y sancionado por el derecho internacional como un asunto de interés a todos los Estados”<sup>7</sup>.

Pierre-Marrie Dupuy hace referencia al comienzo del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas” para resaltar que esta frase colectiva buscaba inaugurar una nueva era fundada en la afirmación de la fe entre los pueblos del planeta, aspirando comprometer a los pueblos a respetar el deber de cooperación para promover y defender un bien ahora visto como indivisible: la paz internacional, objeto de la seguridad colectiva<sup>8</sup>.

En virtud de lo expuesto, el objetivo general de este trabajo es estudiar si las reglas de derecho internacional contemporáneo relativas a la violación de las normas de *jus cogens* generan consecuencias específicas frente a su violación en la teoría de la responsabilidad internacional del Estado.

---

<sup>7</sup> *Op. Cit.* en 5, p. 233 (traducción libre).

<sup>8</sup> Dupuy, Pierre-Marie, “A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility”, *EJIL*, v. 13, n. 5, (2002), pp. 1054-1081, en especial p. 1054.



## 2. EXPRESIONES DOCTRINARIAS DEL *JUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### 2.1. Normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*

En ocasiones, los juristas han intentado clasificar las normas o los derechos y deberes en el plano internacional a través del uso de términos como “fundamentales” o, con relación a los derechos como “inalienables” o “inherentes”. Estas clasificaciones no han tenido mucho éxito, pero han afectado de forma intermitente la interpretación de los tratados por los tribunales<sup>9</sup>. Con ciertos matices y cautela, la doctrina y la jurisprudencia han apoyado la idea de que ciertas normas de derecho internacional pertenecen al dominio del “*jus cogens*”.

La mayor parte de la doctrina concuerda en que una de las características del derecho internacional público es que se compone de dos tipos de normas de jerarquía diferente en razón a su poder derogatorio<sup>10</sup>: por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva —*jus dispositivum*—, las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades y generadas sobre un sistema de coordinación y, por otro lado, las normas de derecho perentorio o imperativo —*jus cogens*—, pertenecientes a un sistema que podría entenderse como de cuasi-subordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía. Estas pocas normas representan, en palabras de Carrillo Salcedo, el “mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para supervivir”<sup>11</sup>.

#### 2.1.1. Expresiones doctrinarias

Travieso, expresa que “el derecho romano dividía el derecho en el *jus dispositivum* y el *jus cogens*. El primero permitía que las partes lo dejaran de lado por la autonomía de la voluntad. El segundo, el *jus cogens*, obligaba a su observancia”<sup>12</sup>.

Como nos indican Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, “no sería tampoco posible decir que una disposición de un tratado tiene la naturaleza de imperativa por el

---

<sup>9</sup> Brownlie, Ian, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 7ª Edición, Oxford, 2008, p. 510.

<sup>10</sup> Al respecto, Gómez Robledo, señala que a tenor de la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el texto inglés emplea el mismo léxico que el texto francés, al definir la norma imperativa *as a norm from which no derogation is permitted*. Sin embargo, el texto en español no define la norma imperativa por su inderogabilidad, sino simplemente por el hecho de no admitir acuerdo en contrario. La discrepancia es tanto más notable cuanto que en español existe igualmente un numeroso grupo lingüístico agrupado en torno del verbo “derogar” y del sustantivo “derogación”. Para Miaja de la Muela, la esencia del *ius cogens* no está en la inderogabilidad de la norma, sino en la imposibilidad de que los sujetos de la norma se sustraigan en ningún caso a su aplicación. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 147, Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1073>, pp. 74-75.

<sup>11</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio *Op. Cit.* en Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 13ª Edición, Madrid, 2009, p. 45.

<sup>12</sup> Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 217 y sig.



sólo hecho de que las partes han estipulado que no es posible derogarla. Tal cláusula puede pactarse por razones de mera conveniencia. No es, entonces, la forma de una norma, sino la naturaleza particular de la materia a la que se aplica la que puede darle el carácter de *jus cogens*. Toda norma imperativa de derecho internacional es una norma general en cuanto a su proceso de creación y aplicación, pero no toda norma general es, por este sólo hecho, una norma imperativa<sup>13</sup>.

González Napolitano señala que “las normas *generales* son aquellas que vinculan a toda o a casi toda la comunidad internacional, independientemente de si los sujetos obligados participaron o no en el proceso de elaboración. En la práctica también se usan expresiones como ‘derecho internacional general’, ‘derecho internacional particular’ o ‘derecho (internacional) regional’. En cuanto a la primera expresión, no siempre se utiliza como sinónimo de normas generales, sino que algunos autores la identifican exclusivamente con las normas generales consuetudinarias”<sup>14</sup>.

Las normas dispositivas se definen como aquellas que dos o más Estados pueden, mediante acuerdo, excluir su aplicación o modificar su contenido en sus relaciones mutuas; mientras que las normas perentorias o imperativas no admiten la exclusión o modificación de su contenido e invalidan cualquier norma contraria, acarrear la nulidad de tratados, hacen inoperantes las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto, entre otras consecuencias que analizaremos a lo largo de este trabajo.

En términos generales, las normas de *jus cogens* se caracterizan porque no pueden ser modificadas por voluntad de las partes ni derogadas por acuerdo en contrario —aunque pactar su inderogabilidad en forma convencional no convierte a una norma en *jus cogens*—, pues se basan en la aceptación de “valores fundamentales y superiores dentro del sistema y que a veces se asemejan a la noción de orden público doméstico”<sup>15</sup>. Sin embargo, este tipo de normas no es el único que goza de un rango especial a causa de su aplicación universal y general, pues también existen las obligaciones *erga omnes*, que como las normas de *jus cogens* reflejan un interés jurídico especial de los Estados en su protección, legitimando a cualquier Estado invocar la responsabilidad del Estado que las vulnere.

El *Institut de droit International* ha caracterizado a las obligaciones *erga omnes* como “una obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Moncayo, Guillermo, Vinuesa Raúl y Gutierrez Posse, Hortensia. D. T., *Derecho Internacional Público*, Zavalia, 3ª Reimpresión, Buenos Aires, 1990, p. 23.

<sup>14</sup> González Napolitano, Silvina S., “Fuentes y normas del derecho internacional”, en *Lecciones de Derecho Internacional Público*, González Napolitano, Silvina S. (coord.), Errepar, Buenos Aires, 2015, pp. 82-83.

<sup>15</sup> Shaw, Malcolm N, *International Law*, Cambridge, 5ª Edición, Cambridge, 2003, p. 117. (traducción libre)

<sup>16</sup> *Institut de droit International*, “*Obligations and rights erga omnes in international law*”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), Art. 1: “For the purposes of the present articles, an obligation erga omnes is: (a) an obligation under general international law that a State owes in any given

Aunque se reconoce que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens* tienen simultáneamente el carácter *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. La interpretación del concepto de normas *erga omnes* no ha sido uniforme, siendo utilizado tanto para indicar las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con el resto de los Estados partes o para los terceros Estados, en referencia a la oponibilidad de las obligaciones dimanantes, o bien para extender la legitimación activa frente a su violaciones. Es decir, su carácter implica, para todos los Estados, tanto obligaciones como derechos, aunque mayormente se emplea la expresión “obligaciones *erga omnes*” para hacer referencia a ambos aspectos. Simma nos indica que la noción de obligaciones *erga omnes* simplemente expresa el interés legal de la comunidad internacional en el cumplimiento de estas obligaciones, sin que esto implique que los acuerdos incompatibles con estas obligaciones deban considerarse nulos en todas circunstancias<sup>17</sup>.

Travieso nos indica que “las normas de *jus cogens* se definen por su propio método de producción y por su contenido. La doctrina y la práctica internacional expuestas, verifican un método de producción suficiente para inscribir en el *jus cogens* a los derechos humanos fundamentales mediando entre ellos una relación de género a especie”<sup>18</sup>.

La principal característica distintiva entre estas normas es el carácter inderogable de las normas de *jus cogens*. Son normas de derecho consuetudinario que no pueden dejarse de lado por tratados o por aquiescencia, sino sólo por la formación de una norma consuetudinaria posterior, de efecto contrario y del mismo nivel<sup>19</sup>.

Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse ponen énfasis en que “la primer característica que presenta la regla imperativa es la necesidad de que la comunidad internacional no sólo la ‘acepte’ como ocurre con la costumbre, sino que, además la ‘reconozca’ tal como lo hacen los Estados al concluir un acuerdo internacional. En segundo lugar, la norma imperativa no podrá ser derogada por la voluntad de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, sino, simplemente, ‘modificada’, mediante otra norma que tenga idéntica naturaleza”<sup>20</sup>. Díez de Velasco destaca que “las normas dispositivas pretenden satisfacer los intereses individuales, las imperativas en cambio, pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura comunitaria y que exigen reglas

---

case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or (b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action”.

<sup>17</sup> Simma, Bruno, *Op. Cit.* en Gaja, Giorgio, “Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A tentative Analysis of Three Related Concepts”, en Weiler, Joseph, Cassese, Antonio y Spinedi, Marina (edits.), *International Crimes of States*, Walter de Gruyter, Berlin, 1989, pp. 158-159.

<sup>18</sup> Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1990, p. 124.

<sup>19</sup> *Op. Cit.* en 9, pp. 510-512.

<sup>20</sup> *Op. Cit.* en 13, p. 135.

cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento”<sup>21</sup>.

### 2.1.2. Primeras expresiones en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) puso de relieve la categoría de las obligaciones *erga omnes*, en lo que probablemente es el *obiter dictum* más famoso del derecho contemporáneo. Así, en el asunto de la *Barcelona Traction*, con el voto de 12 jueces, afirmó que: “[...] debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”<sup>22</sup>.

Como antecedente en el tema, la doctrina suele citar la opinión separada del juez Schükking en el caso *Oscar Chinn* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) donde manifestó: “[...] No es posible imaginar que la Sociedad de las Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear en esa materia un *jus cogens* [...]”<sup>23</sup>.

### 2.1.3. Codificación del concepto de *jus cogens*

Como veremos con más detalle en el próximo Capítulo, el concepto de *jus cogens* fue aceptado por la CDI, e incorporado expresamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y reiterado con idéntica redacción en la Convención de Viena de 1986<sup>24</sup>. Así también, durante los años de estudio del tópico responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se han desarrollado debates acerca de la extensión del término, su contenido material, las consecuencias de su violación, la determinación de su existencia, y demás cuestiones

---

<sup>21</sup> Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional*, Tecnos, 15ª Edición, Madrid, 2008, pp. 90-91.

<sup>22</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, (Bélgica c. España)*, CIJ, Segunda Fase, Sentencia, 05/02/1970, parág. 33.

<sup>23</sup> *Oscar Chinn* (Reino Unido c. Bélgica), CPJI, Sentencia, 12/12/1934, A/B 63, voto del juez Schükking, p. 88 (traducción libre).

<sup>24</sup> 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 internacional de Estados en su conjunto como 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”.

conexas que aún siguen siendo exploradas por los tribunales internacionales, asociaciones académicas, doctinarios, y por la CDI en sus temas de estudio más recientes.

En su cuarto informe sobre responsabilidad internacional, Crawford sostuvo que en el contexto de las normas perentorias (*jus cogens*), el énfasis está colocado en las obligaciones primarias y en su *status* inderogable o primordial. Por el contrario, el énfasis en las obligaciones debidas a la comunidad internacional (*erga omnes*) es la universalidad de las obligaciones y las personas o entidades hacia quienes son debidas, todos los Estados y todas las entidades<sup>25</sup>. En esta inteligencia, podemos reafirmar que no todas las obligaciones *erga omnes* son reaseguradas por normas imperativas de derecho internacional general, tal sería el caso del artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes<sup>26</sup> o el artículo 136 de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar<sup>27</sup>.

## 2.2. Jerarquía normativa de las fuentes del derecho internacional público.

### 2.2.1. Las fuentes del derecho internacional público

Es común que los autores distingan entre las fuentes materiales y formales del derecho internacional público. Las primeras pueden entenderse tanto las razones históricas, políticas, económicas, sociales que llevan a la adopción de una determinada norma jurídica y las segundas como los procedimientos de creación de esas normas — conocidas también como fuentes formales en sentido estricto— o, los medios para verificar la existencia, el sentido y el alcance de una concreta regla positiva de derecho, conocidas también como fuentes formales en sentido amplio. Sin embargo, Brownlie<sup>28</sup> considera que esta diferenciación no es apropiada, pues confunde al lector con los mecanismos de creación de las normas del derecho interno, mecanismos que no existen en el derecho internacional, como tampoco existe un “único productor de normas jurídicas internacionales”<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Crawford, James, *Cuarto Informe sobre Responsabilidad Internacional*, 53º período de sesiones de la CDI (2001), A/CN.4/517, parág. 49.

<sup>26</sup> Art. I: “La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad. El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estará abierto para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional, y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes. El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos a la investigación científica, y los Estados facilitarán y fomentarán la cooperación internacional en dichas investigaciones”.

<sup>27</sup> Art. 136: Patrimonio común de la humanidad: La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.

<sup>28</sup> *Op. Cit.* en 9, p. 4.

<sup>29</sup> Pinto, Mónica, *El Derecho Internacional, Vigencias y Desafíos en un Escenario Globalizado*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, México, 2008 p. 61.

El Estatuto de la CIJ<sup>30</sup>, ordena en forma sistemática las fuentes formales del derecho internacional tal como venían aplicándolas los Estados desde el nacimiento mismo de este ordenamiento jurídico. En efecto, en el artículo 38 del Estatuto se precisa que la función de la CIJ es la de decidir “conforme al derecho internacional”, frase que ha sido interpretada en sentido de que efectivamente el artículo estipula cuáles son las fuentes del derecho internacional y no solamente las que la CIJ debe tener en cuenta<sup>31</sup>. Esta misma disposición indica que para así decidir, la CIJ debe aplicar las fuentes formales en sentido estricto, pudiendo acudir a las fuentes formales en sentido amplio sólo como medios auxiliares para determinar las reglas del derecho. Es decir que la CIJ, ya sea ejerciendo su función contenciosa o bien consultiva, debe resolver conforme las reglas del derecho internacional positivo<sup>32</sup>. Con la única excepción contenida en el inciso 2º, si las partes expresamente habilitan a la CIJ a pronunciarse *ex aequo et bono*.

Los procesos válidos de creación de derecho internacional a la luz del artículo en cuestión son: tratados, costumbre y los principios generales del derecho reconocidos en los sistemas jurídicos de los Estados. Los medios auxiliares a los que se pueden acudir para avalar la afirmación sobre la existencia de una determinada regla de derecho, su sentido y alcance son las decisiones judiciales y la doctrina. El referido artículo 38 no se limita a enunciar las fuentes, sino que además describe lo que ha de entenderse por cada una de ellas, más “no agota sin embargo la enumeración de fuentes formales en el derecho internacional actual si se considera que las fuentes del derecho no se limitan a las que crean normas universales”<sup>33</sup>.

Resulta oportuno citar a Barberis, quien refirió que “el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”<sup>34</sup>.

### 2.2.2. Orden de prelación entre las fuentes del derecho internacional público

La jerarquía normativa tiene por objeto resolver los conflictos entre las normas de derecho internacional determinando qué norma prevalecerá en caso de conflicto en una situación concreta. Respecto a los potenciales conflictos que se generen frente a normas de contenido incompatible y positivadas por fuentes distintas, “la opinión comúnmente admitida es que, en línea de principio, las distintas fuentes tienen la misma fuerza jurídica y, por consiguiente, valor derogatorio recíproco”<sup>35</sup>, por lo tanto, el criterio de prelación que deberá aplicarse estará determinado por dos principios

---

<sup>30</sup> Instrumento anexo a la Carta de las Naciones Unidas y que integra ese tratado, está basado en el Estatuto Permanente de la Corte Permanente de Justicia Internacional (art. 92 Carta ONU).

<sup>31</sup> Barberis, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, 2ª Edición, Buenos Aires, 2007, p. 88.

<sup>32</sup> Gutierrez Posse, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, La Ley, 1ª Edición, 5ª reimpresión, Buenos Aires, 2009, p. 24.

<sup>33</sup> *Op. Cit.* en 31, p. 89.

<sup>34</sup> Barberis, Julio, *Formación de Derecho Internacional*, Ábaco Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1994, p. 257.

<sup>35</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 13ª Edición, Madrid, p. 162.

generales de derecho: *ius posterior derogat iuri priori* —la norma ulterior, deroga a la anterior— y *lex specialis* —la norma especial torna inaplicable a la general—.

En efecto, nada impide que un tratado derogue una norma consuetudinaria entre las partes ni que una regla consuetudinaria derogue un tratado, siempre a condición que tengan el mismo ámbito de validez material y personal, por lo que no podrá aplicarse automáticamente cuando las partes en el tratado posterior no sean idénticas a las partes en el tratado anterior.

Por su parte, y de conformidad con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando todas las partes en el tratado posterior sean también partes en el tratado anterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Esta norma es una expresión del principio *lex posterior derogat lege priori*. Ese mismo principio también se expresa en el modo en que los tratados, en términos generales, tienen prioridad sobre el derecho consuetudinario anterior.

La máxima *lex specialis derogat lege generali* es una técnica de derecho internacional generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos, que indica que cuando dos o más normas tratan una misma cuestión, deberá darse precedencia a la que sea más específica. Sin embargo, la aplicabilidad de estos principios tiene dos excepciones. Por un lado, ciertos tipos de normas generales no pueden ser derogados por la ley especial, tal es el caso de las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103). Estas han de prevalecer sobre cualquier otra obligación internacional. La segunda excepción la encontramos en las normas imperativas —*jus cogens*— que como hemos indicado, no pueden ser derogadas por una norma dispositiva, pues sólo pueden ser modificadas por otra regla jurídica posterior del mismo carácter.

### 2.2.3. Jerarquía de las normas de *jus cogens*

La cuestión relativa a la jerarquía superior de las normas de *jus cogens*, puede ser ilustrada por la opinión disidente de los jueces Rozakis y Caflisch en el caso *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, donde se sostuvo que: “Al aceptar que la norma relativa a la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, la mayoría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional, ya sea general o particular, consuetudinario o convencional, con la excepción, por supuesto, de otras normas de *jus cogens*. La característica básica de una regla de *jus cogens* es que, como fuente de derecho en un sistema jurídico internacional, ahora vertical, prevalece sobre cualquier otra norma que no tenga el mismo *status*. En caso de conflicto entre una norma de *jus cogens* y de cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera. La consecuencia de esa prevalencia es que la regla en conflicto es nula y no

tiene efectos, o, en cualquier caso, no produce efectos jurídicos que estén en contradicción con el contenido de la norma imperativa<sup>36</sup>.

Asimismo, podemos citar el caso *Prosecutor v. Furundzija* donde se afirmó que “la otra característica principal del principio que proscribe la tortura —impone a los Estados obligaciones *erga omnes*— se relaciona con la jerarquía de reglas en el orden normativo internacional. Por la importancia de los valores que protege, este principio ha evolucionado hacia una norma imperativa o de *jus cogens*, esto es una norma que tiene un rango más alto en la jerarquía internacional de derecho de los tratados e incluso las normas consuetudinarias ‘ordinarias’. La consecuencia más notable de este rango superior es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los Estados a través de tratados internacionales o de normas consuetudinarias locales o especiales o incluso generales no dotados de la misma fuerza normativa. Es evidente que la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura articula la noción de que se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional [...]”<sup>37</sup>. Aquí se destaca que la consecuencia de aceptar una norma como de *jus cogens*, es su inderogabilidad y la naturaleza de los derechos que protege.

#### 2.2.4. La Carta de las Naciones Unidas y las normas de *jus cogens*

El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece la prioridad de las obligaciones contraídas en virtud de ella con respecto a “cualquier otro convenio internacional”, y también al derecho internacional consuetudinario. Su ámbito de aplicación comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones obligatorias adoptadas por los órganos de las Naciones Unidas con facultades para ello, por ejemplo por el Consejo de Seguridad (en adelante CSNU) o la CIJ<sup>38</sup>.

Si existe conflicto entre dos normas jerárquicamente superiores, por ejemplo *jus cogens* y el artículo 103 de la Carta, su relación sólo podrá establecerse de manera contextual teniendo en cuenta, entre otras cosas, **el principio de armonización**, es decir, que, en el supuesto de un conflicto *prima facie*, deberá interpretarse que ambas normas son compatibles<sup>39</sup>.

En el caso *Al-Jedda c. Reino Unido*, el TEDH aplicó el principio de armonización, al decir que se deben tener en cuenta los fines para los que se creó la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) y que en la interpretación de sus resoluciones debe haber una presunción de que el CSNU no tiene la intención de imponer obligación alguna a los Estados miembros en contra de los principios fundamentales de los derechos humanos. En caso de ambigüedad de los términos de una resolución del Consejo de Seguridad, la Corte, debe elegir la interpretación que esté más en armonía con las exigencias de la Convención y que evite cualquier

---

<sup>36</sup> *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de fondo, 21/11/2001, Opinión disidente del Juez Rozakis y Caflisch, adherida por los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić. (traducción libre)

<sup>37</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, TPEY, Sentencia, 10/12/1998, parágs. 151-154. Citado en *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de Fondo, 21/11/2001, parág. 30. (traducción libre)

<sup>38</sup> Informe del Grupo de Estudio de la CDI, *doc. cit.* en 3, p. 15, parág. 40.

<sup>39</sup> *Ibid.*

conflicto normativo. A la luz del importante papel de las Naciones Unidas en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos, es de esperar que un lenguaje claro y explícito se emplee cuando el CSNU tenga la intención de que los Estados adopten medidas que puedan entrar en conflicto con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>40</sup>.

En relación a los efectos en caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y el artículo 103 de la Carta, la CDI determinó que: “a) La regla que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*; b) La regla que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable debido a ese conflicto”<sup>41</sup>.

Posteriormente, en el caso *Nada c. Suiza*, la Gran Sala del TEDH recordó la Sentencia de la Corte Federal de 14 de noviembre de 2007<sup>42</sup>, por cuanto señaló que en virtud del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados miembros de la ONU se comprometen a aceptar y cumplir las decisiones del CSNU de conformidad con la Carta. Además, se destacó que, a la luz del artículo 103 de la Carta, las obligaciones impuestas por ella, no solamente prevalecerán sobre el derecho interno de los Estados miembros, sino también sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, ya sea bilateral o multilateral. Esta primacía no solamente se refería a la Carta sino que también se extendía a todas las obligaciones que resultaran de una resolución vinculante del Consejo de Seguridad<sup>43</sup>. Sin embargo, la Corte Federal observó que el CSNU en sí mismo está obligado por la Carta, a actuar de conformidad con sus propósitos y principios (artículo 24.2 de la Carta), que incluye respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de conformidad con el artículo 1.3 de la Carta. Al mismo tiempo, los Estados miembros no pueden eludir estos propósitos y principios, aunque sea una decisión y/o resolución del CSNU sustancialmente incompatible con la Carta, en particular, las decisiones y/o resoluciones basadas en el capítulo VII de la misma, bajo el título “Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamiento de la Paz o Actos de Agresión”<sup>44</sup>. La Corte aceptó que la obligación de implementar **las decisiones del CSNU se vio limitada por las normas de *jus cogens***. En consecuencia, consideró que estaba obligado a determinar que el régimen de sanciones establecido por el CSNU era capaz de violar las normas imperativas del derecho internacional, como el demandante había reclamado<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> *Al-Jedda c. Reino Unido*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de fondo, 07/07/2011, parág. 102.

<sup>41</sup> Informe del Grupo de Estudio de la CDI, *doc. cit.*, p. 15, parág. 42.

<sup>42</sup> En el presente caso, ha habido un conflicto, entre las decisiones del CSNU por un lado, y por otro lado las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte Federal era de la opinión de que la aplicación uniforme de las sanciones de la ONU estaría en peligro si los tribunales de los Estados parte del Convenio Europeo o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, eran capaces de ignorar las sanciones con el fin de proteger los derechos fundamentales de ciertas personas u organizaciones.

<sup>43</sup> *Nada c. Suiza*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de fondo y satisfacción equitativa, 12/09/2012, parágs. 41-42.

<sup>44</sup> *Ibid.*, parág. 43.

<sup>45</sup> *Ibid.*, parág. 46. (énfasis agregado)



En el caso *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas*, también conocido como “la sentencia Kadi”<sup>46</sup>, el Tribunal de Primera Instancia<sup>47</sup> ratificó la legalidad de la normativa, determinando sobre todo que el artículo 103 de la Carta tuvo el efecto de situar las resoluciones del CSNU por encima de otras obligaciones internacionales (con excepción de los contemplados en el *jus cogens*), incluida las derivadas del Tratado de la Comunidad Europea. Así, llegó a la conclusión de que está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del CSNU controvertidas desde el punto de vista del *jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna<sup>48</sup>. En su opinión, las obligaciones que el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas impone a los miembros de la ONU prevalecen sobre todas las demás obligaciones internacionales a las que éstos puedan estar sometidos. El artículo 103 de la Carta permite así descartar cualquier otra disposición de derecho internacional convencional o consuetudinario para cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad, produciendo de este modo un “efecto de legitimación”<sup>49</sup>. Agregó que la propia Carta de las Naciones Unidas parte del presupuesto de la existencia de unos principios imperativos de derecho internacional, entre ellos el de protección de los derechos fundamentales de la persona. En el Preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran así resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. El capítulo primero de la Carta, titulado “Propósitos y Principios”, muestra además que uno de los Propósitos de las Naciones Unidas consiste en estimular el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>50</sup>. Estos principios obligan tanto a los miembros de las Naciones Unidas como a los órganos de esta. Así, según el artículo 24, apartado 2, de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, en el desempeño de las funciones que le impone su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, debe proceder “de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”. Los poderes sancionadores de que dispone el CSNU en el ejercicio

---

<sup>46</sup> El caso trataba de la congelación de los activos de los demandantes de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea, adoptados en relación con la aplicación de las Resoluciones del CSNU 1267 (1999), 1333 (2000) y 1390 (2002), que entre otras cosas, exige a todos los Estados miembros de la ONU, adoptar medidas para congelar los fondos y demás recursos financieros de las personas y entidades identificadas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad, como asociadas con Osama Bin Laden, Al-Qaeda o con los talibanes. En este caso, los demandantes se encontraban dentro de esa categoría y por lo tanto, sus activos habían sido congelados —una medida que para ellos constituía una violación de su derecho fundamental al respeto de la propiedad, protegido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por lo que la normativa había sido adoptada *ultra vires*—.

<sup>47</sup> Desde el 1 de diciembre de 2009 se conoce como el “Tribunal General”.

<sup>48</sup> *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea*, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda ampliada), Sentencia, 21/09/2005, parág. 226. (traducción libre)

<sup>49</sup> *Ibid.*, parág. 156. (traducción libre)

<sup>50</sup> *Ibid.*, parág. 228. (traducción libre)

de dicha responsabilidad deben utilizarse por tanto respetando el derecho internacional, y en particular los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas<sup>51</sup>.

En suma, el hipotético caso que una obligación dimanante de la Carta esté en contradicción con una norma de *jus cogens* fue razonado en el caso *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea*, en ocasión en que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dijo que el derecho internacional permite considerar que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: **tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *jus cogens***. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la comunidad<sup>52</sup>.

### 2.3. Creación de las normas de *jus cogens* y su fundamento de validez en el derecho internacional

#### 2.3.1. Fundamentos del *jus cogens*

Con anterioridad a 1945 existía una polémica doctrinal sobre si los Estados eran completamente libres al concluir tratados, o si por el contrario, su libertad estaba limitada en virtud de ciertas normas imperativas o de *jus cogens*. De modo general, los autores voluntaristas proclamaban el arbitrio soberano de los Estados, y consiguientemente, la validez de cualquier acuerdo independientemente de la licitud o ilicitud de su objeto. Por el contrario, los autores que asignaban al derecho internacional un fundamento ilícito incompatible con el *jus cogens* eran nulos<sup>53</sup>.

Desde los orígenes del derecho internacional, los fundadores de la nueva disciplina, entre los que cabe mencionar a Grocio, se refirieron a un derecho natural no derogable como la base para su propia existencia<sup>54</sup>.

En el desarrollo del positivismo también se percibía un núcleo duro de normas necesarias para el funcionamiento del derecho internacional<sup>55</sup>. En palabras de Anzilotti “todo el derecho internacional es derogable. Sin embargo, esta capacidad ilimitada para derogar y sustituir la normativa vigente presupone el consenso de todos los Estados que han participado en su formulación”<sup>56</sup>. Por su parte, Triepel basaba el derecho internacional en la voluntad colectiva de los Estados, más que en la

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, parág. 229.

<sup>52</sup> *Ibid.*, parág. 230 (énfasis agregado). Textualmente: “International law thus permits the inference that there exists one limit to the principle that resolutions of the Security Council have binding effect: namely, that they must observe the fundamental peremptory provisions of *jus cogens*. If they fail to do so, however improbable that may be, they would bind neither the Member States of the United Nations nor, in consequence, the Community.”

<sup>53</sup> *Op. Cit.* en 35, pp. 42-43.

<sup>54</sup> Véase Grocio, Hugo, *The law of war and Peace* (1625), libro 1, Cap. 1, X.5. Textualmente: “The natural law is so unmodifiable that God himself could not modify it”. (traducción libre)

<sup>55</sup> Paulus, Andreas L., “*Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation”, *Nordic Journal of International Law*, v. 74 (2005), pp. 297-334, en especial p. 300.

<sup>56</sup> Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, Cedam, Padua, 1964, p. 91.

individual<sup>57</sup>. En este mismo sentido se expresaba Oppenheim “la base de la Ley de las naciones es el común acuerdo de los Estados miembros de la familia de las naciones”<sup>58</sup>.

Verdross indicaba que existía un principio general que prohibía a los Estados celebrar tratados *contra bonos mores*. Esta prohibición, común a todos los sistemas jurídicos de las naciones civilizadas, es la consecuencia de que cada orden jurídico regula la coexistencia racional y moral de los miembros de la comunidad<sup>59</sup>. En este contexto de codificación del derecho de los tratados, proponía la siguiente regla “una norma de un tratado es nula si está en contradicción con una norma de derecho internacional general o *contra bonos mores*”<sup>60</sup>.

En conformidad con los positivistas, el consentimiento en obligarse —algo así como tácito en el caso del derecho consuetudinario o explícito en el caso de los tratados— es considerado una precondition para los efectos obligatorios de cualquier norma de derecho internacional<sup>61</sup>. Kelsen, en su famosa obra *Teoría pura del Derecho*, indicaba que “es casi imposible sostener que, según el derecho internacional válido, un Estado que no se ha obligado convencionalmente a evitar emprender la guerra por el motivo que estime suficiente contra otro Estado, no viola el derecho internacional, es decir pueda negar la validez general del principio del *bellum iustum*”<sup>62</sup>.

También, los voluntaristas se preguntan si una norma de *jus cogens* puede ir en contra de la voluntad expresada por un solo Estado, a menos que tal Estado reúna las condiciones para considerarse un objetor persistente.

En el marco de la Escuela iusnaturalista la respuesta no ofrece dificultad, pues desde el origen del derecho internacional se refirieron a un derecho natural no derogable como base de su propia existencia, de un derecho necesario respecto del cual todos los Estados están obligados a observar<sup>63</sup>. En los clásicos del derecho internacional, de Vitoria a Vattel, en la mayoría por lo menos, el derecho natural asume la función que en la actualidad corresponde al *jus cogens*, y podríamos decir, además, que lo suple con ventaja. Entre el *jus cogens*, en efecto, y el *ius naturale*, se da el estrecho parentesco de ser ambas normas superiores y en lo más alto de la escala jerárquica, y ser, ambos también, inderogables por toda convención particular en

---

<sup>57</sup> Véase Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig, 1899, pp. 27-32, en especial pp. 79-87.

<sup>58</sup> Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Longmans Green & Co., Londres, 1912, pp. 21-22.

<sup>59</sup> Verdross, Alfred, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties”, *AJIL*, v. 31, n. 4 (1937), pp. 571-577, en especial p. 572. (traducción libre)

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 577. “A treaty norm is *contra bonos mores* if a state is prevented by an international treaty from fulfilling the universally recognized tasks of a civilized state. Such tasks are: the maintenance of the public order, the defense of the state against external attacks, the care for the bodily and spiritual welfare of its citizens at home and the protection of nationals abroad”.

<sup>61</sup> *Op. Cit.* en 5, p. 29. Textualmente: “Further, in accordance with a positivist view of the law, consent to be bound — either a sort of tacit consent in the case of customary law or explicit consent in the case of treaties — is considered a precondition for the binding effect of any rule of international law”.

<sup>62</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979, p. 326.

<sup>63</sup> Entre los partidarios de esta idea Christian Wolff y Emeric Vattel declaran, por ejemplo, que las naciones no pueden alterar la ley por acuerdo entre partes.

contrario. Como nota diferencial, por otra parte, el derecho natural, en sus primeros principios por lo menos, es absolutamente inderogable, al paso que el *ius cogens*, en la versión positivista del artículo 53 de la Convención de Viena, puede ser modificado por una norma subsecuente del mismo carácter, y por esto hemos dicho que el derecho natural reemplaza con ventaja al *ius cogens* en la tradición clásica<sup>64</sup>.

Francisco de Vitoria afirma categóricamente que el derecho de gentes es derecho natural, o se deriva del derecho natural: *ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali*<sup>65</sup>. Su famoso texto vitoriano de *potestate civili*: “el derecho de gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera es una República, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes [...] En asuntos graves, por tanto, ningún Estado puede darse por no obligado por el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe”<sup>66</sup>.

Por lo tanto, si se admite la existencia de un derecho natural por encima del creado por los hombres y si se admite igualmente que este último es válido en la medida en que sus normas concuerdan con el primero, se sigue que lógicamente hay normas no susceptibles de derogación por tratados. Las normas de *jus cogens* van más allá de un límite impuesto al derecho convencional, sino a toda fuente del derecho.

En la doctrina actual del derecho internacional, algunos académicos mantienen la idea de que el derecho internacional general consiste exclusivamente en normas no imperativas, pues los Estados son siempre libres de concluir tratados que se desvían *inter partes* del derecho internacional general<sup>67</sup>. Por el contrario, defienden la tesis de que en derecho internacional general, algunas reglas que tienen el carácter de *jus cogens* existen y que todos los tratados que están en desacuerdo con tales reglas son nulos e inválidos<sup>68</sup>.

### 2.3.2. Creación de las normas de *jus cogens*

Los Estados son los legiferantes del derecho internacional a la vez que son los propios destinatarios de ese ordenamiento<sup>69</sup>. Dicha creación se produce básicamente a través de las fuentes: la norma no escrita a través de la costumbre y la norma escrita a través de tratados y convenciones, derecho particular. Las fuentes formales presentan

---

<sup>64</sup> *Op. Cit.* en 10, p. 8.

<sup>65</sup> de Vitoria, Francisco, *De Indis prior, de titulis legitimis*, 2.

<sup>66</sup> de Vitoria, Francisco, *De potestate civili*, Teófilo Urbanoz, BAC, Madrid, 1960, pp. 191-192.

<sup>67</sup> Charles Rosseau sostiene que en derecho internacional el principio del orden público es casi inexistente, y ello es consecuencia de la estructura individualista del derecho internacional. Gaetano Morelli, por su parte considera que la norma que regula la creación del derecho internacional no restringe la libertad de los Estados respecto del objeto de un Tratado. Paul Guggenheim sostenía que los tratados pueden tener cualquier objeto. Él rechaza la idea de que todos los tratados contra *bonos mores*, contra el orden público de la comunidad internacional son nulos e inválidos.

<sup>68</sup> Verdross, Alfred, “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*”, *AJIL*, v. 60, n. 1 (1966), pp. 55-63. Este principio fue reconocido después de la segunda guerra Mundial, especialmente por los autores eminentes Lord Mc Nair, Ballados, Palieri, Kelsen y G. Tunkin. Ahora también aceptado por Guggenheim.

<sup>69</sup> *Op. Cit.* en 31, p. 160.

dos modalidades del proceso de creación del derecho: una deliberada y la otra espontánea<sup>70</sup>.

Desde el desarrollo del concepto de *jus cogens* se plantearon dificultades respecto de la identificación del mecanismo por el cual las normas pueden ser creadas, desde que una vez reconocido su carácter, son inderogables, a menos que aparezca una nueva norma con el mismo carácter.

Un riguroso proceso está involucrado en la creación de normas imperativas pues se debe evitar la consagración de estas normas por presión de una minoría política o ideológica poderosa, pues implicaría apartarse de su propia definición consagrada como “**una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto**”. Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse destacan que “la referencia al concepto de ‘comunidad internacional’ nos indica que estamos en presencia de una regla necesaria para la mínima convivencia pacífica de sus miembros y que recoge valores o principios inexcusables que configuran un verdadero orden público internacional”<sup>71</sup>.

Una prueba adecuada requeriría la aceptación universal de la proposición como una norma jurídica y el reconocimiento de su carácter de norma de *jus cogens* por una abrumadora mayoría de Estados, superando las divisiones ideológicas y políticas.

Shaw considera que “está claro que sólo las reglas que se basan en la costumbre o los tratados pueden formar la base de normas de *jus cogens*, teniendo en consideración la actitud hostil de muchos Estados a aceptar los principios generales como fuente independiente de derecho internacional y la exigencia de la universalidad de la formación de las normas *jus cogens*”<sup>72</sup>.

Por su parte, Barberis destaca que el aspecto más interesante de las normas imperativas se refiere a su estructura dentro del orden jurídico internacional, y que estas no son “super-normas”, ni pertenecen a un orden jurídico de una categoría superior. Agrega que “en el origen de toda norma imperativa se encuentran siempre ciertos valores tales como la dignidad de la persona humana, el amparo de la buena fe, el respeto por la vida del prójimo, etc. Son estos valores, o mejor dicho, su reconocimiento por parte de la mayoría de la comunidad internacional, el que provoca la formación de la norma jurídica imperativa mediante costumbre” sin necesidad de concluir tratados<sup>73</sup>. En similar sentido, Barboza, sostiene que “la costumbre, resulta irremplazable en la creación de las normas universales internacionales, que los tratados no pueden producir”<sup>74</sup>.

Las costumbres universales, por la poderosa razón de que no requieren el consentimiento de todos los Estados obligados por ellas, sino la aceptación general, tienen una naturaleza diferente a las costumbres bilaterales o regionales, pues las universales son las creadas mediante un proceso cuasi-legislativo, en el que un grupo

---

<sup>70</sup> Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires, 1984, p. 148.

<sup>71</sup> *Op. Cit.* en 13, p.135.

<sup>72</sup> *Op. Cit.* en 15, p. 118.

<sup>73</sup> *Op. Cit.* en 34, p. 291.

<sup>74</sup> Barboza, Julio, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, en *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 1-14, en especial p. 1. (traducción libre)

de Estados impone una norma jurídica a los Estados que no han participado en la formación de estas costumbres<sup>75</sup>. En el sentido de que establece normas obligatorias para Estados que no han participado en su formación, a diferencia de las costumbres especiales en las que el consentimiento de los Estados es condición *sine qua non* para su obligatoriedad. Cuando se trate de una costumbre universal, que además sea de *jus cogens*, la regla del objetor persistente no es aplicable.

#### 2.4. Determinación de la existencia de las normas de *jus cogens*

La cuestión relativa a la legitimación para determinar la existencia de las normas fundamentales es central, pues, en el ámbito descentralizado del derecho internacional no hay instituciones encargadas de determinar objetivamente la legalidad internacional; de allí la relevancia del instituto del reconocimiento<sup>76</sup>.

Varios ejemplos de normas de *jus cogens* han sido citados con mayor frecuencia, particularmente durante las discusiones sobre el tema en el seno de la CDI como “las que prohíben la agresión, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados, y el derecho a la libre determinación”<sup>77</sup>. A pesar de que no hay un *numerus clausus*, algunas de ellas son incuestionables, y la Carta de la ONU respecto de la prohibición del uso de la fuerza y otras prohibiciones vinculadas a la protección de derechos humanos son prueba irrefutable de ello.

Las decisiones judiciales de distintos tribunales internacionales se han encargado de ampliar el contenido material de las normas de *jus cogens*, siendo su extensión de desarrollo progresivo<sup>78</sup>. No obstante, cabe precisar que los pronunciamientos de los tribunales regionales deben entenderse dentro de los límites jurisdiccionales determinados convencionalmente, sino que puedan considerarse, en todos los casos, generales.

Tal como indica Pinto “en el caso de *jus cogens*, la tarea ha quedado en manos de los órganos judiciales. De algún modo, esto es lo que debe ser a la luz del panorama de los modos de creación del derecho internacional que señala entre las fuentes secundarias a la jurisprudencia internacional como modo auxiliar para la

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>76</sup> Pinto, Mónica, “El *jus cogens* en la jurisprudencia internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires Departamento de Publicaciones, Derecho Internacional Público*, (2012), pp. 3-22, en especial pp. 3-4.

<sup>77</sup> Informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 58° período de sesiones, (2006), A/61/10, pp. 441-465, en especial p. 462, parág. 33.

<sup>78</sup> Véase Tunkin, G., *Theory of international law*, Harvard, 1974, p. 154. Las normas imperativas o de *jus cogens* constituyen actualmente “la piedra angular del desarrollo progresivo del Derecho internacional contemporáneo”. Aquí no hay que confundir el desarrollo progresivo que implica su ampliación material, con su incorporación al derecho internacional. En este sentido ver Zlata Drnas de Clément, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>.

determinación de las reglas de derecho, en obvia referencia a costumbre y principios generales de derecho”<sup>79</sup>.

Al respecto, Barboza nos enseña: “aquel poder legislativo que pensamos existe en la comunidad internacional es un poder difuso, como corresponde a su calidad descentralizada, que no se manifiesta con facilidad y abiertamente. Acaso aquí radique la dificultad para establecer en forma precisa el momento del nacimiento de la regla consuetudinaria: no hay una consagración oficial de ese nacimiento debido a la ausencia de voceros oficiales que certifiquen que ciertas prácticas interestatales son ya costumbres jurídicas y por ende obligatorias. A falta de eso, no hay sino que conformarse con los voceros ‘oficiosos’, como la Corte, o a veces la misma Asamblea General, u otros, que no tienen la facultad oficial de legislar, pero que al menos pueden declarar de manera convincente la toma de conciencia de la comunidad internacional en el sentido de que una práctica cualquiera se ha tornado norma obligatoria”<sup>80</sup>.

El estudio de las expresiones de los voceros “oficiosos” es precisamente lo que haremos a lo largo del presente trabajo, en la búsqueda de *crisálida a la mariposa*<sup>81</sup>.

## 2.5. Conclusiones

En términos generales, las normas de *jus cogens* se caracterizan porque no pueden ser modificadas por voluntad de las partes ni derogadas por acuerdo en contrario —aunque pactar su inderogabilidad en forma convencional no convierte a una norma en *jus cogens*—. No obstante, este tipo de normas no es el único que goza de un rango especial a causa de su aplicación universal y general, pues también existen las obligaciones *erga omnes*, que, como las normas de *jus cogens*, reflejan un interés jurídico especial de los Estados en su protección, legitimando a cualquier Estado invocar la responsabilidad del Estado que las vulnera.

Aunque se reconoce que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens* tienen simultáneamente el carácter *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. La interpretación del concepto de normas *erga omnes* no ha sido uniforme, siendo utilizado tanto para indicar las obligaciones que un tratado multilateral impone a un Estado para con el resto de los Estados partes o para los terceros Estados, en referencia a la oponibilidad de las obligaciones dimanantes, o bien para extender la legitimación activa frente a su violaciones. Es decir, su carácter implica, para todos los Estados, tanto obligaciones como derechos.

En relación a la determinación del orden de prelación normativo entre las normas de derecho internacional de contenido incompatible y positivadas por fuentes distintas, se considera que ambas gozan de la misma jerarquía, por lo tanto la

---

<sup>79</sup> *Op. Cit.* en 76, pp. 3-4.

<sup>80</sup> Barboza, Julio, “Introducción”, *Temas recientes de la CDI*, CARI, Instituto de Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007, p. 14.

<sup>81</sup> Como nos indica Barboza, si una norma cualquiera llega al grado de aceptación general que requiere la costumbre universal, cambia de naturaleza y se transforma en una de ellas, pasando para decirlo en forma poética, de crisálida a mariposa. Deja por ello de ser un tratado tácito y es obligatoria incluso para los Estados que no han participado en su formación.

preeminencia de una sobre otras estará determinada por dos principios generales de derecho: *ius posterior derogat iuri priori* —la norma ulterior, deroga a la anterior— y *lex specialis* —la norma especial torna inaplicable a la general—.

Sin embargo, la aplicabilidad de estos principios tiene dos excepciones. Por un lado, ciertos tipos de normas generales no pueden ser derogados por la ley especial, tal es el caso de las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103). Estas han de prevalecer sobre cualquier otra obligación internacional. La segunda excepción la encontramos en las normas imperativas —*jus cogens*— que como hemos indicado, no pueden ser derogadas por una norma dispositiva, pues sólo pueden ser modificadas por otra regla jurídica posterior del mismo carácter. Si existe conflicto entre dos normas jerárquicamente superiores, por ejemplo *jus cogens* y el artículo 103 de la Carta, su relación sólo podrá establecerse de manera contextual teniendo en cuenta, entre otras cosas, **el principio de armonización**.

En caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y el artículo 103 de la Carta, la CDI determinó que la regla que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto* y la regla que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable debido a ese conflicto. En caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y normas derivadas de la Carta, como las resoluciones del Consejo de Seguridad, dictadas en el marco del Capítulo VII, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la comunidad.





### 3. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

La primera labor a realizar para codificar el derecho consuetudinario consiste en expresar el contenido de las normas de costumbre en proposiciones lingüísticas. Barberis nos indica que no se trata de un derecho escrito, aunque tampoco se encuentra expresado en lenguaje oral. En consecuencia, la codificación del derecho consuetudinario no consiste sólo en volcar a un lenguaje natural las normas de costumbre sino que también comprende su sistematización.

Una vez codificado el derecho consuetudinario, generalmente se advierte que existen lagunas, pues hay hipótesis que no se han presentado en la práctica, o que han ocurrido en muy pocas oportunidades, y por consiguiente, no han dado origen a ninguna costumbre, o que se han presentado, pero la práctica internacional es ambigua y no se puede deducir de ella ninguna norma consuetudinaria. En estos casos, se intenta completar el derecho consuetudinario regulando las hipótesis no previstas y optando por una solución determinada en aquellas otras en que la práctica internacional es ambigua o contradictoria. Esta labor es conocida generalmente como desarrollo progresivo y aparece mencionada en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 13) dentro de las funciones y poderes de la Asamblea General (en adelante AGNU), al indicar que este órgano “[...] promoverá estudios y hará recomendaciones para [...] impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”. En esta importante tarea la AGNU es asistida por un órgano subsidiario —al que ya hemos hecho mención— la “Comisión de Derecho Internacional”<sup>82</sup>, destinado a preparar los proyectos de codificación que luego se discutirán en el seno de las Conferencias; aunque, a veces, la complejidad de la materia o la oportunidad política llevan a la AGNU a utilizar otras técnicas, incluso la creación de una Comisión *ad hoc* y la convocatoria de una Conferencia internacional específica<sup>83</sup>.

El estatuto de la CDI establece, en su artículo 15, que la expresión *codificación del derecho internacional* es usada por conveniencia, para expresar la formulación y sistematización más precisa de reglas de este derecho en aquellas áreas en donde existe una profusa práctica de los Estados, además de precedentes y doctrina. Por su parte, la expresión *desarrollo progresivo* implica la preparación de anteproyectos de convenciones en materias aún no reguladas por el derecho internacional o en las que no hay suficiente desarrollo del derecho a través de la práctica de los Estados.

---

<sup>82</sup> La CDI es un órgano técnico codificador que, bajo la autoridad y el control de la AGNU y en particular de su Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos), se dedica a la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Fue creada por Res. AGNU 174 (II), 21/11/1947. El art. 16 del Estatuto reserva la iniciativa del “desarrollo progresivo” a la AGNU, mientras que el art. 18 atribuye la de la codificación a la misma CDI, entendiéndose que la tarea de “desarrollo progresivo” atendería más a factores políticos y la de “codificación” a factores científicos y técnicos. Pero lo cierto es que tal distinción fue imposible de mantenerse en la práctica y la CDI terminó elaborando un procedimiento único de trabajo pues todos los procesos codificadores contienen —si bien en dosis diferentes— elementos de codificación y de desarrollo progresivo. Para más información se recomienda visitar <http://www.un.org/law/ilc/>

<sup>83</sup> Como ha sucedido con la revisión del Derecho del Mar operada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982).

Es decir, los términos “codificación” y “desarrollo progresivo” no solo deben entenderse como la transcripción de la costumbre en derecho escrito, sino también como la elaboración por ciertos órganos de las Naciones Unidas —o por otros cuerpos negociadores de tratados multilaterales— que son transformados por el mecanismo de la “nueva costumbre” en normas consuetudinarias universales<sup>84</sup>.

### 3.1. Codificación de las normas de *jus cogens*

La codificación del derecho de los tratados fue el primer proyecto de codificación en percibir la dimensión multilateral de una obligación general como un límite a la libertad de contratación bilateral. En el seno de la CDI se suscitaban diversos debates en torno a la conveniencia de la inclusión de la referencia a las normas de *jus cogens* en el Proyecto que llevó a la positivización del concepto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, debate que también estuvo presente en el contexto del estudio de la responsabilidad internacional del Estado por violación a los hechos ilícitos. Resulta relevante mencionar el proceso de codificación de los “principios de Núremberg”<sup>85</sup>, que derivaron en la elaboración del Proyecto de Principios y Delitos, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad<sup>86</sup> y que sin dudas colaboraron en el establecimiento de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), cuya competencia material está determinada por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general.

Sin embargo, la CDI también ha abordado otros temas que en mayor o menor medida se vinculan tangencialmente con las normas de *jus cogens* a los que nos referiremos más adelante.

### 3.2. *Jus cogens* y el derecho de los tratados en la Comisión de Derecho Internacional

#### 3.2.1. Codificación del concepto

La CDI intentó codificar el concepto de normas de *jus cogens* en el texto del anterior artículo 37, de contenido similar al actual 53 de la Convención de Viena sobre

---

<sup>84</sup> *Op. Cit.* en 80, p. 15.

<sup>85</sup> Res. AGNU 177 (II), 21/11/1947.

<sup>86</sup> Res. AGNU 36/106, 10/12/1981. 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 48° 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*. Véase Zlata Drnas de Clément, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina). Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

el Derecho de los Tratados, que rezaba así: “Un tratado es nulo si esta en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, desde que no admite acuerdo en contrario y la cual solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Este artículo generó una división en las opiniones, entre quienes cuestionaron la existencia de este tipo de normas y quienes reconocían su existencia, colocando el orden público internacional como una restricción de la libertad absoluta de contratar en nombre de los intereses de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Verdross intentó probar que también en el derecho internacional general existían reglas que tenían el carácter de *jus cogens*. Sin embargo, señaló que el poder de los Estados en concluir tratados internacionales era en principio ilimitado y el problema entonces surgiría si en el derecho internacional general hubiese excepciones a este principio.

En palabras de Pierre-Marie Dupuy “fue aquí donde el concepto de norma imperativa de derecho internacional nació”<sup>87</sup>. No obstante, la cuestión de saber si en el orden jurídico internacional existen normas que los Estados no pueden eludir ni derogar mediante un tratado ya había sido objeto de reflexión por parte de los fundadores del derecho de gentes<sup>88</sup>, como nos hemos referido previamente.

Durante los debates en el seno de la CDI se presentaron ciertas dificultades para indicar algún criterio para distinguir normas de *jus cogens* de otras reglas de derecho internacional general. Algunos miembros sugirieron que se debían ilustrar algunos ejemplos para indicar las dimensiones de estas normas. Por ejemplo, un tratado que permita el uso ilegal de la fuerza contrario a los principios de la Carta de la ONU, un tratado que contemple un acto criminal para el derecho internacional, un tratado que contemple la trata de esclavos, piratería o genocidio, actos respecto de los cuales todos los Estados están llamados a cooperar en su eliminación y castigo. Por el contrario, otros miembros consideraron que la incorporación de ejemplos limitaría la aplicación del artículo<sup>89</sup>. Otros, hicieron un esfuerzo por encontrar un criterio por el cual las reglas de *jus cogens* pueden ser reconocidas<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> *Op. Cit.* en 8, p. 1053.

<sup>88</sup> *Op. Cit.* en 34, p. 289.

<sup>89</sup> Comentarios al Art. 37, parág. 1) y 3) del Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados 1966, Anuario de la CDI, 1966, v. I, parte II, p. 309.

<sup>90</sup> Entre ellos podemos destacar la opinión de Ago, Amado, Castren y Tsimoka en el sentido de que “las reglas de *jus cogens* son tales como existen en el interior de la comunidad internacional en su conjunto”. Por su parte, Yasen consideró que “el carácter *jus cogens* de una regla estaba dado por su necesidad para la vida internacional y profundamente enraizada en la conciencia internacional”. De acuerdo con Paul las reglas de *jus cogens* son aquellas que constituyen “el orden público internacional”. Lachs subrayó la idea de que tales reglas existen en “el interés de la comunidad internacional en su conjunto”. Tunkin agregó que “algunas relaciones internacionales se han convertido en un interés para todos”. Baxter y De Luna sostuvieron que “las reglas de *jus cogens* constituyen el mínimo de reglas de conducta necesaria para mantener ordenadamente las relaciones internacionales posibles”. Rosenne sostuvo que el concepto de *jus cogens* expresaba “necesidades sociales más elevadas”.

Uno de los planteos en este sentido fue introducido por la delegación francesa en ocasión de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>91</sup>. En ese contexto se debatía si era posible afirmar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto era la única competente para decidir el carácter imperativo de algunos compromisos existentes o si estábamos en presencia de un elemento no-consensual de creación del derecho internacional, teniendo en cuenta que la elaboración de las normas fundamentales por una mayoría abrumadora de Estados tendría carácter vinculante incluso para los Estados que se oponían, y además tendría la categoría superior de las normas de *jus cogens*<sup>92</sup>.

En inverso sentido, la propia CDI en el comentario al Proyecto del anterior artículo 50<sup>93</sup> sobre el derecho de los Tratados, sostuvo que: “La posición de que no existen reglas de derecho internacional respecto de las cuales los Estados no pueden desobligarse es cada vez más difícil de mantener, aunque algunos juristas niegan la existencia de normas de *jus cogens* en el derecho internacional, ya que en su opinión, incluso las reglas más generales aún están lejos de ser universales”<sup>94</sup>. A pesar de ser consciente de las discrepancias existentes, la CDI insistió que el punto de partida en el proceso de codificación del derecho de los tratados debía contemplar que hay ciertas normas respecto de las cuales los Estados no tienen poder derogatorio en absoluto y que sólo pueden modificarse por otra norma del mismo carácter.

El tercer Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sir Fitzmaurice, se ocupó de esta cuestión sobre la base de una condición implícita de “compatibilidad continua con el derecho internacional”<sup>95</sup> y señaló lo siguiente: “toda obligación convencional cuya observancia es incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga el carácter de *jus cogens* justificará (y requerirá) el incumplimiento de cualquier obligación convencional que suponga tal incompatibilidad [...] Es de aplicación el mismo principio cuando, con posterioridad a la conclusión del tratado, surgen circunstancias que hacen intervenir una regla vigente de derecho internacional que no era pertinente en la situación que existía al tiempo de la conclusión del tratado”<sup>96</sup>.

A pesar de la divergencia de opiniones, el artículo fue aceptado por unanimidad, pues resultaba difícil sostener la derogabilidad de la totalidad de las normas existentes. Sin perjuicio de ello, el cuarto Relator Especial Sir. Waldock se

---

<sup>91</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Tratados, Registros Oficiales, Segunda Sesión, 9 abril-22 mayo 1969, Resumen de Registros, (A/CONF.39/11/Add.1), p. 94, parág. 11.

<sup>92</sup> *Op. Cit.* en 55, p. 308.

<sup>93</sup> Art.50 “Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

<sup>94</sup> Comentarios al Art. 50 del Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados 1966, Anuario de la CDI, 1966, Vol. II, p. 247-184, parág. 1.

<sup>95</sup> Fitzmaurice, Gerald, *Cuarto informe sobre el derecho de los tratados*, Doc. A/CN.4/120. A/CN.4/SER.A/1959/Add.1 Véase comentario al proyecto de Art. 21 sobre Condiciones implícitas en toda clase de tratados: compatibilidad continua con el derecho internacional, Anuario de la CDI, 1959, v. II, pp. 50-51, parágs. 1-4.

<sup>96</sup> *Ibid.*

opuso a la idea de identificar las reglas de *jus cogens* con los principios de la Carta, por considerar que no todas las normas contenidas en ella tenían carácter imperativo.

Finalmente, la CDI decidió no incluir ejemplos por dos razones: en principio su aplicación podría desvirtuarse o limitarse en otros posibles casos no mencionados, y además implicaría un análisis exhaustivo de las normas de *jus cogens* existente que excedía los propósitos de la materia en estudio.

La codificación del concepto de normas imperativas de derecho internacional concluyó con su expresión en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Años más tarde, y con diferente ámbito de aplicación, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986) reprodujo la idéntica definición en el homónimo artículo 53.

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

Shaw<sup>97</sup> señala que un enfoque de dos etapas está involucrado en este artículo: en primer lugar, el establecimiento de la proposición como una regla de derecho internacional general y, en segundo lugar, la aceptación de esa norma como una norma imperativa de la comunidad de Estados en su conjunto. En una visión crítica, Simma sostiene que “para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional, la definición formalista de *jus cogens* contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena crea más problemas de los que resuelve”<sup>98</sup>.

Sin embargo, Pastor Ridruejo entiende que “lamentablemente, en la Conferencia de Viena que elaboró y adoptó la Convención, no fue posible llegar a un acuerdo sobre una definición sustantiva o material del *jus cogens*; es decir sobre los criterios que permitirían determinar de manera indiscutida cuando se estaría en presencia de una norma de tal naturaleza. Pero de la definición convencional transcrita se deduce nítidamente que la identificación de una norma de *jus cogens* no requiere necesariamente su aceptación como tal por todos los Estados de la comunidad internacional; basta el reconocimiento por el conjunto de ellos. Se puede argumentar por consiguiente que en este campo no es operativa la idea del objeto persistente”<sup>99</sup>.

### 3.2.2. Efectos del *jus cogens* en los tratados

Por su parte, el artículo 64 dispone que: “*Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”. Al respecto, cabe agregar que “estas reglas también se aplicarán en

---

<sup>97</sup> *Op. Cit.* en 15, p. 118.

<sup>98</sup> *Op. Cit.* en 5, p. 290.

<sup>99</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 12, 2011, pp. 267-286, en especial p. 275.

el contexto de las normas consuetudinarias de modo que no se admiten excepciones a dichas normas a través de las costumbres locales o especiales<sup>100</sup>. Hay una relación directa entre los artículos 53 y 64, el primero se refiere a la situación de una norma imperativa existente, y el siguiente a la aparición de una norma nueva imperativa de derecho internacional general.

En la situación contemplada en el artículo 64, la norma imperativa no existía previamente (aunque puede haber modificado una norma anterior previa de *jus cogens*), se trata del *jus cogens superveniens*. El tratado existente era inicialmente válido. En el caso de conflicto entre una nueva norma imperativa y el tratado, el tratado entero o en parte se convierte en nulo y termina. La nueva norma imperativa prohíbe la continuación de la existencia y cumplimiento del tratado. Las partes estarán exoneradas *ex nunc* de cualquier obligación de cumplir con el tratado en adelante, mientras que los derechos, obligaciones o situaciones que hayan nacido previamente se mantendrán<sup>101</sup>, pues de la redacción del artículo 64 se colige la irretroactividad de las normas imperativas reflejando un aspecto del derecho intertemporal. Así, no solo complementa al artículo 53, sino al 28.

Es decir, como señala González Napolitano, “una norma imperativa no admite acuerdo en contrario, ni *pasado* ni *futuro*. Por ejemplo, si aceptamos que la prohibición de la esclavitud y la piratería son normas imperativas, a partir del momento en que ello ocurra (es decir que se reconozca el carácter imperativo) no pueden seguir en vigencia acuerdos celebrados en el pasado sobre compraventa de esclavos o establecimiento de patentes de corso, así como tampoco pueden aceptarse como válidos futuros tratados con dicho objeto”<sup>102</sup>.

En el comentario al Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la CDI consideró que las normas de *jus cogens* tienen un carácter tan fundamental que, cuando las partes concluyen un tratado que cualquiera de sus cláusulas está en conflicto con una regla ya existente de *jus cogens*, debe ser considerado totalmente nulo. En tal caso, es discrecional a las propias partes revisar el tratado a fin de armonizarlo con la ley, y si no lo hacen, acarreará la sanción de nulidad de toda la transacción<sup>103</sup>.

Un dato no menor, es que uno de los cinco miembros permanentes del CSNU no ha siquiera firmado la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados — Francia—, Estados Unidos<sup>104</sup> firmó pero no ratificó y los otros han formulado reservas sobre las disposiciones vinculadas a las normas de *jus cogens*<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> *Op. Cit.* en 15, p. 117.

<sup>101</sup> Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, Londres, 2009, pp. 792-795.

<sup>102</sup> *Op. Cit.* en 14, p. 85.

<sup>103</sup> Comentarios al Art. 41 del Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados 1966, Anuario de la CDI, 1966, Vol. II, 1, p. 239, parág. 8.

<sup>104</sup> En la sección de preguntas frecuentes del Departamento de Estado de los Estados Unidos ¿Los Estados Unidos son parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados? No, los Estados Unidos firmaron el tratado el de abril de 1970. El Senado de los Estados Unidos no ha aconsejado y manifestado su consentimiento al tratado. Los Estados Unidos consideran que muchas de las provisiones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados constituyen costumbre

De una comparación entre el artículo 70 —consecuencias de la terminación de un tratado— y el 71 —consecuencias de la nulidad de un tratado que este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general—, surge que en este último caso, la terminación del tratado es obligatoria, es decir las partes no son libres de convenir otra cosa, ello por el carácter de la norma *jus cogens*.

Como cualquier causal de nulidad, la parte que busque impugnar la validez de un tratado debe notificarlo. Cuando no sea posible arribar a ninguna solución en los términos del artículo 65 serán de aplicación los procedimientos obligatorios indicados en el artículo 66 y su anexo. El artículo 66 se explica por sí mismo y no parece dar lugar a dificultades de interpretación. Este indica que si una controversia no puede ser resuelta dentro de los 12 meses por los medios enunciados en el artículo 33 de la Carta de la ONU, se seguirán procedimientos adicionales. Si, el desacuerdo versa sobre nuestro objeto de estudio en los términos del artículo 53 o 64, cualquiera de las partes podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la CIJ, a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia a arbitraje<sup>106</sup>.

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1986 también le otorga competencia a la CIJ, pero en su función consultiva, pues recordemos que el ámbito de aplicación de la Convención se restringe a los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y organizaciones internacionales entre sí y la CIJ solo tiene competencia contenciosa para dirimir controversias entre Estados. Sin embargo, menester es destacar que en este supuesto la opinión consultiva que se emita será aceptada como decisiva por todas las partes en la controversia de que se trate<sup>107</sup>.

Más allá de los efectos en la celebración de tratados, hay otras consecuencias que dimanen de las violaciones de normas imperativas de derecho internacional general y de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto, tema que fue abordado por la CDI al abocarse al estudio de la responsabilidad internacional del Estado, que analizaremos seguidamente.

### **3.3. Responsabilidad internacional del Estado y normas de *jus cogens* en la Comisión de Derecho Internacional**

En su primer período de sesiones, en 1949, la CDI eligió la responsabilidad de los Estados entre los temas que, a su juicio, eran idóneos para codificación. A través de la resolución 799 (VIII) de la AGNU de 7 de diciembre de 1953, se le solicitaba a la Comisión que procediera, tan pronto como lo considerara oportuno, a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados.

---

internacional sobre el derecho de los tratados. (traducción libre) Disponible en FAQ Us Department of State <http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>.

<sup>105</sup>Veáse

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec). Última visita 30/01/2015.

<sup>106</sup> *Op. Cit.* en 101, pp. 792-5.

<sup>107</sup> Véase Art. 66 inc. 2 e) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.



En respuesta a ello, en su séptimo período de sesiones, en 1955, decidió iniciar el estudio.

### 3.3.1. El Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

El cumplimiento de las normas de *jus cogens* no aparecía en el Proyecto de artículos de responsabilidad internacional sobre hechos ilícitos (en adelante el Proyecto de la CDI) hasta dos años antes de su adopción. La causa principal de su exclusión se relacionaba con la preocupación de algunos Estados que consideraban el concepto “radicalmente indeterminado”, tal como hacía referencia Crawford ante la ausencia de ejemplos prácticos en casos jurisprudenciales donde se reconociera a las normas de *jus cogens* como normas superiores inderogables, en el ámbito del derecho de los tratados o más importante aún, en asuntos de responsabilidad internacional del Estado. Estas incertidumbres se relacionaban con la formación, el reconocimiento y la aceptación de tales normas como imperativas por los Estados, pero por sobre todo con su contenido. Sin embargo, ya había aparecido el concepto de “crimen internacional”, que puede considerarse el antecedente inmediato a la incorporación de las violaciones a las normas imperativas al Proyecto de artículos sobre la materia.

La relación entre normas de *jus cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales no ha sido uniforme. Sin embargo, actualmente podría entenderse que la mayoría de los crímenes internacionales comportan violaciones a normas de *jus cogens*, y en consecuencia *erga omnes*, aunque como ya se ha especificado, no a la inversa<sup>108</sup>. Pellet indicaba que sería más fácil y más conveniente definir un crimen internacional como una violación de una norma de *jus cogens*, lo cual no implicaría cambiar la definición existente ya que un crimen seguiría siendo un hecho internacionalmente ilícito; la violación seguiría siendo de una obligación esencial para con la comunidad internacional en su conjunto y el elemento subjetivo todavía estaría presente ya que, según la propia definición de *jus cogens*, una norma imperativa del derecho internacional debe ser reconocida como tal por la comunidad internacional de Estados en su conjunto<sup>109</sup>.

Pellet consideraba que sería un gran avance en el ámbito de la responsabilidad de importancia equivalente a la inclusión del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y agregaba, utilizando la metáfora de Brownlie que era cierto que el vehículo de *jus cogens* rara vez, o nunca, había salido del garaje del artículo 53<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Véase Sabia de Barberis, Norma Gladys, (coord.), *La distinción entre “delitos” y “crímenes” internacionales de los Estados en la labor de la CDI*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1999.

<sup>109</sup> Pellet, Alan, “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *EJIL*, v. 10 n. 2 (1999), pp. 425-434, en especial pp. 428-9.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 428.

### 3.3.2. El concepto de crimen internacional del Estado

El concepto de crímenes internacionales se incorporó en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado en 1976, cuando el Proyecto de artículo 19 fue aprobado provisionalmente<sup>111</sup>. La distinción entre dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos tuvo su origen en una propuesta del Relator Especial García Amador<sup>112</sup> en 1956 para distinguir los hechos “simplemente negligentes” de los hechos “punibles”<sup>113</sup> —el experto proponía distinguir entre “*merely wrongful*” y “*punishable*” acts<sup>114</sup>—. Sin embargo el concepto ya se había asomado en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1946, en su célebre frase “los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y únicamente pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional castigando a quienes cometen estos crímenes”<sup>115</sup>. No obstante, en este pasaje se hacía referencia a la responsabilidad penal individual, y el tema bajo estudio era la responsabilidad internacional del Estado<sup>116</sup>.

Entre 1967 y 1973 el Relator Especial Ago se dedicó a la preparación del Proyecto de artículos sobre el tema, lo que se vio reflejado en la adopción en primera lectura del principio general en materia de responsabilidad internacional enunciado en el artículo 1: “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”.

En 1976, la CDI pasó a examinar la parte del Proyecto de artículos, donde el Relator Especial abogaba por la distinción entre las categorías de actos ilícitos en atención a la importancia de la obligación violada para la comunidad internacional.

---

<sup>111</sup> En efecto, el artículo 19 de la Primera parte del Proyecto de la CDI (incorporado en 1976) aprobado en primera lectura en 1996 (provisionalmente en 1980), titulado “Crímenes y delitos internacionales”, establecía esta distinción, indicando en su inciso 2 que “(e)l 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”. Ver González Napolitano, Silvina S., “Delitos y crímenes internacionales del Estado: ¿el fin de una distinción?”, *Revista Núcleo*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, n. 10 (2001), pp. 4-9.

<sup>112</sup> La Comisión, en su séptimo período de sesiones, en 1955, decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró al Sr. F. V. García Amador Relator Especial del tema. En los seis períodos de sesiones siguientes de la Comisión, de 1956 a 1961, el Relator Especial presentó seis informes sucesivos que trataban en conjunto de la cuestión de la responsabilidad por daños a las personas o los bienes de los extranjeros. En 1962, la CDI creó una subcomisión encargada de preparar un informe preliminar con sugerencias sobre el ámbito y enfoque del futuro estudio.

<sup>113</sup> Crawford, James, “International Crimes of States” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 405-414, en especial p. 405.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>115</sup> Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra, Sentencia del 1º de octubre de 1946, reproducida en *AJIL*, v. 41 (1947), p. 172, en parág. 22.

<sup>116</sup> Esta línea de pensamiento quedó finalmente plasmada en el art. 58 del Artículo del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Responsabilidad individual. 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 de un Estado.

Esta diferenciación tenía sus orígenes en una propuesta formulada por el primer Relator Especial sobre el tema, García Amador en 1956. Finalmente, decidió en 1976 incluir un artículo que distinguía entre los hechos internacionalmente ilícitos normales, en palabras de Pellet “lo que llama por desgracia delitos y excepcionalmente infracciones graves del derecho internacional, que denominó, tal vez menos lamentablemente crímenes internacionales”<sup>117</sup>.

El Relator Especial Ago<sup>118</sup> proponía la multilateralización referida a través de la inclusión del “crimen de Estado”, que fuera receptado en el artículo 19 de su Proyecto, conceptualizando, de esta manera las obligaciones que son esenciales para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que forman parte de la normativa y los arreglos institucionales originalmente establecidos, con miras al objetivo pragmático de mantenimiento de la paz<sup>119</sup>.

Cassese<sup>120</sup> advierte que para Ago existía una noción general de obligaciones que protegen los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Estas obligaciones eran multifacéticas, pudiendo ser analizadas desde varios ángulos. Desde el punto de vista de su fuerza normativa, pueden ser caracterizadas por “obligaciones derivadas del *jus cogens*”, desde el punto de vista de la reacción pueden ser consideradas “crímenes internacionales” dando lugar a lo que podría ser una respuesta pública y colectiva.

Ago indicaba que sería difícil creer que la evolución de la conciencia jurídica de los Estados con respecto a la idea de la inadmisibilidad de las excepciones a ciertas reglas no se había visto acompañada por una evolución paralela en el ámbito de la responsabilidad del Estado<sup>121</sup>.

El debatido artículo 19 de la CDI, se expresaba así:

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

*2. 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. Un crimen internacional puede resultar:*

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

---

<sup>117</sup> *Op. Cit.* en 109, p. 425.

<sup>118</sup> En su 15° período de sesiones, en 1963, la Comisión, tras haber aprobado por unanimidad el informe de la Subcomisión, nombró al Sr. Roberto Ago Relator Especial del tema. La Comisión, de su 21° (1969) a su 31° (1979) período de sesiones, recibió ocho informes del Relator Especial.

<sup>119</sup> *Op. Cit.* en 8, p. 1066.

<sup>120</sup> Cassese, Antonio, “The Character of the Violated Obligation” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 416.

<sup>121</sup> Ago, Roberto, *Quinto Informe sobre Responsabilidad Internacional*, Anuario de la CDI, 1976, v. II(1), A/CN.4/291 y Add.1 & 2 y Corr.1., parág. 99.

*b) de la 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 el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;*

*c) de la violación grave y en gran escala 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 la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como la que prohíbe la contaminación masiva de la atmósfera o mares,*

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

A pesar de haberse adoptado el artículo 19 en forma provisional en 1976 y por unanimidad, no existía un consenso absoluto sobre las consecuencias de la distinción entre las categorías de los hechos ilícitos. Las consecuencias sustantivas de la distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales no se debatieron por muchos años.

### **3.3.3. La inclusión del crimen internacional del Estado**

Durante las sesiones de la CDI de 1996 se expresó aquello que se venía palpitando en los dos períodos de sesiones anteriores: que varios miembros de la Comisión se oponían al mantenimiento del artículo 19 por considerar que las consecuencias de los crímenes internacionales cometidos por los Estados no debían tratarse en un proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados.

El principal argumento era que los hechos calificados como ejemplos de crímenes en el artículo 19 de la primera parte eran tales que correspondían a alguna de las situaciones previstas en el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, situaciones que constituían condiciones previas a una intervención del CSNU a tenor de los Artículos 40 y siguientes. Dicho de otro modo, la identificación de los crímenes y sus consecuencias sustantivas e instrumentales estaba regida enteramente por las disposiciones del Capítulo VII de la Carta<sup>122</sup>, ya sea que se trate de actos de agresión, derecho de legítima defensa colectiva o violaciones flagrantes del derecho a la libre determinación. Por su parte, los derechos humanos se regulaban en múltiples normas basadas en la Carta y en distintos tratados y el CSNU podía además considerar las violaciones graves de los derechos humanos como amenazas a la paz; la prevención del daño indiscriminado al medio ambiente se regulaba en tratados multilaterales; y la contaminación dolosa cometida por un Estado también podía encuadrarse en el Capítulo VII de la Carta<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Anuario de la CDI 1996, v. I, Actas resumidas de las sesiones del 48° período de sesiones, A/CN.4/SER.A/1996, p. 24, parág. 4.

<sup>123</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones (1996), Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su quincuagésimo primer período de sesiones, preparado por la Secretaría. A/CN.4/479/Add.1, 01/05/1997, p. 8, parág. 14.

En esta inteligencia, sólo el CSNU estaba facultado para determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, y, de conformidad con su Artículo 103, en caso de conflicto entre las disposiciones de la futura convención y la Carta prevalecerían las disposiciones de esta<sup>124</sup>. Al respecto, el Relator Especial, Arangio Ruiz, desde la óptica de *la lex lata*, rechazó esta tesis pues ello equivaldría a decir que el CSNU tenía poderes ilimitados<sup>125</sup>.

Asimismo, se consideraba que los términos “esencial”, referido a la obligación internacional, y “comunidad internacional” eran indeterminados, y la disposición parecía corresponderse con el concepto de *jus cogens* o “norma imperativa de derecho internacional general” que figuraba en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en relación con una “obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”, que también era impreciso<sup>126</sup>.

Otro problema que se presentó en la CDI fue decidir cómo y a través de que órgano debería hacerse la diferenciación entre “hechos ilícitos” y “crímenes o violaciones graves”. El Relator Especial Arangio Ruiz proponía entre otras cosas, la jurisdicción obligatoria de la CIJ para la determinación de la existencia o la atribución de un crimen internacional, pues si por el contrario, no se le asignaba ningún papel a la CIJ se estaría desaprovechando la oportunidad de hacer una labor positiva y el resultado sería necesariamente negativo. Esta tesis se plasmó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en particular en sus artículos 64 y 66 que establecen la jurisdicción obligatoria de la Corte para cualquier controversia relativa a la aplicación o la interpretación en de tratados en contradicción con una norma *jus cogens*, situación que se vincula, en su opinión con el tema bajo análisis. Lo que el Relator Especial proponía, era que la CIJ se pronunciara sobre la existencia y la atribución de un crimen después de que la AGNU o el CSNU hubieran formulado una declaración política preliminar de *fumus criminis*. No se trataba de establecer la jurisdicción obligatoria de la CIJ en las cuestiones relacionadas de un modo u otro con los crímenes de Estado. La CIJ solo se pronunciaría, a instancias de una parte, sobre la existencia y la atribución, quedando el resto en manos de los Estados<sup>127</sup>. Esta opinión era apoyada por algunos miembros de la CDI que consideraron que la analogía con el *jus cogens* plasmada en el artículo 66, párrafo (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se debía emplearse pues el único órgano para cumplir con esta tarea era la CIJ, principal órgano de las Naciones Unidas, cuyo Estatuto prácticamente todos los Estados son partes, y en cuyo proceso los otros Estados podrían intervenir.

Otra de las propuestas, contenía dos etapas, la primera de ellas consistía en el establecimiento de una Comisión de Conciliación que determine la existencia del crimen, o su ausencia. En caso afirmativo, habilitaría al Estado lesionado incoar un

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 9, parág. 17.

<sup>125</sup> Anuario de la CDI 1996, *doc. cit.* en 122, A/CN.4/SER.A/1996, p. 25, parág. 5.

<sup>126</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), *doc. cit.* en 128, A/CN.4/479/Add.1, pp. 8-9, parág. 15.

<sup>127</sup> Anuario de la CDI 1996, *doc. cit.* en 122, A/CN.4/SER.A/1996, pp. 194-195, parágs. 35-36.

procedimiento de arbitraje unilateralmente. La primera etapa actuaría como un filtro, que prevendría el abuso, y la segunda etapa podría presentar cierta analogía con la jurisdicción obligatoria de la CIJ sobre las controversias relacionadas con las normas *jus cogens* contenidas en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La CDI consideró distintas variables, pero finalmente se decidió por los mecanismos para la solución de controversias y la provisión del entonces artículo 39 que establecía la relación con las Naciones Unidas, cuyo texto se expresaba así: “*Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado enunciadas en las disposiciones de esta parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*”<sup>128</sup>.

En lo que respecta a las obligaciones impuestas a todos los Estados cuando se determinaba que un crimen había sido cometido, cada Estado debería asumir la responsabilidad de sus propias decisiones, aunque en algunas situaciones el deber de no reconocimiento, o el deber de no asistencia, por ejemplo, podrían derivarse de las resoluciones obligatorias del CSNU o de otras acciones colectivas<sup>129</sup>.

Para cualquier caso, el problema también se presentaría si el Estado que viola la obligación internacional cuestiona el carácter de “crimen”; frente a estas circunstancias se estaría frente a una controversia internacional, y en tal caso serían de aplicación las disposiciones de la Carta en la materia (Capítulo VI).

Crawford indicaba que existía una categoría de violaciones sumamente graves a las reglas fundamentales del derecho internacional y, por tanto, la CDI no debía vacilar en trazar distinciones. Así, Crawford reflexionó sobre la codificación del derecho de los tratados y se preguntó si ya no se había trazado una distinción clara entre las normas de *jus cogens* cuya aplicación e interpretación estaba sujeta a una jurisdicción obligatoria y las que no eran de *jus cogens*<sup>130</sup>.

Tomuschat era de la idea de que la noción de crimen internacional estaba firmemente establecida; sin embargo, aceptaba también que la palabra “crimen” tenía una cierta connotación penal, concordando con los demás miembros de la Comisión que se habían declarado partidarios de utilizar otra palabra<sup>131</sup>.

Entre las opiniones de los miembros de la CDI más radicales podemos destacar la de Rosenstock quien manifestó su discrepancia al afirmar categóricamente que quería “disociarse de toda medida que pueda adoptar la CDI en relación al tema por considerar que el concepto de crímenes internacionales no existe, que no hay

---

<sup>128</sup> Texto del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado provisionalmente por la CDI en primera lectura.

<sup>129</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, Anuario de la CDI, 1996, v. II, p. 78, Comentarios al art. 51, p. 78, parág. 4. Textualmente: “Agrega que por otra parte, las obligaciones que impone a todos los Estados el artículo 53 (Obligaciones de todos los Estados) surgirían respecto de cada Estado cuando forme la opinión de que se ha cometido un crimen. Cada Estado asumiría la responsabilidad de su propia decisión aunque, cabe añadir, puede haber casos en que el deber de no reconocimiento, o el deber de no prestar asistencia, por ejemplo, puede dimanar de resoluciones imperativas del CSNU o de otras medidas colectivas adoptadas en debida forma”.

<sup>130</sup> Anuario de la CDI 1996, *doc. cit.* en 122, A/CN.4/SER.A/1996, p. 31, parág. 45.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 32, parág. 52.

ninguna necesidad de establecerlo y que ninguna práctica estatal lo justificaría, *a fortiori*, si las consecuencias que entraña pueden ser apreciables”<sup>132</sup>.

Lukashuk destacó que “la Comisión entraba así en una nueva etapa del desarrollo del derecho internacional en la medida en que el crimen internacional dejaba de ser simplemente el problema de un Estado para convertirse en un asunto que interesa a la comunidad internacional en su conjunto, lo que es un paso importante para hacer realidad las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*”<sup>133</sup>.

Pellet se manifestó de acuerdo con el Relator Especial al considerar que debía mantenerse la distinción entre crímenes y delitos, indicando que esta distinción ya estaba consagrada por el derecho positivo y que no sería prudente dejar para más tarde la codificación de las reglas aplicables a los crímenes. Sin embargo, no concordaba con la relación que se intentaba establecer entre el derecho de la responsabilidad de los Estados y el derecho de la seguridad colectiva.

En suma, durante los debates que se suscitaron en el seno de la CDI entorno al artículo 19 se pueden destacar tres opiniones acerca de la diferencia entre delitos y crímenes internacionales:

Una primera posición<sup>134</sup> sostenía que podía distinguirse fundadamente entre crímenes y delitos internacionales por las razones siguientes:

- a. Era una distinción que hacía tanto el derecho internacional como el interno atendiendo a la proporcionalidad de la infracción y las consecuencias jurídicas derivadas de ella.
- b. Debía basarse en la gravedad de las consecuencias y en el alcance del daño material, jurídico y moral causado a otros Estados y a la comunidad internacional.
- c. Era una distinción cualitativa entre actos ilícitos ordinarios y actos ilícitos graves que lesionaban los intereses fundamentales de la comunidad internacional.
- d. La reacción de la comunidad internacional ante el mero incumplimiento de la cláusula de un tratado de comercio era diferente de su reacción ante una violación grave de los derechos humanos.
- e. Los actos ilícitos debían clasificarse por su importancia puesto que el carácter y la gravedad de los actos antijurídicos de los Estados eran muy diversos; las infracciones especialmente graves podían calificarse sin duda de crímenes (por ejemplo, la agresión, la esclavitud, el *apartheid* y todo acto que fuera una amenaza grave y sistemática para los derechos fundamentales de la persona) y evocaban el concepto de *jus cogens*, o normas perentorias del derecho internacional general, pese a las dudas jurídicas que podía plantear la definición exacta de esos crímenes.

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 193, parág. 19.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 194, parág. 30.

<sup>134</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), *doc. cit.* en 123, A/CN.4/479/Add.1, pp. 6-7, parág. 11.

f. Esa acertada distinción había sido debatida ampliamente en la Comisión y reconocida por la CIJ, que distinguía entre “las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en general y sus obligaciones frente a otros Estados solamente”.

Otra de las posiciones<sup>135</sup> sostenía que la noción de crímenes de Estado requería un examen más detenido por las razones que a continuación se exponen:

- a. No se ofrecía una definición clara de crimen internacional.
- b. Aunque la responsabilidad derivada de una infracción grave o menos grave era diferente, la cuestión fundamental era el carácter de la obligación que se hubiera infringido.
- c. No se especificaba la razón por la que una obligación se consideraba esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional.
- d. Se utilizaba una terminología inadecuada tomada del derecho interno.
- e. De aceptar la existencia de dos tipos diferentes de actos ilícitos habría que determinar las consecuencias de un acto internacionalmente ilícito que lesionara los intereses fundamentales de la comunidad internacional en general o establecer las normas secundarias aplicables en caso de violación de las normas primarias.
- f. De la redacción del artículo 19, el carácter de la norma primaria era la que decidía qué infracciones eran crímenes, lo que reforzaba la impresión de que la definición de crimen dependía de la codificación de las normas primarias, lo cual excedía la labor de la CDI sobre el tema.

La tercera opinión<sup>136</sup> consideraba que el concepto de crimen de Estado debía suprimirse por discutible, perturbador, vago, problemático, poco práctico e inútil.

- a. Se debía prescindir del concepto de “crímenes de Estado” porque este no había recibido la aceptación internacional general que precisaba un nuevo concepto de tan amplias consecuencias.
- b. La clave de la controversia era si el Estado podía cometer un crimen y, en su caso, cuáles eran las diferencias entre las consecuencias jurídicas de un crimen y un delito, diferencias cuya determinación se consideraba difícil por cuanto las sanciones del derecho penal no eran aplicables a los Estados.
- c. La responsabilidad de los Estados no era ni penal ni civil, sino *sui generis*; trasladar a esta materia los conceptos del derecho interno, sobre todo del derecho penal, resultaría artificial y teórico.

### 3.3.4. La exclusión del crimen internacional del Estado

En este contexto deliberativo suscitado tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, el Presidente del Comité de Redacción destacó su atención sobre el fondo,

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 7, parág. 12.

<sup>136</sup> *Ibid.*, pp. 7-8, parág. 13.



la racionalidad y la conveniencia del artículo, sugiriendo no volver a examinar el artículo 19 hasta la segunda lectura de las partes primera, segunda y tercera, y sólo dedicarse a las consecuencias propias de esta categoría de hechos ilícitos diferente de los delitos (llámense crímenes o hechos ilícitos excepcionalmente graves)<sup>137</sup>. Reflexión que tenía suficiente sentido, pues se trataba de un Proyecto de artículos sobre reglas secundarias, por lo que la determinación del contenido material de las normas primarias excedía el tema bajo estudio.

Así, el Comité de Redacción concluyó que los artículos sobre cesación, reparación y contramedidas eran aplicables a esta categoría de ilícitos, con la única modificación sugerida que en atención a la gravedad de las violaciones se deberían eliminar algunas de las limitaciones establecidas respecto de la restitución en especie y satisfacción<sup>138</sup>, pues en este último modo de reparación, el Estado autor del hecho ya había perdido su dignidad al cometerlo<sup>139</sup>. Los problemas que planteaba la supresión de las restricciones era que podía utilizarse para justificar la imposición de sanciones graves a todo un pueblo por culpa de los actos ilícitos cometidos por su gobierno, con lo que se comprometerían la seguridad y la estabilidad internacionales, pues las consecuencias que se derivaran de un crimen jamás deberían poner en peligro la integridad territorial ni la independencia política del Estado que lo hubiera cometido. El asunto era tan importante para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que había que enunciar expresamente esas excepciones.

Se observó que la supresión de las limitaciones de derecho del Estado lesionado a obtener la restitución en especie debería considerarse una consecuencia de la tipificación de un acto como ilícito más que una cuestión de exigir la restitución en especie por razones de equidad en un caso particular. También se observó que el artículo 52<sup>140</sup> era decepcionante porque suprimía dos limitaciones de la restitución en especie, así como la restricción en cuanto a obtener satisfacción mediante demandas que menoscabaran la dignidad del Estado que hubiera cometido el acto internacionalmente ilícito y su independencia política y estabilidad económica<sup>141</sup>.

El artículo 53<sup>142</sup> imponía un conjunto de obligaciones a todos los Estados, que podrían entrañar el reconocimiento de lo que se conocía por el nombre de *actio*

---

<sup>137</sup> Anuario de la CDI 1996, v. I, *doc. cit.* en 122, A/CN.4/SER.A/1996, p. 188, parágs. 61-63.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 188, parág. 62.

<sup>139</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, Anuario de la CDI 1996, v. II, segunda parte, comentario art. 52 p. 79, parág.6.

<sup>140</sup> Art. 52.: Consecuencias específicas: “Cuando el hecho internacionalmente ilícito de un Estado constituya un crimen internacional, a) el derecho del Estado lesionado a obtener la restitución en especie no estará sujeto a las limitaciones enunciadas en los apartados c y d del artículo 43; b) el derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no estará sujeto a la restricción del párrafo 3 del artículo 45”.

<sup>141</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), *doc. cit.* en 123, A/CN.4/479/Add.1, p. 25, parág. 69.

<sup>142</sup> Art. 53. Obligaciones de todos los Estados: “El crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estados la obligación de: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen internacional; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido el crimen internacional a mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el desempeño de las obligaciones que imponen los apartados a y b; y d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen”.

*popularis*, un mecanismo con respecto al cual la CIJ no tenía aún criterios definidos. En todo caso, sería difícil aplicarlo; sólo el Consejo de Seguridad, a quien, de conformidad con la Carta, incumbía la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, podría adoptar una medida de esa índole<sup>143</sup>.

Además de las consecuencias jurídicas de cualquier hecho internacionalmente ilícito, las consecuencias particulares de los crímenes eran de dos tipos<sup>144</sup>, por un lado se referían a la relación entre el Estado infractor y cada Estado lesionado y, por el otro, se refiere a lo que puede describirse como las consecuencias colectivas de un delito<sup>145</sup>. Asimismo, se imponían a todos los Estados obligaciones expresadas en términos positivos y negativos. Entre estas últimas, las obligaciones de “no hacer”, se encuentran el no reconocimiento y la obligación de abstenerse de prestar asistencia al Estado infractor, pues un accionar contrario sería en sí mismo un acto ilegal.

En la segunda categoría estaban las obligaciones positivas para cooperar con otros Estados en el cumplimiento de sus obligaciones y en las medidas que podían adoptar para eliminar las consecuencias de un crimen. Todas estas obligaciones se basan en el supuesto de la solidaridad internacional frente a un crimen internacional. Se derivan del reconocimiento de que una respuesta colectiva de todos los Estados es necesaria para contrarrestar los efectos de un crimen internacional. En la práctica, es probable que esta respuesta colectiva sea coordinada a través de los órganos competentes de las Naciones Unidas<sup>146</sup>.

La Comisión tenía razón al atribuir otras consecuencias específicas a los crímenes internacionales, aun cuando en el Proyecto de artículos no se previera imponer sanciones en ese caso. Se propuso entonces que las consecuencias específicas de los crímenes internacionales fueran particularmente severas e incluyeran la imposición de sanciones; se dijo también que la noción de “crimen internacional” cometido por un Estado seguía suscitando polémica y, en particular, se temía que pudieran darse situaciones en las que un Estado o grupo de Estados se creyeran autorizados para imponer sanciones unilateralmente, con lo que se debilitarían las bases del orden jurídico internacional<sup>147</sup>.

En 1998 la CDI decidió dejar de lado el artículo 19 temporalmente. No obstante, el debate entonces se centró sobre sus consecuencias, en especial si existían diferencias sobre las que generaban los otros hechos ilícitos, pues de lo contrario carecería de sentido sostener tal diferenciación. Estaba claro que se trataba de situaciones más graves.

---

<sup>143</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), *doc. cit.* en 123, A/CN.4/479/Add.1, p. 25-26, parág. 70.

<sup>144</sup> Art. 51. Consecuencias del crimen internacional: “El crimen internacional da origen a todas las consecuencias jurídicas de cualquier otro hecho internacionalmente ilícito y, además, a las consecuencias que se enuncian en los artículos 52 y 53”.

<sup>145</sup> Anuario de la CDI 1996, v. II, *doc. cit.* en 129, CDI comentario art. 51, p. 78, parágs. 9-12.

<sup>146</sup> *Ibid.*, Comentario art. 53, p. 80, parágs. 1-3.

<sup>147</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), *doc. cit.* en 123, A/CN.4/479/Add.1, I, p. 24, parág. 67.

En las siguientes sesiones de la CDI, las normas imperativas de derecho internacional y su relación con la responsabilidad internacional penal del Estado continuaron siendo foco de debate.

Pellet nos indica que la distinción entre lo que se llama “delito” y lo que se denomina “crimen” responde a una necesidad indiscutible que debía ser mantenida; la palabra “crimen” puede ser engañosa, pero el concepto es indispensable en el derecho internacional contemporáneo<sup>148</sup>.

En el período 50º se destacó que ello no significaba que una infracción del *jus cogens* implicara necesariamente un crimen internacional o que las consecuencias de una infracción del *jus cogens* eran necesariamente las mismas de las consecuencias de un crimen internacional<sup>149</sup>. Ante las discrepancias que se generaron se propuso que la CDI examinara el concepto de *jus cogens* en relación con los actos ilícitos excepcionalmente graves y no con los crímenes de Estado.

En lo que respecta a las obligaciones *erga omnes*, se sugirió el desarrollo un régimen adecuadamente gradual de responsabilidad con consecuencias jurídicas propias frente a su violación. Algunos miembros insistieron también en la importancia de tener presente, al examinar esas consecuencias, que, si bien todas las normas de *jus cogens* eran por definición *erga omnes*, no todas las normas *erga omnes* eran necesariamente imperativas ni revestían importancia fundamental para la comunidad internacional.

Las obligaciones de esa índole constituían únicamente uno de tres tipos de normas que formaban círculos concéntricos más pequeños, a saber, las obligaciones *erga omnes*, las normas de *jus cogens* y los crímenes internacionales<sup>150</sup>.

Las obligaciones *erga omnes* básicamente se referían al interés y al *locus standi* de los Estados en un determinado asunto. Esta característica les permitiría: a) interponer una acción para proteger un interés público colectivo de la comunidad, lo cual podría tener como efecto la proliferación de acciones judiciales y una mayor renuencia de los Estados a aceptar la jurisdicción de la CIJ; b) hacer valer un interés jurídico colectivo de la comunidad fuera del ámbito judicial, como en foros internacionales, por ejemplo; c) adoptar, unilateral o conjuntamente, contramedidas contra el Estado o los Estados transgresores; d) de no haber control judicial, auto-proclamarse policía de la comunidad internacional, y e) reclamar una indemnización sin haber sufrido perjuicios materiales.

Las críticas emergentes de la definición de crimen de Estado no cesaron y se planteó la necesidad de sustituirlo por el concepto de “hecho ilícito excepcionalmente grave”, pues el término era más acorde con el carácter internacional y la naturaleza *sui generis* de la responsabilidad de los Estados, además de que evitaba la confusión originada por la analogía con el derecho interno y las connotaciones penales que habían complicado el examen del tema<sup>151</sup>. Se propuso sustituir la expresión “crimen” por “infracción de una norma esencial para la comunidad internacional en su conjunto” o incluso por “infracción de una norma de *jus cogens*”.

---

<sup>148</sup> *Op. Cit.* en 109, p. 426.

<sup>149</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones 1998, (A/53/10) p. 133, parág. 278.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 136, parág. 280.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 144, parág. 302.

El nuevo Relator Especial, Crawford, observó que el Proyecto de artículos resultaba insatisfactorio en casi todos los aspectos relativos a la regulación de las obligaciones multilaterales, destacando que había acuerdo general en la CDI en cuanto a que el tema no se limitaba a la responsabilidad bilateral.

En resumen, el Relator Especial destacó las siguientes cuestiones<sup>152</sup>:

- 1) No se consideraba adecuada la distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales<sup>153</sup>.
- 2) Había consenso en cuanto a la pertinencia de las categorías establecidas de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, destacando que la primera categoría tenía un alcance más limitado que la segunda.
- 3) Había consenso en cuanto a que dicho Proyecto de artículos no desarrollaba suficientemente esos conceptos fundamentales.
- 4) Había consenso en que el Proyecto de artículos originaba problemas de aplicación importantes que debían examinarse más a fondo, como el de la solución de controversias y el de las relaciones entre los Estados directamente lesionados con los demás.
- 5) La responsabilidad de los Estados era en cierto sentido un tema uniforme, aunque en él se distinguiera entre las obligaciones de interés para la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones de interés para uno o varios Estados.

En consecuencia, se convino en lo siguiente: a) se dejaría de lado el Proyecto de artículo 19, por el momento, mientras la Comisión procedía a considerar otros aspectos de la primera parte; b) se debía considerar si el desarrollo sistemático —en el Proyecto de artículos— de conceptos fundamentales, como obligaciones (*erga omnes*), normas imperativas (*jus cogens*) y una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional, podía ser suficiente para resolver todas las cuestiones planteadas por el artículo 19<sup>154</sup>.

Finalmente, en el 2000, el Relator Especial Crawford propuso —y la CDI aceptó— un compromiso mediante el cual el concepto de crímenes internacionales de los Estados sería suprimido, pero se incluirían las consecuencias especiales de ciertas violaciones graves debidas a la comunidad internacional en su conjunto<sup>155</sup>. Dentro de

---

<sup>152</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones 1998, *doc. cit.* en 154, (A/53/10), pp. 151-154, parágs. 322-329. El Relator Especial seguía firmemente convencido de que en el futuro la comunidad internacional podría elaborar un verdadero régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluidos los Estados. La mayoría de los miembros de la Comisión habían rechazado esa hipótesis y eran partidarios de una doble vía: por un lado, desarrollar el concepto de la responsabilidad penal individual mediante la actuación de los tribunales especiales y la CPI complementada con la de los tribunales internos, y, por otro, desarrollar en el marco de la responsabilidad de los Estados el concepto de responsabilidad por infringir las normas más importantes para la comunidad internacional en su conjunto.

<sup>153</sup> Esto había sido objeto de numerosas críticas, como la de que introducía las equívocas connotaciones de derecho penal de la expresión “crimen” y la inconveniencia de la analogía con el derecho interno.

<sup>154</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones 1998, *doc. cit.* en 149, (A/53/10) p. 154, parág. 331.

<sup>155</sup> *Op. Cit.* en 113, p. 409. Textualmente: “In 2000, the Special Rapporteur proposed and the Commission accepted a compromise whereby the concept of international crimes of States would be

las consecuencias propuestas se incluía la posibilidad de “daños agravados”, como también ciertas obligaciones negativas de “no hacer” en cabeza de terceros Estados — como la de no reconocimiento— y positivas —como la obligación de cooperar en su cesación—. También se incluyó la noción “de la violación grave de una obligación debida a la comunidad internacional de Estados en su conjunto para la protección de sus intereses fundamentales” —*serious breaches regime*—, conceptos que, con sus particularidades que luego analizaremos, se plasmaron el Capítulo III del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI (2001)<sup>156</sup>.

Finalmente, en el 52º periodo de sesiones de la CDI hubo amplio apoyo para suprimir la controvertida noción de “crímenes de Estado” que figuraba en el anterior artículo 19, y ello por las razones siguientes<sup>157</sup>:

1) Se trataba de una noción confusa, ambigua y no establecida en el derecho internacional.

2) Era imposible evitar las connotaciones de derecho penal de la expresión “crimen internacional”.

3) La responsabilidad de los Estados en derecho internacional era *sui generis* y no de naturaleza civil o penal.

4) Esta noción desdibujaba la distinción entre responsabilidad del Estado y responsabilidad individual.

5) La introducción de este concepto suponía obstáculos insuperables tanto teóricos como prácticos en una comunidad internacional formada por Estados soberanos en la que la expresión *par in parem imperium no habet* enunciaba un principio jurídico básico<sup>158</sup>.

La CDI sugirió que era necesaria una definición más precisa para tener en cuenta la calidad especial de las violaciones de las obligaciones *erga omnes*. También se destacó que el concepto de obligaciones esenciales para la protección de intereses básicos, que justificaba la intervención de Estados no directamente lesionados, debería aclararse más porque estaba relacionado directamente con los conceptos de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, con respecto a los cuales la labor de codificación internacional no había registrado muchos progresos. Sin embargo, también se expresó la preocupación de que el actual artículo 41 creara una nueva categoría de “supernorma” al combinar dos categorías diferentes: las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones que surjan de normas imperativas de derecho internacional<sup>159</sup>.

---

deleted, but that certain special consequences would be specified as applicable to a serious breach of an obligation owed to the international community as a whole”.

<sup>156</sup> CDI, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83, 28/01/2002 (en adelante, el Proyecto de la CDI).

<sup>157</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52º periodo de sesiones (2000), Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto periodo de sesiones, preparado por la Secretaría, A/CN.4/513, p. 20, parág. 89.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52º periodo de sesiones (2000), *doc. cit.* en 157, p. 22, parág. 97.

Concordando con Casesse, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos finalmente contempla tres tipos de obligaciones: dispositivas, *erga omnes* y obligaciones emanadas de una norma imperativa<sup>160</sup>. En el Capítulo V nos centraremos en las consecuencias particulares de su violación.

### 3.4. Conclusiones

La codificación del concepto de normas imperativas de derecho internacional concluyó con su expresión en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al respecto, se destaca que dos situaciones están contempladas: la una norma imperativa existente, y el caso de la aparición de una norma nueva imperativa de derecho internacional general. En el primer supuesto el tratado no tiene validez, es nulo, en el caso del *jus cogens superveniens* el tratado entero o en parte se convierte en nulo y termina. La nueva norma imperativa prohíbe la continuación de la existencia y cumplimiento del tratado, no obstante los derechos, obligaciones o situaciones que hayan nacido previamente se mantendrán.

Como hemos visto, además de los efectos en la celebración de tratados, hay otras consecuencias que dimanen de las violaciones de normas imperativas de derecho internacional general y de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto, tema que fue abordado por la CDI al abocarse al estudio de la responsabilidad internacional del Estado. En este contexto, se debatió acerca de la pertinencia de introducir el concepto de “crimen de Estado”. No obstante, se decidió por su exclusión, pero se determinaron ciertas consecuencias especiales aplicables a las violaciones de normas imperativas que quedaron plasmadas en el capítulo III de la segunda parte del Proyecto de Artículos de la CDI, que lleva por título “Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general”.

Asimismo, y a pesar de los debates suscitados en torno a la conveniencia de incluir una lista de normas imperativas, la CDI se abstuvo de proveer ejemplos ilustrativos, quedando su determinación a la merced de la práctica convencional, consuetudinaria, jurisprudencial y a los pronunciamientos de los voceros oficiales.

---

<sup>160</sup> *Op. Cit.* en 120, p. 416.



#### 4. LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE MATERIAL DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* Y NORMAS *ERGA OMNES*

En el pasado reciente, la doctrina y la jurisprudencia han intentado clasificar las normas o los derechos y deberes en el plano internacional mediante el uso de términos como “fundamentales” o “fundados en el respeto a los derechos “inalienables o inherentes” y, en algunos casos, han apoyado la idea de que ciertos principios generales del derecho internacional existente forman un cuerpo de *jus cogens*. Sin embargo, tales interpretaciones han sido aplicadas en forma heterogénea e intermitente por los tribunales internacionales y discutidas hasta nuestros días por los juristas más destacados. Esto se debe, como hemos afirmado, al carácter descentralizado del derecho internacional y, en consecuencia, a la existencia de interlocutores de naturaleza y composición heterogénea.

##### 4.1. Normas de *jus cogens* y normas *erga omnes* en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Como se ha referido previamente, ya en el caso *Oscar Chinn*, el juez Schükling de la CPJI destacó que “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* [...] cualquier norma en contrario sería nula”<sup>161</sup>. En la Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la CIJ afirmó que una consecuencia de las obligaciones *erga omnes* es el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”<sup>162</sup>. Décadas más tarde y en ejercicio de su función contenciosa indicaría que “los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*”<sup>163</sup>.

La CIJ puso de relieve la categoría de las obligaciones *erga omnes*, en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar que: “[...] debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”<sup>164</sup>. Agregó que tales obligaciones, derivan, en el derecho

<sup>161</sup> *Oscar Chinn* (Reino Unido c. Bélgica), CPJI, Sentencia, 12/12/1934, Serie A/B, n. 63, voto del juez Schükling, p. 149. (traducción libre)

<sup>162</sup> *Reservas a la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, CIJ, Opinión Consultiva, 28/05/1951, p. 23. Véase Preámbulo de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

<sup>163</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), CIJ, Sentencia de excepciones preliminares, 11/07/1996, parág. 31. Véase también *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), CIJ, Sentencia, 03/02/2015, parág. 87.

<sup>164</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, (Bélgica c. España), CIJ, Segunda Fase, Sentencia, 05/02/1970, parág. 33 (traducción libre).



internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes se han incorporado al cuerpo de derecho internacional general, mientras que otros son conferidos por los instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal<sup>165</sup>.

En el asunto relativo a *Timor Oriental*, la opinión de la CIJ fue que el derecho de los pueblos a autodeterminarse, tal como ha evolucionado de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*, que es irreprochable y así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte, siendo de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo<sup>166</sup>.

En la Opinión Consultiva sobre la *Legalidad del empleo de armas nucleares*, la CIJ hizo referencia a la extensa codificación del derecho humanitario y la amplia adhesión a los tratados resultantes, así como el hecho de que las cláusulas de denuncia nunca se habían utilizado. Esto ha proporcionado a la comunidad internacional un *corpus* de normas convencionales de las cuales la gran mayoría ya se había convertido en costumbre y que reflejan los principios humanitarios más universalmente reconocidos. Estas normas indican la conducta normal y esperada de los Estados<sup>167</sup>. En su dictamen, la Corte, reconoció que esos principios y normas del derecho humanitario formaban parte del *jus cogens* como se definía en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969<sup>168</sup>.

En el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, el juez Oda indicó que “este (instrumento) está esencialmente dirigido no sólo a los derechos y obligaciones de los Estados sino a la protección de los derechos de los individuos y grupos de personas que han sido reconocidos como universales.[...] El genocidio está definido como ‘un crimen de derecho internacional respecto del cual las partes se comprometen a prevenir y a castigar’ (artículo I) [...] debe ser interpretada en el sentido de que las partes contratantes están obligadas a “prevenir y castigar” el genocidio o actos genocidas. Estas obligaciones legales nacen de manera general *erga omnes* para todas las partes contratantes en sus relaciones con todas las otras partes contratantes en la Convención —o más aún, con la comunidad internacional en su conjunto— pero no son obligaciones en relación con un Estado parte en especial o en particular [...]”<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, parág. 34.

<sup>166</sup> *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), CIJ, Sentencia, 30/06/1995, parág. 29.

<sup>167</sup> *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, CIJ, Opinión Consultiva, 08/07/1996, parág. 82.

<sup>168</sup> *Ibid.*, parág. 83. La cuestión de si una norma es parte del *jus cogens* se refiere a la naturaleza jurídica de la norma. Sin embargo, al no estar ejerciendo su competencia contenciosa, la CIJ destacó que se planteaba la cuestión de la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario en los casos de empleo a las armas nucleares y las consecuencias de la licitud del recurso a ellas, pero no se planteaba la cuestión del carácter del derecho humanitario que se aplicaría frente a la utilización de armas nucleares. Por lo tanto, no había necesidad de que la Corte se pronuncie sobre este asunto.

<sup>169</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.* Declaración del juez Oda. (traducción libre)

En la Opinión Consultiva sobre la *Construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado* la CIJ dijo que no hay dudas respecto de que una gran cantidad de normas de derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y “las consideraciones elementales de la humanidad” que las Convenciones de la Haya y de Ginebra han adquirido amplia aceptación. Más aún, estas normas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, pues constituyen principios inviolables del derecho internacional consuetudinario<sup>170</sup>. La Corte observó que las obligaciones violadas comprendían algunas obligaciones *erga omnes*<sup>171</sup>, reiterando lo que ya había observado en el *asunto relativo a Timor Oriental*<sup>172</sup> respecto de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha surgido de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*. En su dictamen, entendió que dado el carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, todos los Estados tenían la obligación **de no reconocer una situación ilegal resultante** de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado en y alrededor de Jerusalén Oriental. También tenían la **obligación de no prestar ayuda o asistencia en mantener la situación creada por tal construcción**. También todos los Estados, respetando la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, debían velar por el cese de cualquier impedimento al ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino resultante de la construcción del muro<sup>173</sup>.

En el caso de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo*, la Corte reafirmó que “los principios subyacente a la Convención (Genocidio) son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aun sin ninguna obligación convencional” y que una consecuencia de tal concepción es “el carácter universal de la condena al genocidio y la cooperación que se requiere para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo (Preámbulo de la Convención)”<sup>174</sup>. De ello se desprende que “los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son los derechos y las obligaciones *erga omnes*”<sup>175</sup>.

En la Opinión separada juez Ranjeva en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, se expresó que, “si la solidaridad internacional, que subyace al deber de prevenir el genocidio está asegurada, es difícil ver las obligaciones de este instrumento como una serie de relaciones bilaterales entre Estados partes [...]. Esto debe explicar porque las obligaciones establecidas por la Convención han sido caracterizadas como *erga omnes* ‘aun sin

---

<sup>170</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, CIJ, Opinión Consultiva, 09/07/2004, parág. 79.

<sup>171</sup> *Ibid.*, parág. 88.

<sup>172</sup> *Timor Oriental*, *doc. cit.*, parág. 29.

<sup>173</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, *doc. cit.*, parág. 159 (énfasis agregado).

<sup>174</sup> *Reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio*, *doc. cit.*, p. 23. (traducción libre)

<sup>175</sup> *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio*, *doc. cit.*, parág. 31. (traducción libre)

obligación convencional”. La naturaleza obligatoria no nace de los compromisos individuales del Estado, sino del valor atribuido a ese deber”<sup>176</sup>.

En la Opinión disidente del juez *ad hoc* Mahiou en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, recordó que la CIJ, incidentalmente en su referencia al genocidio en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*<sup>177</sup> puso a un lado sus dudas y reservas respecto del *jus cogens* afirmando, la CIJ, expresamente que la norma que prohíbe el genocidio constituía ciertamente una norma imperativa de derecho internacional<sup>178</sup>.

En su Opinión separada, en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, del juez Kreca reiteró que la Convención consagra derechos y obligaciones de carácter *erga omnes* y pertenece al cuerpo de *ius cogens*. Así como que esto representa una expresión normativa de intereses sustantivos y fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, intereses que trascienden los intereses de los Estados tomados individualmente<sup>179</sup>.

En la Opinión Consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo* la CIJ observó que en muchas declaraciones de independencia, el CSNU se había pronunciado sobre la situación concreta que existía al momento en que se habían realizado; la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba, por tanto, de su carácter unilateral, sino del hecho de que iban o habían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)<sup>180</sup>. En el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la CIJ tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la validez, como fuente consuetudinaria, de la prohibición de uso de la fuerza (artículo 2. 4 Carta de la ONU), confirmando tal tesis en el hecho de que, los representantes de los Estados, habitualmente hacen referencia a ella no solo como un principio de costumbre internacional, sino como un principio fundamental o cardinal de ese derecho<sup>181</sup>. En el caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la CIJ dijo que una norma de *jus cogens* es una norma que no admite acuerdo en contrario, y que las reglas sobre el ejercicio de su jurisdicción que determinan su alcance, extensión y cuándo esta puede ejercerse no establecen excepciones respecto de normas que tengan el carácter de *jus cogens*; tampoco hay algo inherente al concepto de *jus cogens* que implique su modificación o desplace su aplicación<sup>182</sup>. La CIJ agregó que “las reglas que determinan

---

<sup>176</sup> *Ibid.* Opinión separada juez Ranjeva, parág. 4. (traducción libre)

<sup>177</sup> *Actividades armadas sobre el territorio del Congo, Nueva Solicitud: 2002* (República Democrática del Congo c. Ruanda), CIJ, Sentencia, Jurisdicción, 03/02/2006, parág.64.

<sup>178</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, doc. cit.* Opinión disidente del juez *ad hoc* Mahiou, parág. 1.

<sup>179</sup> *Ibid.*, Opinión separada del juez Kreca, parág. 117.

<sup>180</sup> *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, CIJ, Opinión Consultiva, 22/07/2010, parágs. 79- 84.

<sup>181</sup> *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. EE.UU.), CIJ, Sentencia, Fondo del asunto, 27/06/1986, parág. 190.

<sup>182</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), CIJ, Sentencia, 03/02/2012, parág. 95. Doctrina reiterada en el caso relativo a las *Actividades Militares en el Congo doc. cit.*, parágs. 64 y 125 y en el

el alcance y la extensión de la jurisdicción y cuando esta puede ser ejercida no establecen excepciones a dichas normas sustantivas, que tiene el carácter de *jus cogens*, ni hay nada inherente al concepto de *jus cogens* que requiera su modificación o desplace su aplicación”<sup>183</sup>. La Corte observó, como ya había tenido ocasión de subrayar, que “el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes”<sup>184</sup>.

En el caso relativo a la *Inmunidad de jurisdicción del Estado*, el juez Augusto Cançado Trindade, en su voto en disidencia, sostuvo que las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional constituyen crímenes internacionales y no son en lo absoluto *actus jure imperii*. Son actos antijurídicos, son violaciones del *jus cogens* y, por lo tanto, las violaciones del *jus cogens* deberían lograr la eliminación de las invocaciones de la inmunidad del Estado para que se haga justicia<sup>185</sup>. Los perpetradores de tales crímenes —individuos y los Estados por igual— no pueden tratar de evitar las consecuencias jurídicas de los actos antijurídicos, de esas violaciones de *jus cogens*, invocando la inmunidad<sup>186</sup>. El *jus cogens* está por encima de la prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado, con todas las consecuencias que se derivan, evitando así la denegación de justicia e impunidad<sup>187</sup>.

En el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*, la CIJ dejó en claro que la prohibición de la tortura es una norma consuetudinaria y que se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*)<sup>188</sup> y en virtud de lo expuesto precedentemente, *erga omnes*. No obstante, invocando el artículo 28 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados<sup>189</sup> agregó que la obligación de juzgar a los presuntos perpetradores de los actos de tortura se aplica solo a los actos ocurridos luego de la entrada en vigor para cada Estado y que nada en la Convención contra la tortura revela una intención distinta<sup>190</sup>.

En el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*, CIJ, recordó que “como se afirma en su preámbulo, el objeto y fin de la Convención (contra la tortura) es ‘hacer más efectiva la lucha contra la tortura [...] en todo el mundo’. Los Estados partes de la Convención tienen un interés común en asegurar, en atención a sus valores compartidos, que los actos de tortura sean prohibidos y que, si ellos ocurren,

---

caso relativo a la *Orden de detención* (República Democrática del Congo c. Bélgica), CIJ, Sentencia, 11/04/2000, parágs. 58 y 78.

<sup>183</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.*, parág. 95. Doctrina reiterada en el caso relativo *Actividades Militares en el Congo*, *doc. cit.*, parágs. 64 y 125 y en el caso relativo a la *Orden de detención* (República Democrática del Congo c. Bélgica), CIJ, Sentencia, 11/04/2000, parágs. 58 y 78. (traducción libre)

<sup>184</sup> *Asunto relativo a Timor Oriental*, *doc. cit.*, parág. 29.

<sup>185</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 129.

<sup>186</sup> *Ibid.*, parág. 183.

<sup>187</sup> *Ibid.*, parág. 316.

<sup>188</sup> *Obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica c. Senegal), CIJ, Sentencia, 20/07/2012, parág. 99.

<sup>189</sup> Artículo 28. Irretroactividad de los tratados: “Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

<sup>190</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, parág. 100.

sus autores no gocen de impunidad [...] Ese interés común implica que las obligaciones en cuestión son debidas por cada Estado parte a todos los Estados en la Convención, pues todos los Estados partes tienen un ‘interés legal’ en la protección de los derechos involucrados. Estas obligaciones pueden ser definidas como ‘obligaciones *erga omnes partes*’ en el sentido de que cada Estado parte tiene un interés en el cumplimiento de ellas en cualquier caso. Al respecto, las provisiones relevantes de la Convención contra la Tortura son similares a las de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio [...]”<sup>191</sup>, respecto de la cual la Corte también se ha pronunciado. En su decisión, la CIJ fue categórica al afirmar la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*). Tal prohibición se basa en una amplia práctica internacional y en la *opinio juris*<sup>192</sup> de los Estados<sup>193</sup>.

El juez Cançado Trindade, en su opinión separada, en el caso de la *Obligación de juzgar o extraditar* dijo que en esto, “podemos contemplar el derecho internacional universalista, el nuevo *jus gentium* universal de nuestros tiempos —rememorativo del *totus orbis* de Francisco de Vitoria y el *societas generis huamani* de Hugo Grocio—. Las normas de *jus cogens* marcan su presencia en la prohibición absoluta de la tortura. Es imperativo perseguir y juzgar los casos de crímenes internacionales —como la tortura— que conmocionan a la conciencia de la humanidad. La tortura es, después de todo, considerada en nuestros tiempos una violación grave al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, prohibido por el derecho internacional consuetudinario y convencional; cuando es sistemáticamente practicada, este es un crimen contra la humanidad (lesa humanidad). Esto trasciende el viejo paradigma de la soberanía estatal: las víctimas individuales se tienen en cuenta como pertenecientes a la humanidad; la que reacciona, conmocionada por la perversidad e inhumanidad de la tortura”<sup>194</sup>. Destacó el ya mencionado avance desde *jus dispositivum* a *jus cogens*; “esta prohibición absoluta no conoce límites en tiempo o espacio: no contiene limitaciones temporales (siendo también una prohibición para el derecho consuetudinario), y esta sobreviene de una norma imperativa de un derecho internacional universalista. El *jus cogens* florece y se impone, y su contenido material se ha expandido, debido al despertar de la conciencia jurídica universal, y el firme apoyo que ha recibido de una tendencia lucida del pensamiento legal internacional. Este último ha descartado rápidamente las limitaciones y falta de visión (en espacio y tiempo) del positivismo jurídico, y ha rechazado además la miopía y la falacia del llamado *realismo*”<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, parág. 68. (traducción libre)

<sup>192</sup> Aparece en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal, y ha sido incorporada al derecho interno de la mayoría de los Estados, además de que los actos de tortura son normalmente denunciado en los foros nacionales e internacionales.

<sup>193</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, parág. 99.

<sup>194</sup> *Ibid.*, Opinión separada juez Cançado Trindade, parág. 178. (traducción libre)

<sup>195</sup> *Ibid.*, parág. 183. (traducción libre, itálicas agregadas)

## 4.2. Aportes de los tribunales regionales de protección de derechos humanos

Como nos indica Bianchi, hay una relación casi intrínseca entre *jus cogens* y los derechos humanos. Normas imperativas de los derechos humanos, como proyecciones de la conciencia individual y colectiva, materializadas como poderosas creencias colectivas<sup>196</sup>.

La mayoría de los casos de jurisprudencia en los que se ha hecho referencia al concepto de *jus cogens* tiene relación con los derechos humanos, por ello la importancia, de dedicar algunas líneas a la interpretación y el alcance que les han dado los tribunales regionales de derechos humanos<sup>197</sup>.

Sin perjuicio de las particularidades de cada sistema regional, podemos afirmar que las Cortes regionales son las encargadas de interpretar y determinar el alcance de los instrumentos convencionales sobre derechos humanos sobre los cuales se expande su competencia material en el caso concreto. En términos generales, los instrumentos internacionales de derechos humanos autorizan a los Estados partes a suspender o derogar temporalmente y bajo un riguroso proceso institucional, el ejercicio de determinados derechos y libertades en situaciones excepcionales como la guerra o algún peligro político que amenace la vida de la nación<sup>198</sup>. Por el contrario, estos instrumentos no autorizan la suspensión de determinados derechos bajo circunstancia alguna y aunque varían en cada instrumento, todas ellas coinciden en prohibirlas para derechos tales como: la vida, la prohibición de la tortura, el trabajo forzoso y la esclavitud.

Pastor Ridruejo indica que “todo ello nos hace ver que la importancia de los derechos humanos es desigual y que conoce gradaciones. Hay en primer lugar derechos susceptibles de restricciones o interferencias en casos concretos incluso si se está en situaciones generales de normalidad, hay en segundo lugar derechos cuyo disfrute se puede suspender de modo general en situaciones excepcionales, y los que hay finalmente que todos los instrumentos convencionales coinciden en considerar inderogables en cualquier tiempo y circunstancia. Constituyen estos últimos a mi juicio lo que a nivel universal se podría llamar el núcleo duro de los derechos fundamentales [...] Todo esto demuestra que los principios o normas superiores que enuncian los derechos susceptibles de derogaciones o restricciones no tienen carácter imperativo. Sin embargo esos mismos instrumentos no autorizan en ningún caso la suspensión o derogación del núcleo duro de los derechos fundamentales: núcleo duro del que se puede predicar sin dificultad el carácter de *jus cogens*”<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> Bianchi, Andrea, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, *EJIL*, v. 19 n. 3 (2008), pp. 491–508.

<sup>197</sup> Al momento en que se escriben estas líneas, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no ha dictado ningún fallo que se vincule con el objeto de estudio. Para más información, visitar <http://www.african-court.org/en/>. Última visita 30/01/2015.

<sup>198</sup> Véase por ejemplo: art. 4 del Pacto de Derechos civiles y Políticos, art. 15 de la Convención Europea de derechos humanos, art. 27 de la convención americana de derechos humanos. La Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos no contiene cláusulas de suspensión generales.

<sup>199</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 12, 2011, pp. 267-286, en especial pp. 277-278.

Como hemos visto, la concordancia normativa que existe en la protección de vida, la prohibición de la tortura, el trabajo forzoso y la esclavitud como derechos no susceptibles de suspensión en situaciones extraordinarias, guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos (en adelante CtDH) explica que:

“el hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”<sup>200</sup>.

#### 4.2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, en ejercicio de su función contenciosa y consultiva, ha sido el tribunal internacional contemporáneo que más ha contribuido a la evolución conceptual del *jus cogens*, y al desarrollo de su contenido material, en tanto órgano jurisdiccional del sistema regional de protección de la persona humana.

La consolidación de determinadas normas de *jus cogens* en el contexto del sistema interamericano, como en cualquier otro sistema regional debe interpretarse dentro de su propio marco convencional, y también limitado a su ámbito de aplicación territorial, personal y material. Es decir, como es sabido, el ejercicio de determinados derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos no pueden ser suspendidos, pero esto no es equivalente a decir que la totalidad de derechos con esta gradación representa normas de *jus cogens*, en el sentido universal del término. Piénsese en las normas del derecho internacional humanitario<sup>201</sup>, por ejemplo las que

---

<sup>200</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 29, (2001), Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, 72º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, p. 215, parág. 11.

<sup>201</sup> En los conflictos armados con carácter internacional, son los “combatientes” los que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades, y así fue establecido en el art. 43 (2) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: “Los miembros de las fuerzas armadas de una

permiten la participación directa de las hostilidades, pues contemplan la posibilidad de ataque a los adversarios combatientes, y en consecuencia, en situaciones excepcionales, el derecho a la vida puede verse conculcado. En este sentido, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que “(el) privilegio del combatiente es, en esencia, una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo”<sup>202</sup> y que el término “participación directa en las hostilidades” es generalmente entendido como “los actos que, por su naturaleza o finalidad, están destinados a causar un daño real personal y material al enemigo”<sup>203</sup>.

Cançado Trindade expresa que la primera etapa de esta notable evolución jurisprudencial consistió en la afirmación de la prohibición absoluta de la tortura, en toda y cualquier circunstancia, seguida de la misma prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>204</sup>. Así, el caso *Cantoral Benavides c. Perú*, citando al TEDH en *Selmouni c. Francia* dijo que “recientemente, ciertos actos calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes —no como torturas— podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, debido a que las crecientes exigencias de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consecuentemente e inevitablemente requieren mayor firmeza al enfrentar las violaciones a los valores fundamentales de las sociedades democráticas”<sup>205</sup>.

En la sentencia de fondo del caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, Cançado Trindade nos indica que “el derecho internacional contemporáneo (convencional y general) se ha caracterizado en gran parte por la emergencia y evolución de sus normas imperativas (el *jus cogens*), y una mayor conciencia, en escala virtualmente universal, del principio de humanidad. Violaciones graves de los derechos humanos, actos de

---

parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religiosos a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir tienen derecho a participar directamente en las hostilidades”. Además de estar contemplado en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, la noción de “participación directa en las hostilidades” se encuentra en varias normas del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales no contienen una definición de la participación directa en las hostilidades, “ni una interpretación clara de la noción se deriva de la práctica del Estado o la jurisprudencia internacional o de la doctrina jurídica y militar”. Véase Melzer, Nils, “The ICRC’s clarification process on the notion of direct participation in the hostilities under international humanitarian law”, *Curso de Derecho Internacional XXXVI*, 2009, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, p. 188.

<sup>202</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev.1 corr., 22/10/2002, parág. 68.

<sup>203</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pp. 24-25. Norma 6: “Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. También disponible en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_cha\\_chapter1\\_rule6](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter1_rule6).

<sup>204</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, p. 3 Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf> p. 3.

<sup>205</sup> *Cantoral Benavides c. Perú*, Corte IDH, Sentencia de fondo, 18/08/2000, parág. 99. Véase *Selmouni c. Francia*, TEDH, Sentencia, 28/07/1999, parág. 101.



genocidio, crímenes contra la humanidad, entre otras atrocidades, son violaciones de prohibiciones absolutas, del *jus cogens*<sup>206</sup>.

En el caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, la Corte IDH dijo que, la ocurrencia de los hechos —muertes y torturas— bajo un ataque sistemático o generalizado contra una población civil por agentes estatales [...] constituye crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *jus cogens*<sup>207</sup>.

#### 4.1.1.1. El *jus cogens* y la responsabilidad agravada

La primera vez que la Corte IDH identifica la violación de las normas de *jus cogens* con la responsabilidad agravada del Estado fue en el caso *Myrna Mack Chang*. Allí, la Corte IDH consideró que “el Estado es responsable por la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang cometida a través de acciones de sus agentes, en cumplimiento de órdenes impartidas por el alto mando del Estado Mayor Presidencial, lo que constituye una violación del derecho a la vida. Esta circunstancia se ve agravada porque en la época de los hechos existía en Guatemala un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como ‘enemigos internos’. Además, desde ese entonces y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos, ni para investigar las violaciones de los derechos humanos, ni para sancionar a todos los responsables, todo lo cual resulta en una **responsabilidad internacional agravada** del Estado demandado”<sup>208</sup>.

Posteriormente, en el caso de la *Masacre Plan de Sánchez* la Corte IDH destacó que las violaciones señaladas, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo *maya achí* en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones<sup>209</sup>.

En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, la Corte IDH sostuvo enfáticamente que la tortura está estrictamente prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día **al dominio de *jus cogens***

---

<sup>206</sup> *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Corte IDH, Sentencia de fondo, 29/04/2004. Voto del Juez Cançado Trindade, parág. 14.

<sup>207</sup> *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Corte IDH, Sentencia de reparaciones y costas, 25/11/2006, parágs. 403 y 404.

<sup>208</sup> *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, *doc. cit.*, parág. 139.

<sup>209</sup> *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, *doc. cit.* Voto del Juez Cançado Trindade, parág. 51.

**internacional**<sup>210</sup>. Allí se consideró que “la responsabilidad del Estado se ve agravada por existir en el Perú, en la época de los hechos, una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales”<sup>211</sup>. Dichas violaciones graves infringen el *jus cogens* internacional. Asimismo, para la determinación de la responsabilidad agravada, se debe tomar en cuenta que las presuntas víctimas de este caso eran niños<sup>212</sup>.

Como indica Cançado Trindade, ingresamos aquí, en definitiva, en el dominio del *jus cogens* y de la responsabilidad internacional agravada<sup>213</sup>. El propio concepto de *jus cogens*, trasciende el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional. Así, en su voto concurrente, en la Opinión Consultiva 18/03<sup>214</sup> indicó que: “el *jus cogens*, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”<sup>215</sup>.

Cançado Trindade, en su voto del caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sostuvo que “las circunstancias agravantes circundando la responsabilidad internacional del Estado nos conducen precisamente a la noción de ‘crimen de Estado’, recientemente eludida por la CDI [...] cuando un Estado planifica, y contribuye a la ejecución, o ejecuta un crimen, queda demostrado que el crimen de Estado sí, existe. El Estado, dotado de personalidad jurídica, es un centro de imputación, como cualquier otro sujeto de derecho”<sup>216</sup>.

En el caso *Molina Theissen*, la Corte dijo que “la responsabilidad del Estado [...] se ve agravada en cuanto que lo ocurrido al niño Marco Antonio Molina Theissen formó parte de una práctica de desaparición forzada de personas, aplicada por el Estado durante el conflicto armado interno y llevada a cabo principalmente por agentes de sus fuerzas de seguridad, de la que también fueron víctimas los niños, como una forma de torturar y de atemorizar a sus familias”<sup>217</sup>.

En el caso de *Caesar c. Trinidad y Tobago*, la Corte IDH explicitó que “el irrespeto de la integridad física, psíquica y moral, tal como lo establece el artículo 5.1

---

<sup>210</sup> *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 08/07/2004, parágs. 111-112. *Tibi c. Ecuador*, Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 07/09/2004, parág. 143.

<sup>211</sup> La Corte aquí cita el caso *Myrna Mack Chang, c. Guatemala*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25/11/2003, parág. 139.

<sup>212</sup> *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, *doc. cit.*, parág. 76.

<sup>213</sup> *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, *doc. cit.*, parág. 27.

<sup>214</sup> *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Corte IDH, Opinión Consultiva N°18/03, 17/09/2003. Voto concurrente Juez Cançado Trindade, parág. 68.

<sup>215</sup> *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, *doc. cit.* Voto del Juez Cançado Trindade, parág. 29. Ver también *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, *doc. cit.*, parágs. 98-99. Voto Concurrente, parág. 68.

<sup>216</sup> *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, *doc. cit.* Voto del Juez Cançado Trindade, parág. 40.

<sup>217</sup> *Molina Theissen c. Guatemala*, Corte IDH, Sentencia de reparaciones, 03/07/2004, parág. 41.

de la Convención y constituyen un trato inhumano y degradante contrario al artículo 5.2 de la Convención, teniendo estos preceptos el carácter de *jus cogens*”<sup>218</sup>.

En el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, la Corte IDH expresó que la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *jus cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general<sup>219</sup>. La Corte señaló que aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*jus cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa<sup>220</sup>. Aquí, la Corte IDH recordó que según el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos que afecta a la humanidad toda<sup>221</sup>.

En el caso de *Goiburú y otros c. Paraguay*, la Corte IDH expresó que “tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana (sobre Desaparición Forzada de Personas, preámbulo), ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables ha alcanzado carácter de *jus cogens*”<sup>222</sup>.

Cançado Trindade, en su voto razonado en *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, indicó que “hay obligaciones internacionales atinentes a la salvaguardia de valores fundamentales de la propia comunidad internacional, que se distinguen de otras obligaciones internacionales; de ahí la emergencia de conceptos como los de las obligaciones *erga omnes*, atinentes al *jus cogens*, en el derecho internacional contemporáneo. Así, la visión clásica de un régimen único e indiferenciado de responsabilidad internacional ya no corresponde a la actual etapa de evolución de la materia en el derecho internacional contemporáneo. La búsqueda corriente de una jerarquía normativa y conceptual en el ordenamiento jurídico internacional (ilustrada por la consagración del *jus cogens*) ha conformado, a mi modo de ver, la responsabilidad internacional agravada, en casos de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y de crímenes internacionales, con todas sus consecuencias jurídicas. Crímenes internacionales y violaciones del *jus cogens*, por su particular gravedad, afectan los valores básicos de la comunidad internacional como un todo”<sup>223</sup>. Agrega que “desde esta perspectiva, el crimen de Estado se configura como una violación grave

---

<sup>218</sup> *Caesar c. Trinidad y Tobago*, Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11/03/2005, parág. 100.

<sup>219</sup> *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/09/2006, parágs. 99, 100 y 101 y 113 y 114.

<sup>220</sup> *Ibid.*, parágs. 144 y 152 y 153.

<sup>221</sup> *Almonacid Arellano y otros c. Chile, doc. cit.*, parágs. 99, 100-101, 113 y 114.

<sup>222</sup> *Goiburú y Otros c. Paraguay*, Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/09/2006, parág. 84.

<sup>223</sup> *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala, doc. cit.* Voto razonado del Juez Cançado Trindade, parág. 33.

del derecho internacional perentorio (*jus cogens*). El crimen de Estado se torna aún más evidente en la medida en que se establece la intención (falta o culpa), o tolerancia, aquiescencia, negligencia, u omisión, por parte del Estado en relación con violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado [...]”<sup>224</sup>.

#### 4.1.1.2. El *jus cogens* en la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH amplió el desarrollo material del *jus cogens* al afirmar que “en su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”<sup>225</sup>.

Asimismo, afirmó que “el principio **de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado**, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, **y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.**[...] En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”<sup>226</sup>. Agregó que “los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”<sup>227</sup>.

#### 4.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cuando la formulación convencional de un derecho deja espacios de indefinición y no existe consenso o posición común entre los Estados partes en el instrumento sobre la solución adecuada, se entiende que son las instancias nacionales

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, parág. 35.

<sup>225</sup> *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentado, doc. cit.*, parágs. 99.

<sup>226</sup> *Ibid.*, parágs.100-101.

<sup>227</sup> *Ibid.*, parág. 110.

las más adecuadas y mejor colocadas para llenar este vacío: se trata de la doctrina del “margen de apreciación”.

Como señala Pastor Ridruejo, la doctrina del margen de apreciación no ha sido aplicada por el TEDH en los casos relativos a violaciones del derecho a la vida, prohibición de la tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes ni prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados<sup>228</sup>. Este análisis refuerza la afirmación de que determinadas normas tienen el carácter imperativo en el marco convencional europeo. A continuación, y a los efectos ilustrativos, haremos un breve recorrido sobre los aportes del TEDH en la determinación de reglas de derecho como *jus cogens*.

En el caso *Nada c. Suíza*, la Gran Sala citó algunos ejemplos de normas de *jus cogens*: el derecho a la vida; la protección contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud; la prohibición de los malos tratos colectivos; el principio de responsabilidad criminal individual y el principio de “no devolución”. Sin embargo, consideró que el goce de los bienes, la libertad económica, las garantías de un juicio justo o el derecho a un recurso efectivo no están comprendidos dentro del *jus cogens*<sup>229</sup>.

En el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el juez Pinto de Albuquerque, en su opinión concurrente, dijo que “la prohibición de devolución (*non refoulement*) es un principio del derecho internacional consuetudinario, vinculante para todos los Estados, incluso aquellos que no son partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, o de cualquier otro tratado para la protección de los refugiados. Además, se trata de una norma de *jus cogens*, pues no admite excepción alguna y por su carácter perentorio las reservas no están permitidas (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el artículo 42 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo VII 1 del Protocolo de 1967)”<sup>230</sup>.

En el caso *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, el TEDH citó al Tribunal Penal para la ex - Yugoslavia en el caso *Prosecutor c. Furundžija* donde se destacó que la prohibición de la tortura establecido en los tratados de derechos humanos consagra un derecho absoluto, que no puede ser derogado, ni siquiera en situaciones excepcionales. Esto está relacionado con el hecho de que la prohibición de la tortura es una norma imperativa o de *jus cogens*<sup>231</sup>.

En el caso *Jorgić c. Alemania*, el TEDH observó que “los Estados partes de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, a pesar de las propuestas de proyectos anteriores en este sentido, no habían accedido a codificar el principio de jurisdicción universal sobre ese delito. Sin embargo, en virtud del artículo I de la Convención, las partes Contratantes tienen la obligación *erga omnes* de prevenir y sancionar el genocidio, prohibición que forma parte del *jus cogens*”<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> *Op. Cit.* en 199, p. 283.

<sup>229</sup> *Nada c. Suíza, doc. cit.*, parág. 47

<sup>230</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de fondo y satisfacción equitativa, 23/02/2012. Opinión Concurrente del Juez Pinto de Albuquerque. (traducción libre)

<sup>231</sup> *Prosecutor c. Furundžija, doc. cit.*, parág. 144.

<sup>232</sup> *Jorgić c. Alemania*, TEDH, Sala, Sentencia de fondo, 12/07/2007, parág. 68. (traducción libre)

En el caso *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina* donde el TEDH recogió los argumentos de *Human Rights Watch*, destacando el carácter imperativo de la prohibición de la tortura y el principio de “no devolución” (*non-refoulement*) de la protección internacional de refugiados<sup>233</sup>. En el caso *A. c. Países Bajos*, el TEDH reconoció que la prohibición de expulsión de extranjeros que pudieran verse expuestos a torturas o malos tratos constituye una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido reconocida por distinguida literatura académica así como también por una multitud de organismos internacionales.

### 4.3. Conclusiones

La determinación del *jus cogens*, es uno de los problemas que derivan del carácter descentralizado del derecho internacional público. Así, los derechos y deberes incluidos en categorías tales como “fundamentales” o “fundados en el respeto a los derechos “inalienables o inherentes” han contribuido a desarrollar la idea de que ciertos principios generales del derecho internacional forman parte del *jus cogens*. Sin embargo, tales interpretaciones han sido aplicadas en forma heterogénea por los tribunales internacionales y discutidas hasta nuestros días por los juristas más destacados. El *jus cogens*, es una categoría dinámica en expansión.

Uno de los desafíos del derecho internacional contemporáneo será, entonces, establecer parámetros internacionales para la determinación de las normas de *jus cogens*, que colaborará con la precisión de su contenido material y permitirá avanzar en el desarrollo progresivo de las consecuencias de su violación.

Así, algunas pautas para la construcción de estándares internacionales podrían derivar del comportamiento de los Estados en la manifestación del consentimiento relativa a determinados tratados que podrían contener normas imperativas, la inclusión de cláusulas de denuncia, y el uso de las mismas. Asimismo, la incorporación de cláusulas que permitan o prohíban la reservas de determinadas partes del tratado, puede brindar información acerca de la inderogabilidad de ciertas normas y así algunos indicios de la existencia de una norma de *jus cogens*.

En adición, el estudio de la práctica de los tribunales nacionales será relevante a los efectos de comprender el alcance de *jus cogens* dado por las jurisdicciones locales, en especial en frente la invocación de inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros.

Por último, la observancia de la actividad legislativa de los Estados en los contextos de adopción de declaraciones o resoluciones en organizaciones multilaterales podría contribuir a la construcción de patrones unificados.

Estas pautas podrán ayudarnos a la construcción de una teoría general del *jus cogens* y desde allí, analizar con mayor precisión las consecuencias de su violación.

---

<sup>233</sup> *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina*, TEDH, Sala, Sentencia de fondo, 07/02/2012, parág. 48.



## 5. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A NORMAS IMPERATIVAS

### 5.1. Principios generales

La responsabilidad estatal es uno de los principios fundamentales del derecho internacional, surgiendo de la naturaleza del sistema legal internacional y de las doctrinas de la soberanía estatal e igualdad de los Estados.

El artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas contiene un principio rector de las relaciones internacionales: el *pacta sunt servanda* y no obstante que, en general, el derecho internacional carece de procesos que impongan a los Estados coercitivamente su cumplimiento, la práctica habitual es el respeto por estos de las obligaciones asumidas<sup>234</sup>.

El andamiaje del régimen de responsabilidad internacional del Estado se basa en el principio de que “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”<sup>235</sup>.

La expresión “responsabilidad internacional” abarca las relaciones jurídicas nuevas que nacen del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. En esta oportunidad estudiaremos las que derivan de violaciones de obligaciones de interés general —normas de *jus cogens* y *erga omnes*— extendiéndose a otros Estados distintos del lesionado o a la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Cuestiones relativas a la gravedad de la violación y al carácter imperativo de la obligación violada pueden influir en las consecuencias que se generan para el Estado responsable y, en algunos casos, también para otros Estados.

Si tenemos en cuenta, que la responsabilidad del Estado emerge independientemente de la fuente que recepte la obligación violada y que las normas de *jus cogens*, han sido receptadas por el derecho internacional consuetudinario y convencional, es posible agregar que la dualidad de fuentes —característica del derecho internacional público— impediría que los Estados se desobliguen incluso cuando tengan un contenido idéntico, pues las reglas del derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas respecto a las del derecho internacional convencional<sup>236</sup>.

Como se ha indicado en el Capítulo II, en el seno de la CDI se decidió por la exclusión del concepto “crimen de Estado”, pero se determinaron ciertas consecuencias especiales aplicables a las violaciones de normas imperativas que quedaron plasmadas en el Capítulo III de la segunda parte del Proyecto de Artículos de la CDI, que lleva por título “Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general”. No obstante encontrarse fuera del objeto de estudio, el Proyecto de Artículos de la CDI sobre

---

<sup>234</sup> Álvarez Rúa, Elsa, “La responsabilidad internacional del Estado”, en Arredondo, Ricardo (dir.), *Manual de Derecho Internacional Público*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

<sup>235</sup> Art. 1 del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83, 28/01/2002.

<sup>236</sup> Véase *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, doc. cit., parágs. 175- 179.



Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales contiene semejantes disposiciones<sup>237</sup>.

La referencia a consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que puedan existir con relación a “la comunidad internacional en su conjunto”<sup>238</sup>, refuerza la noción de “interés de la comunidad”. Como se hizo mención previamente, esta frase también está presente en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pero allí se refiere a las comunidad internacional “de Estados” en su conjunto.

Como hemos afirmado en el Capítulo I, mientras que las normas imperativas de derecho internacional general —*jus cogens*— se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones y derechos fundamentales, en el caso de las normas respecto de la comunidad internacional en su conjunto —*erga omnes*—, el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento, es decir el derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Nótese que esta es la faz positiva, muchas veces olvidada en el empleo coloquial de la alocución “obligaciones *erga omnes*”, aquí su importancia la reviste la posibilidad discrecional del “ejercicio de un derecho”, sin que implique una obligación.

Teniendo en cuenta estos aspectos, las consecuencias de la violación de cada tipo de normas, debe ser analizado de manera diferenciada, al menos en relación a las normas que únicamente tengan carácter *erga omnes*, pues como hemos indicado todas las normas de *jus cogens*, son *erga omnes* y no en sentido inverso.

En primer lugar, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. En segundo lugar, todos los Estados tienen **derecho** a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. La primera de esas proposiciones ha sido reflejada en los artículos 26<sup>239</sup>, 40<sup>240</sup> y 41<sup>241</sup> del proyecto de Artículos y la segunda se trata en el artículo 48<sup>242</sup>.

---

<sup>237</sup> Arts. 26, 41, 42, 43 y 53. Res. AGNU 66/100, 09/12/2011.

<sup>238</sup> Art. 33: Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte: “1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.

<sup>239</sup> Art. 26. Cumplimiento de normas imperativas: “Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

<sup>240</sup> Art. 40. Aplicación de este capítulo: “1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

<sup>241</sup> Art. 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo: “1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de

Resulta oportuno destacar que únicamente se contemplan consecuencias adicionales para las “violaciones graves”, caracterizadas estas por la propia CDI como de cierta magnitud. Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada, mientras que el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos<sup>243</sup>. No obstante, aunque en algunos casos, la necesidad de cierta intención sistemática está determinada por la norma primaria, las normas imperativas se encuentran entre las prohibiciones más graves en el derecho internacional, por lo que el simple hecho de violación es comúnmente suficiente para categorizarla de “grave”<sup>244</sup>.

Como acertadamente nos indica Crawford, se trata de un marco para el desarrollo progresivo que debería ser ampliamente aceptado. Por un lado, no cuestiona las consecuencias de la responsabilidad del Estado de la primera parte. Por otra parte, reconoce que puede haber violaciones graves de obligaciones fundamentales que requieran algún tipo de respuesta por parte de todos los Estados. En cuanto a las respuestas individuales, las obligaciones impuestas por el artículo 41 no son excluyentes. La más importante, el no reconocimiento, que ya refleja el derecho consuetudinario general<sup>245</sup>, como veremos más adelante.

El *Institut de droit International*, en su Reunión de Cracovia (2005) adoptó una resolución sobre las obligaciones y derechos *erga omnes*, donde diferenció los efectos de las violaciones de las violaciones graves<sup>246</sup>.

---

toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.

<sup>242</sup> Art. 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado: “1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. 2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable: a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. 3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1”.

<sup>243</sup> *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, *doc. cit.*, Comentarios art. 40, parágs. 7 y 8.

<sup>244</sup> Crawford, James, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 381.

<sup>245</sup> *Op. Cit.* en 113, p. 410. Textualmente: “On the one hand it does not call into question established understandings of the conditions for State responsibility as contained in Part One. On the other hand, it recognizes that there can be egregious breaches of fundamental obligations which require some response by all States. As to individual responses, the obligations imposed by article 41 are not demanding. The most important, that of non-recognition, already reflects general international law”.

<sup>246</sup> *Institut de droit International*, “Obligations and rights *erga omnes* in international law”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005). Textualmente: Art. 2: “When a State commits a breach of an obligation *erga omnes*, all the States to which the obligation is owed are entitled, even if they are not specially affected by the breach, to claim from the responsible State in particular: (a) cessation of the internationally wrongful act; (b) performance of the obligation of reparation in the interest of the State, entity or individual which is specially affected by the breach. Restitution should be

Pierre-Marie Dupuy, plantea que “el problema se refiere a la situación legal de *jus cogens* y la cuestión de cómo se especifican las disposiciones relativas al *jus cogens*, pues si el incumplimiento de las normas imperativas no tienen ningún efecto específico sobre las disposiciones relativas a las obligaciones secundarias del Estado perpetrador y, tampoco tiene efecto desde el punto de vista de los derechos del Estado lesionado, no está claro lo que queda de la naturaleza especial de responsabilidad por la comisión de algo parecido a un crimen de Estado, o de la incidencia general de las normas imperativas de la ley de responsabilidad”<sup>247</sup>.

## 5.2. Determinación del carácter de *jus cogens* de la obligación violada

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige **por el derecho internacional**. Tal calificación no es afectada por la que se efectúe conforme el derecho interno, por lo tanto la determinación del carácter de *jus cogens* de la obligación violada también la hará el derecho internacional general.

Como nos indican Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse, “el contenido de las normas imperativas representa, conceptualmente, la manifestación normativa del orden público internacional. Si bien existe consenso sobre qué es una norma imperativa, no existe un criterio generalizado entre los Estados para establecer cuáles son imperativas”<sup>248</sup>. En este punto, la labor de los tribunales internacionales cobra especial relevancia en tanto les compete la interpretación, verificación y determinación de la existencia de las reglas de derecho internacional como medio auxiliar en la teoría general de las fuentes del derecho internacional. A pesar de los debates suscitados en torno a la conveniencia de incluir una lista de normas imperativas, ni el Proyecto de Artículos de la CDI, ni la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados provee ejemplos ilustrativos, quedando su determinación a la merced de la práctica

---

effected unless materially impossible. Article 5 Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligation is owed: (a) shall endeavour to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations; (b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach; (c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach”.

<sup>247</sup>*Op. Cit.* en 8, p. 1076. Textualmente: “The determination of the injured states is, more than anything else, the most direct point for bringing multilateral obligations into the international law of responsibility. The issue is intrinsic to responsibility law and to determining those entitled to invoke responsibility. But the issue goes further and ultimately concerns the whole legal status of *jus cogens* and the question of how specific are the provisions concerning *jus cogens*. If a breach of peremptory rules (as well as having no specific effect on the provisions regarding the secondary obligations of the perpetrator state) has no effect from the viewpoint of the rights of the state objectively injures. It is unclear what is left of either the special nature of responsibility for committing something akin to a State crime, or of the general incidence of peremptory norms on responsibility law”.

<sup>248</sup> *Op. Cit.* en 13, pp. 23-24. Agregan que por ejemplo, que tendrían tal carácter las referidas a la igualdad soberana de los Estados, al cumplimiento de buena fe por las partes de todo tratado en vigor, a los derechos humanos, etc. Por su parte, el principio de la prohibición del recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, contenido en el art. 2.4, de la Carta de la ONU, es generalmente aceptado y reconocido como norma imperativa de derecho internacional general.

convencional, consuetudinaria y, por sobre todo, jurisprudencial<sup>249</sup>. Abi-Saab ilustraba esta situación con la siguiente frase “incluso si la categoría normativa de *jus cogens* era una caja vacía, esa categoría aún era útil; pues sin esa caja, no habría espacio alguno por llenar”<sup>250</sup>.

Recordemos que el artículo 19 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, aprobado en primera lectura, caracterizaba la infracción de las normas que protegían los intereses más fundamentales de la comunidad internacional como crímenes internacionales. Aunque en esa disposición no se hacía referencia al *jus cogens* existía una clara correlación entre esas normas y los ejemplos citados, es decir, la agresión, la denegación del derecho a la libre determinación, la esclavitud, el genocidio, el *apartheid* y la contaminación ambiental masiva.

El *Institut de Droit International*, en la Sesión de Cracovia (2005) destacó el amplio consenso que existía en cuanto a que son ejemplos de obligaciones que reflejan esos valores fundamentales la prohibición de los actos de agresión, la prohibición del genocidio, las obligaciones concernientes a la protección de derechos humanos básicos, las obligaciones vinculadas a la autodeterminación y aquellas vinculadas al medio ambiente de los espacios comunes.

No obstante la consagración de determinadas reglas como *jus cogens* a través de lo que se ha llamado “voceros oficiosos” —como la CIJ, la AGNU, la CDI, el CSNU—, entendemos que se trata de un concepto de desarrollo progresivo que debe ser analizado a la luz de los procedimientos de formación de la costumbre<sup>251</sup>, con la advertencia de no caer en la tentación de extender su contenido de manera irrestricta, pues podría tener consecuencias adversas.

En este punto cabe aclarar que durante los debates celebrados en la CDI y en la Sexta Comisión en 2012 sobre el tópico “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” se planteó el interrogante acerca de si se debía abarcar la formación y documentación de normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Si bien la existencia de esta categoría de derecho internacional “superior” ya no está seriamente en discusión, en la doctrina sigue habiendo

---

<sup>249</sup> Mènard, Maja, “Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on state responsibility: compliance with peremptory norms” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 449-453, en especial p. 450.

<sup>250</sup> Abi-Saab, “The Third World and the future of the international legal order”, *Revue Egyptienne de Droit International*, v. 27 (1973), p. 53 (traducción libre).

<sup>251</sup> Wood, Michael, *Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*, 65° período de sesiones de la CDI (2013), A/CN.4/663, parág. 27. Textualmente: “La mayoría de los miembros de la Comisión y de los representantes en la Sexta Comisión que examinaron la cuestión en 2012 consideraron que sería mejor no incluir el *jus cogens* en el presente tema. Por motivos principalmente pragmáticos, y a fin de no complicar más un tema ya de por sí complejo, el Relator Especial considera que sería preferible no abordar la cuestión como parte del presente tema. Sin embargo, como observaron algunos miembros de la Comisión, ello no impide que de vez en cuando se haga referencia a las normas del *jus cogens* en algún contexto en particular”. Véase también Segundo informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, CDI (2014), 66° período de sesiones, A/CN.4/672, parág. 15: Proyecto de conclusión. Alcance 2. Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la metodología relativa a otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).”.

numerosas controversias en cuanto a su contenido y los elementos de prueba vinculados a él. En este contexto resulta pertinente señalar que continúa un “aura de misterio” en torno a la fuente de las normas del *jus cogens*: algunos juristas internacionales opinan que constituyen una categoría especial de derecho internacional general consuetudinario<sup>252</sup>.

### 5.3. Conclusiones

Si tenemos en cuenta, que la responsabilidad del Estado emerge independientemente de la fuente que recepte la obligación violada y que las normas de *jus cogens*, han sido acogidas por el derecho internacional consuetudinario y convencional, esto impide que los Estados se desobliguen incluso cuando tengan un contenido idéntico, pues las reglas del derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas respecto a las del derecho internacional convencional.

La calificación del carácter de *jus cogens* no estará afectada por la que se efectúe conforme el derecho interno, por lo tanto su alcance estará determinado por el derecho internacional general, a través de su recepción convencional, consuetudinaria e interpretación jurisprudencial.

En la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. Por ejemplo, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto.

---

<sup>252</sup> *Ibid.*, parág. 24-27. “Hay argumentos a favor y en contra de incluir el *jus cogens* en el presente tema. Para algunos, existe la posibilidad de concluir que las normas del derecho internacional consuetudinario son —o pueden llegar a ser— normas de *jus cogens*, y que ambas pueden estar vinculadas por elementos constitutivos comunes. Para otros, el *jus cogens* plantea sus propias dificultades en lo que respecta a la prueba, la formación y la clasificación, que están fuera del alcance del presente tema”.

## 6. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD EN SUPUESTOS DE VIOLACIÓN A NORMAS IMPERATIVAS

Como hemos visto, el cumplimiento de las normas imperativas —con esta terminología— no aparecía en el Proyecto de artículos hasta dos años antes de su adopción, principalmente por la preocupación sobre la indeterminación de la noción de *jus cogens* y la ausencia de ejemplos prácticos —especialmente en la jurisprudencia— acerca del uso del *jus cogens* como una norma superior e inderogable, tanto en el derecho de los tratados como en el derecho de la responsabilidad estatal<sup>253</sup>.

La propuesta de incluir una disposición sobre el cumplimiento de normas imperativas generó divergencia de opiniones, sin embargo no había dudas respecto de la necesidad de establecer una circunstancia que excluyera la ilicitud con el objeto de exonerar a los Estados que cumplieran sus obligaciones dimanantes del *jus cogens*<sup>254</sup>.

Así, el texto del artículo 29 *bis* sobre cumplimiento de una norma imperativa propuesto expresaba lo siguiente: “*La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si en las circunstancias del caso el hecho es necesario según una norma imperativa de derecho internacional general*”<sup>255</sup>.

Algunos miembros estaban enteramente a favor de incluir tal provisión, pues consideraban que era vital la existencia de un artículo que confirmara la prioridad de las normas perentorias sobre otras normas primarias, tal como fuera hecho en el derecho de los tratados y codificado en la Convención de Viena sobre la materia de 1969. Otros miembros demostraron ser más conservadores sobre la inclusión de tal regla, considerando que un conflicto entre dos obligaciones, una de las cuales resultaba de una norma imperativa, era improbable que ocurriese desde que una norma perentoria siempre determinaría el contenido de la obligación primaria. Un tercer grupo de miembros de la CDI se opuso a la inclusión de tal artículo en el Proyecto, a raíz de las incertidumbres respecto del concepto de las normas imperativas, las cuales habían despertado la inquietud de los Estados al momento de la codificación del derecho de los tratados<sup>256</sup>.

De acuerdo con el artículo 29 *bis*, la ilicitud del hecho de un Estado quedaba excluida si ese mismo hecho “era necesario para el cumplimiento de una norma imperativa”. Parecía ser que la solución propuesta se fundamentaba en la teoría general de las fuentes del derecho internacional, y en la jerarquía superior de las normas *jus cogens*.

La sesión siguiente de la CDI (52º, 2000) no introdujo cambios sustanciales en el artículo, que paso a ser el 21, que rezaba así: “*La ilicitud del hecho de un Estado quedará*

---

<sup>253</sup> *Op. Cit.* en 249, p. 450.

<sup>254</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (1999), Anuario de la CDI 1999, v. II, segunda parte, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2), p. 80-81, parág. 309-311. Resumen del debate sobre el artículo 29 *bis*.

<sup>255</sup> Véase Crawford, James, *Segundo Informe sobre Responsabilidad Internacional*, 50º período de sesiones de la CDI (1998), A/CN.4/498/Add.2.

<sup>256</sup> *Op. Cit.* en 249, p. 450.

*excluida si en las circunstancias del caso el hecho es necesario según una norma imperativa de derecho internacional general*".

Finalmente, el artículo en cuestión fue modificado. El respeto de las normas de *jus cogens* no constituía más una circunstancia de exclusión de responsabilidad, sino sería un límite a la invocación de circunstancias eximentes.

El actual artículo 26 del Proyecto de artículos de la CDI nos indica que "Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general". Esta disposición se aplica a todas las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto receptadas en la parte I, Capítulo V.

La regla se basa en la jerarquía normativa de las normas de *jus cogens*, que por sus características, a las que nos hemos referido, ostentan. A continuación, veremos algunas circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho en particular que se han planteado.

## 6.1. Consentimiento

Una situación particular se presentaría en el supuesto del consentimiento prestado con relación a una intervención militar en un Estado por parte de otro Estado o por una organización en su territorio, si entendemos que la prohibición del uso de la fuerza reviste el carácter de *jus cogens*<sup>257</sup>. Al respecto, cabe recordar la opinión separada del juez Elaraby en la Opinión Consultiva sobre la *Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*: "la prohibición del uso de la fuerza [...] es un principio de *jus cogens* universalmente reconocido, una norma imperativa que no admite acuerdo en contrario"<sup>258</sup>.

En cualquier caso, en el aspecto interestatal únicamente podría debatirse la validez de ese consentimiento y eventualmente sus efectos, pero no con relación a las víctimas en un sistema de protección internacional de derechos humanos. Abass sostiene que "la ilicitud de la esclavitud, tortura, genocidio no puede ser excluida por el consentimiento, la prohibición del uso de la fuerza no cae dentro de esta categoría"<sup>259</sup>.

Sin embargo, al aplicar algunas normas imperativas, el consentimiento de un Estado determinado puede ser pertinente. Por ejemplo, un Estado puede consentir válidamente la presencia militar extranjera en su territorio para un fin legítimo. Determinar en qué circunstancias se ha dado válidamente ese consentimiento es también objeto de otras normas de derecho internacional y no de las normas secundarias sobre la responsabilidad de los Estados<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> Véase Green, James A., "Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force", *Michigan Journal of International Law*, v. 32, n. 215, pp. 215-255, en especial pp. 215 -216.

<sup>258</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, CIJ, Opinión Consultiva, 09/07/2004. Opinión separada del juez Elaraby, punto III, 3.1, p. 254. (traducción libre)

<sup>259</sup> Citado en Mansour, Affef Ben, "Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on State Responsibility: consent" en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 447. (traducción libre)

<sup>260</sup> *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, doc. cit., Comentarios al artículo 26.

## 6.2. Legítima defensa

El derecho internacional contemporáneo le prohíbe a los Estados el uso y amenaza de la fuerza y confía a las Naciones Unidas —cuyo Consejo de Seguridad detenta el pseudo-monopolio—y, en su caso a las organizaciones regionales, la adopción de medidas, incluso coercitivas, para restablecer la paz, si esta fuera transgredida. Como ya se ha indicado, en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la CIJ tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la validez de la prohibición de uso de la fuerza como norma consuetudinaria (artículo 2.4 Carta de la ONU), confirmando tal tesis en el hecho de que los representantes de los Estados habitualmente hacen referencia a ella no solo como un principio de costumbre internacional, sino como un principio fundamental o cardinal de ese derecho<sup>261</sup>. En su decisorio, cita la labor de la CDI en el marco de la codificación del derecho de tratados, donde se expresó que “las disposiciones de la Carta relativas a la prohibición del uso de la fuerza en sí mismas constituyen un ejemplo evidente de una norma de derecho internacional que tiene la carácter de *jus cogens*”<sup>262</sup>.

Esta situación no deja de plantear inconvenientes pues si la prohibición del uso o amenaza de la fuerza es una norma de *jus cogens*, el ejercicio de la legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, implicaría también la violación a una norma de *jus cogens*, que en este caso estaría permitida y que frente a cualquier controversia normativa prevalecería en los términos del artículo 103, como hemos visto.

## 6.3. Contramedidas

El artículo 50 del Proyecto de la CDI nos indica las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas, entre las que mencionan “*a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas; b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; d) **Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general***”.

De este artículo es posible hacer una doble lectura: por un lado se reafirma el principio que establece que las circunstancias que excluyen la ilicitud no pueden exonerar el cumplimiento de una norma de *jus cogens*; por el otro, se podría interpretar que tanto los literales a), b) y c) son ejemplos de normas imperativas, siendo el d) la expresión del desarrollo progresivo en lo que refiere a la ampliación material del *jus cogens*.

Dupuy criticó duramente el resultado final plasmado en el Proyecto de artículos de la CDI afirmando que “[...]estamos en la posición poco satisfactoria que estábamos hace 20 años con la convergencia de facto de los conceptos que Ago había

---

<sup>261</sup> *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, doc. cit.*, parág. 190.

<sup>262</sup> *Ibid.* (traducción libre)



introducido en el texto y la práctica de los Estados occidentales: la combinación paradójica de represalias, heredado de la antigua ley internacional de coexistencia, con la defensa de un orden público internacional nacida de la afirmación normativa de la comunidad internacional, cuyos primeros fermentos se pueden encontrar en la Carta de las Naciones Unidas”. En tal sentido agrega que “[l]a combinación es paradójica, porque el primero se pone al servicio de este último. Las represalias que Alland recuerda con razón, son un instrumento, por excelencia, de la justicia privada que están —de manera explícita en la versión final del texto— puestas al servicio de una ley imperativa que, por el contrario, expresa la primacía de los valores comunes sobre los intereses soberanos. Esta combinación es por definición precaria, ya que no es natural: **la defensa del orden público, en principio presupone la centralización de las sanciones: las contramedidas, por el contrario, son descentralizadas**”<sup>263</sup>, producto de la estructura individualista de la comunidad internacional. A pesar de ello, Dupuy se diferencia de Alland, pues no considera inconveniente la introducción de derecho imperativo en el contexto de las reglas sobre responsabilidad.

#### 6.4. Estado de necesidad

La CIJ también ha contribuido en la interpretación del “estado de necesidad” como causal excluyente de la ilicitud. Así, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte se refirió en forma expresa al artículo 25 del Proyecto al evaluar si Israel podría invocar el estado de necesidad como motivo de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro. De este modo, la Corte recordó que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario, que sólo se puede aceptar en casos excepcionales, y bajo ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente. Así, basó su opinión aplicando exactamente los mismos requisitos que se despreñden del Proyecto en el referido artículo 25 y rechazó la excepción interpuesta por Israel ya que consideró que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido no era la única forma de salvaguardar los intereses

---

<sup>263</sup> *Op. Cit.* en 8, p. 1078. Textualmente: “Undoubtedly, as Denis Alland has no hesitates to do, one can say that the text on the international responsibility of states for wrongful acts recently adopted by the UN General Assembly contains neither the words “countermeasures of general interests” nor any synonymous expression, nor even an explicit allusion to any concept corresponding to it. We are thus finally left in the rather unsatisfactory position we were in 20 years ago with the facto convergence of the concepts Ago had introduced into the text and the practice of Western states: the paradoxical combination of reprisals, inherited from the old international law of coexistence, with the defence of an international ordre public born from the normative affirmation of an international community, the first fermentos of which can be found in the United Nations Charter. The combination is paradoxical because the former are placed at the service of the latter. Reprisals – which- Denis Alland rightly recalls are an instrument par excellence of private justice- are (explicitly in the final version of the text) placed at the service of a peremptory law that, by contrast, expresses the primacy of common values over sovereign interests. This combination is by definition precarious, since it is unnatural: defence of the ordre public in principle presupposes the centralization of the sanctions its merit: countermeasures by contrast are decentralized”.

de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción<sup>264</sup>. No obstante, aun si los requisitos para invocar el estado de necesidad se hubieran reunido, esta circunstancia debería haberse analizado a la luz de la naturaleza de las obligaciones violadas, que en el caso incluían algunas de carácter *erga omnes* y de *jus cogens*, entre las que menciona la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y algunas obligaciones de derecho internacional humanitario. En consecuencia habría sido de aplicación el artículo 26.

## 6.5. Conclusiones

Las reglas aplicables a la exclusión de responsabilidad frente a la violación de normas imperativas nos permiten inferir que, por un lado, se reafirma el principio que establece que las circunstancias que excluyen la ilicitud no pueden exonerar el cumplimiento de una norma de *jus cogens* y, por el otro, que enuncian ejemplos de normas imperativas, tratándose de una expresión del desarrollo progresivo relativa a la ampliación material del *jus cogens*.

Esta limitación tendría su fundamento en la jerarquía normativa de las normas de *jus cogens*.

En la práctica se han planteado algunas circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho, no obstante se ha confirmado la regla del artículo 26 del Proyecto de Artículos.

---

<sup>264</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado, doc. cit.*, parág. 140.



## 7. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE NORMAS DE *JUS COGENS*

De conformidad con el Proyecto de artículos de la CDI, en caso de una violación grave de una obligación *erga omnes*, los terceros Estados podrán<sup>265</sup>:

1) Exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición.

2) Reclamar el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3) Tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada<sup>266</sup>.

Casasse, destaca con claridad que la CDI contempló tres niveles de clases de obligaciones:

1) Obligaciones que son contractuales en su naturaleza.

2) Obligaciones *erga omnes*.

3) Obligaciones impuestas por normas imperativas<sup>267</sup>.

Agrega que esta estructura es piramidal en el sentido de que el alcance de las reacciones legales por parte de los terceros Estados a una violación grave de estas obligaciones se expande con el pasaje de un nivel al otro: las obligaciones sinalagmáticas no implican la acción de ningún tercer Estado; la violación de las obligaciones *erga omnes* provocan las consecuencias explicadas anteriormente y las violaciones de las obligaciones derivadas de obligaciones imperativas ocasionan las anteriores más las tres obligaciones adicionales: la de cooperar para ponerle fin, la de abstenerse de cooperar para mantener la violación y la de no reconocimiento.

En el caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, el juez *ad-hoc* Gaja, en su voto en disidencia, expresó que “[...]si bien la obligación de reparación

---

<sup>265</sup> Art. 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado: “1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. 2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable: a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. 3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1”.

<sup>266</sup> Art. 54. Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado: “Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

<sup>267</sup> *Op. Cit.* en 120, p. 416.

difícilmente puede ser vista como una obligación imperativa, el hecho de que la supuesta infracción se refiera a una obligación de *jus cogens*, puede tener algunas consecuencias relevantes. El artículo 41 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos enumera algunas de las consecuencias de una violación grave de una norma imperativa de derecho internacional, siendo estas adicionales a las derivadas de un hecho ilícito común. Los apartados 1 y 2 enumeran algunas de las consecuencias específicas y el párrafo 3 se refiere a ‘*toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional*’. Aunque la cuestión de la inmunidad de jurisdicción no se ha mencionado en el texto del artículo o en el comentario correspondiente, **una restricción de la inmunidad podría ser considerada como una consecuencia apropiada que fortalezca la eficacia del cumplimiento de la obligación de reparar**. Esto contribuiría a eliminar las dudas sobre el derecho de un Estado de ejercer su jurisdicción en la zona gris’ por daños causados por actividades militares de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro. En otras palabras, incluso si la inmunidad cubriera las reivindicaciones generales relacionadas con los daños causados por las actividades militares en el territorio del Estado del foro, no se extendería a los reclamos relativos a las matanzas de civiles o de tortura en el mismo territorio”<sup>268</sup>.

Pinto nos indica que la idea de la legitimación para la adopción de medidas como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* es antigua. En este sentido, nos recuerda a Heffter, que señalaba que “una potencia neutral puede tomar parte en las represalias de otra con objeto de poner fin a las violaciones del derecho internacional o a procedimientos contrarios a la humanidad y a la justicia. En este caso, los Estados cumplen simplemente un deber común trazado por la naturaleza. Como órganos supremos y múltiples de la humanidad, les compete hacer respetar sus leyes donde quiera que fuesen violadas”<sup>269</sup>.

En suma, el Proyecto de artículos impone dos tipos de deberes expresos frente a la violación grave de una obligación de una norma imperativa del derecho internacional general: un deber positivo de cooperar para poner fin a la violación y un deber negativo, que comprende dos obligaciones, el “no reconocimiento” y “la abstención de prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación”. Sin perjuicio de ello, no debemos dejar de señalar que el artículo 41.3 prevé toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional, dejando abierta la posibilidad de añadir otros efectos, según la violación de la norma primaria.

## 7.1. Obligación de no reconocimiento

La práctica internacional nos demuestra la existencia de actos unilaterales de los Estados que producen efectos jurídicos obligatorios con independencia de otros

---

<sup>268</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.*, Voto en disidencia del juez *Ad-hoc* Gaja, parág. 10 (traducción libre, énfasis agregado).

<sup>269</sup> *Op. Cit.* en 76, p. 10. Véase también Pinto, Mónica, El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional Disponible en Audiovisual Library of International law, Naciones Unidas [http://legal.un.org/avl/ls/Pinto\\_CT\\_video.html](http://legal.un.org/avl/ls/Pinto_CT_video.html).

actos. Se trata de actos que crean no normas generales sino obligaciones particulares para el Estado del que emanan, pero que en todo caso tienen cabida en la teoría de las fuentes del derecho internacional<sup>270</sup>. En resumen, los actos unilaterales se caracterizan por los siguientes rasgos: emanan de un solo sujeto de Derecho Internacional<sup>271</sup>; no dependen para ser eficaces de ningún otro acto jurídico; no producen nunca obligaciones para terceros; y producen efectos jurídicos obligatorios y exigibles para el Estado del que emana el acto<sup>272</sup>. Barberis agrega que el acto unilateral debe ser regido por el derecho de gentes.

El reconocimiento constituye la manifestación de la voluntad de aceptar las consecuencias jurídicas de un determinado hecho o situación creada por otro sujeto de derecho internacional, y su consecuente imposibilidad de desconocimiento posterior.

La obligación de no reconocimiento de una situación ilegal está basada en el principio general de que los derechos no pueden derivar de un hecho ilegal *ex injuria jus non oritur*.

El fundamento de la obligación de no reconocimiento es para prevenir, la convalidación de una situación ilegal procurando garantizar que un *fait accompli* resultante de una ilegalidad seria no se consolide y cristalice a lo largo del tiempo<sup>273</sup>. Como señala Brownlie, esta situación podría ocurrir en raros casos como resultado de la posesión prolongada o aquiescencia general por parte de la comunidad internacional. En estas circunstancias, como indica Lauterpacht, la función del no reconocimiento es reivindicar el carácter legal del derecho internacional contra el efecto cristalizador que pueden tener ciertos hechos<sup>274</sup>.

Esta obligación ha sido receptada por la CDI en el artículo 41. 2. “*Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación*”. De aquí se deriva que una de las consecuencias de la violación a una norma imperativa es una obligación expresada en términos negativos puesta en cabeza de todos los Estados “no reconocer”. Sólo las violaciones graves a normas imperativas imponen esta obligación. Esta obligación de “no hacer”, solo tiene relevancia, cuando el Estado infractor intenta valerse de esa situación ilegal para reivindicar algún derecho.

La CDI ha considerado que la existencia de una obligación de no reconocimiento ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la CIJ<sup>275</sup>. En especial, se han detectado experiencias vinculadas a la adquisición

---

<sup>270</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 13ª Edición, Madrid, 2009, p. 140.

<sup>271</sup> *Op. Cit.* en 34, p. 132. Julio Barberis contempla la posibilidad de que la manifestación de voluntad emane de más de un sujeto de derecho internacional, pues lo que otorga al actor el carácter de “unilateral” no es el número de sujetos que lo realizan, sino el sentido de la declaración.

<sup>272</sup> Suy, E, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, 1962, p. 44. Conf. Pastor Ridruejo, *Op. Cit.*, p.141, Díez de Velasco, *Op. Cit.*, p.149-157.

<sup>273</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, *doc. cit.*, parág. 121.

<sup>274</sup> Dawidowicz, Martin, “The Obligation of non-recognition of an unlawful situation” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 677-678.

<sup>275</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, comentario al artículo 41, parágs. 6-9.

territorial por medio del uso de la fuerza. Una clara ilustración la podemos ver reflejada en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, por cuanto establece que “no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o uso de la fuerza”<sup>276</sup>, que fuera considerada por la CIJ como la expresión de una *opinio iuris* con respecto a la regla por el consentimiento unánime expresado<sup>277</sup>.

El CSNU ha tenido la oportunidad de establecer esta obligación en varias de sus resoluciones. A los efectos ilustrativos podemos mencionar la primera resolución que lo contempla<sup>278</sup>, vinculada a Rhodesia del Sur a través de la cual decide “pedir encarecidamente a todos los Estados que no reconozcan este régimen de una minoría racista de Rhodesia del Sur y se abstengan de prestar asistencia a este régimen ilegal”<sup>279</sup>. Posteriormente decidió que “todos los Estados no reconozcan esa autoridad ilegal ni mantengan relaciones diplomáticas ni de otra índole con esa autoridad ilegal”<sup>280</sup>.

Otro ejemplo es el relativo al Sudoeste Africano (Namibia) que, luego de varias resoluciones, solicitó “a todos los Estados que se abstengan de cualquier relación — diplomática, consular o de cualquier tipo— con Sudáfrica que implique el reconocimiento de la autoridad del gobierno de Sudáfrica sobre el Territorio de Namibia”<sup>281</sup>. La presencia de Sudáfrica en Namibia fue catalogada como una presencia continua e ilegal contraria a la Carta<sup>282</sup>.

---

<sup>276</sup> Res. AGNU 2625 (XXV), 24/10/1970.

<sup>277</sup> *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, doc. cit., parág. 188: “La Corte constata pues que las partes están de acuerdo en considerar que los principios relativos al empleo de la fuerza que figuran en la Carta de las Naciones Unidas corresponden, en lo esencial, a los que se encuentran en el derecho internacional consuetudinario. Las partes están, pues, de acuerdo en que el principio fundamental de esta materia se expresa en los términos utilizados por el art. 2.4 de la Carta. Aceptan por tanto, una obligación convencional de abstenerse, en sus relaciones internacionales de la amenaza o el empleo de la fuerza, bien contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, bien de cualquier otra manera incompatible con los fines de las Naciones Unidas. La Corte debe, sin embargo, asegurarse de la existencia, en el derecho internacional consuetudinario, de una *opinio iuris* relativa al valor obligatorio de tal abstención. Esta *opinio iuris* puede deducirse, aunque con la prudencia necesaria, de la actitud de las partes y de la actitud de los Estados con respecto a ciertas resoluciones de la Asamblea General, sobre todo, la resolución 2625(XXV) [...]. El efecto producido por el consentimiento acerca del texto de tales resoluciones no puede ser interpretado como el de una simple llamada o una simple especificación del compromiso convencional adquirido por medio de la Carta. Puede por el contrario interpretarse como una adhesión al valor de la regla o de las series de reglas declaradas por la resolución, en sí mismas consideradas [...]. La toma de posición mencionada puede aparecer como la expresión de una *opinio iuris* con respecto a la regla (o a la serie de reglas) en cuestión, considerada en lo sucesivo independientemente de las disposiciones, sobre todo institucionales, a las cuales está sometido, en el plano convencional de la Carta”. (traducción libre)

<sup>278</sup> *Op. Cit.* en 274, p. 679.

<sup>279</sup> Res. CSNU 216, 12/11/1965. 1258ª sesión por 10 votos contra ninguno, 1 abstención (Francia).

<sup>280</sup> Res. CSNU 217, 20/11/1965. 1265ª sesión por 10 votos contra ninguno. 1 abstención (Francia).

<sup>281</sup> Res. CSNU 283, 29/07/1970, 1550ª sesión, 13 votos a favor ninguno en contra, 2 abstenciones (Francia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

<sup>282</sup> Res. CSNU 264, 20/03/1969, 1465ª sesión, 13 votos a favor ninguno en contra, 2 abstenciones (Francia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

Como ha señalado la CDI, las consecuencias de la obligación de no reconocimiento van acompañadas de ciertas reservas. En la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, la CIJ, aun afirmando que la ilegalidad de la situación era oponible *erga omnes* y destacando que esa situación no podía ser reconocida como lícita ni siquiera por Estados que no fueran miembros de las Naciones Unidas, dijo que: “[...] el no reconocimiento de la administración sudafricana en el Territorio no debería tener por efecto privar al pueblo de Namibia de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional. En particular, aunque las medidas adoptadas oficialmente por el Gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en lo que se refiere a Namibia después de la terminación del mandato son ilegales o nulas, esa nulidad no puede hacerse extensiva a actos como, por ejemplo, el registro de los nacimientos, fallecimientos y matrimonios, cuyos efectos, de ser ignorados, solo sería en detrimentos de los habitantes del territorio”<sup>283</sup>.

El CSNU también se ha pronunciado al respecto. En los años posteriores, en el contexto de la situación de Lesoto - Sudáfrica —por la obligación impuesta a Lesoto de reconocer el batunstán del Transkei— exhorto a todos los gobiernos que “se nieguen a conceder alguna forma de reconocimiento a al llamado Transkei independiente”<sup>284</sup>.

También se ha pronunciado en este sentido en relación a los Territorios ocupados por Israel, por causa de la implementación de la “ley básica” y demás medidas legislativas que tengan como fin alterar el estatuto de Jerusalén<sup>285</sup>. En este contexto, confirmó una vez más que “todos los actos y medidas de carácter legislativo y administrativo que haya tomado Israel, la Potencia ocupante, con el fin de alterar el carácter y estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, carecen de validez jurídica y constituyen una violación manifiesta del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra”. Y agregó que “las medidas que han alterado el carácter geográfico, demográfico e histórico y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén son nulas y carentes de valor y deben dejarse sin efecto en cumplimiento de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad”<sup>286</sup>. Posteriormente determinó que “la ocupación de los Altos del Golán es nula y no tiene efecto alguna desde el punto de vista del derecho internacional”<sup>287</sup>.

En la Opinión Consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, la CIJ dijo que en lo que respecta a las consecuencias legales para terceros Estados (otros que Israel), estos tienen la obligación de no reconocer ninguna situación ilegal creada por la construcción del muro, ni prestar ayuda o

---

<sup>283</sup> *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, CIJ, Opinión Consultiva, 21/06/1971, parágs. 121-125, 133.

<sup>284</sup> Res. CSNU 402, 22/12/1976, 1982ª sesión, aprobada por consenso.

<sup>285</sup> Res. CSNU 478, 20/08/1980, 2245ª sesión, 14 votos a favor ninguno en contra, 1 abstención (Estados Unidos).

<sup>286</sup> Res. CSNU 476, 30/06/1980, 2242ª sesión, 14 votos a favor ninguno en contra, 1 abstención (Estados Unidos).

<sup>287</sup> Res. CSNU 497, 17/12/1981, 2319ª sesión, aprobada por unanimidad.



asistencia para mantener esa situación y de cooperar para poner fin a la alegada violación y asegurar reparación. Algunos Estados participantes sostuvieron que los Estados partes a los Convenios de Ginebra de 1949 tenían la obligación de juzgar o extraditar a los autores de tales violaciones<sup>288</sup>. La CIJ analizó las consecuencias para otros Estados, para ello comenzó afirmando que las obligaciones violadas por Israel incluían algunas de carácter *erga omnes*, entre las que menciona la obligación de respetar el derecho del pueblo Palestino a la autodeterminación y algunas obligaciones de derecho internacional humanitario<sup>289</sup>. Así, la CIJ entendió que dado el carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, todos los Estados tienen la obligación **de no reconocer una situación ilegal resultante** de la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados en y alrededor de Jerusalén Oriental. También tienen la **obligación de no prestar ayuda o asistencia en mantener la situación creada por tal construcción.**<sup>290</sup>

Otro ejemplo se da en el asunto de la República Turca de Chipre Septentrional, donde exhorto a todos los Estados a que no reconozcan ningún Estado que no sea la República de Chipre<sup>291</sup>. Posteriormente reitero que “no reconozcan el pretendido Estado de Republica Turca de Chipre Septentrional” establecido por actos secesionistas<sup>292</sup>.

En relación a la invasión iraquí a Kuwait en 1990, el CSNU pidió a los Estados que se “abstengan de reconocer a la potencia ocupante”<sup>293</sup>, días más tarde solicito a todos los Estados que “se abstengan de reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como reconocimiento indirecto de la anexión”<sup>294</sup>.

Frente a la situación desatada en Crimea en 2014, el CSNU, por causa del veto ejercido por parte Rusia, se vio impedido de adoptar una resolución. No obstante, la AGNU aprobó una resolución sobre Ucrania en la cual solicita “que desistan y se abstengan de cometer actos encaminados a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de Ucrania, incluidos los intentos de modificar las fronteras de Ucrania mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otros medios ilícitos” y “exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol sobre la base del citado referendo y a

---

<sup>288</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, doc. cit., parág. 146.

<sup>289</sup> *Ibid.* parágs. 154-55.

<sup>290</sup> *Ibid.*, parág. 159. (énfasis agregado)

<sup>291</sup> Res. CSNU 541, 18/11/1983, 2500ª sesión, aprobada por 13 votos a favor, uno en contra (Pakistán) y una abstención (Jordania).

<sup>292</sup> Res. CSNU 550, 11/05/1984, 2539ª sesión, aprobada por 13 votos a favor, uno en contra (Pakistán) y una abstención (Estados Unidos).

<sup>293</sup> Res. CSNU 661, 06/08/1990, 2933ª sesión, aprobada por 13 votos a favor, y dos abstenciones (Cuba y Yemén).

<sup>294</sup> Res. CSNU 662, 09/08/1990, 2934ª sesión aprobada por unanimidad.

que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado<sup>295</sup>.

En relación al derecho a la autodeterminación de los pueblos, la CIJ ya se había pronunciado acerca de su carácter *erga omnes* en el asunto relativo a *Timor del Este*, así como lo había hecho la AGNU en su Resolución 2625 (XXV)<sup>296</sup>.

Hasta aquí la obligación de no reconocimiento ha sido aplicada a situaciones derivadas de adquisición territorial por la fuerza, *apartheid*, discriminación racial, negación del derecho de autodeterminación y principios básicos del derecho internacional humanitario. De esta práctica se colige que la idea de que esta obligación es aplicable a todas las violaciones de normas imperativas aún no es clara, por lo tanto no es posible afirmar que la obligación de no reconocimiento es una consecuencia de toda violación a las normas de *jus cogens*. Lo que resulta decisivo es si la situación ilegal que se genera de la violación persigue una reivindicación legal de *status* o derechos por parte del Estado infractor. Por ejemplo, situaciones creadas por actos de genocidio, tortura, o crímenes contra la humanidad no generan la obligación de no reconocimiento, pues no tienen consecuencias que puedan ser negadas por todos los Estados<sup>297</sup>. De hecho, sería hasta preocupante, que un Estado no reconociera la comisión de genocidio, tortura o crímenes contra la humanidad, pues podría derivar en el incumplimiento de la obligación de “cooperar para ponerle fin” y de otras obligaciones *erga omnes*, algunas establecidas convencionalmente.

En el comentario al artículo 41.2, la CDI se refiere a situaciones que — virtualmente sin excepción— toman la forma de reclamos legales, usualmente territoriales<sup>298</sup>. En otras palabras, todos los ejemplos mencionados se refieren a situaciones emergentes de promulgaciones formales o cuasi formales que intentan tener un efecto *erga omnes*.

En la interpretación realizada por el tribunal de Casación italiano en el caso *Ferrini c. Republica Federal Alemana* —que diera lugar a la demanda promovida por Alemania contra Italia por ante la CIJ—, se refirió al artículo 41, inc. 2 (Proyecto de artículos de la CDI) con relación al 40 y concluyó que “el hecho de garantizar inmunidad estatal en caso de hechos ilícitos que constituyen violaciones graves a normas de *jus cogens* es contraria a la obligación colectiva de no reconocimiento de la legalidad de tal situación por la comunidad internacional en su conjunto”<sup>299</sup>. Sin embargo, en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la CIJ dijo que “el reconocimiento de la inmunidad de un Estado extranjero, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario no equivale a reconocer como lícita una

---

<sup>295</sup> Res. AGNU 68/262 (2014), 27/03/2014. parágs. 2 y 6. El texto de la resolución fue aprobado por 100 votos a favor, 11 en contra y 58 abstenciones, mientras que 24 Estados decidieron no participar en la votación.

<sup>296</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, doc. cit., parág. 156.

<sup>297</sup> *Op. Cit.* en 274, p. 683.

<sup>298</sup> Anexión de Manchuria por Japón, Kuwait por Irak, Sudáfrica por Namibia, la Declaración unilateral de independencia en Rhodesia, y la creación de Batunstán en Sudáfrica.

<sup>299</sup> *Ferrini c. Republica Federal Alemana*, Corte Suprema Italiana, Sentencia N° 5044 de 11/03/2004, parág. 8. Cit en Hafner, Gerhard, Kohen, Marcelo G. y Breau, Susan (edits.), *State Practice regarding state immunities*, Martinus Nijhoff y VSP, Copublicación con el Consejo de Europa, Países Bajos, 2006.

situación creada por la violación de una norma de *jus cogens*, o prestar ayuda y asistencia para mantener esa situación, y por lo tanto no puede contravenir el principio en el artículo 41 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado<sup>300</sup>.

En consecuencia, en la inteligencia del artículo 41.2, la obligación de no reconocimiento está basada en el derecho consuetudinario y se aplica a cualquier situación ilegal que resulte de una violación grave de una norma imperativa en aquellos casos en que esa situación resulte en la reivindicación de un reclamo legal por parte del Estado infractor. Si, por ejemplo, el reconocimiento se obtuviera por parte del Estado lesionado, tampoco sería válido, pues ese “consentimiento” debe ser interpretado a la luz del artículo 26 del Proyecto de artículos, al que nos hemos referido en el capítulo anterior. Además de que ese reconocimiento no excluye el interés de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

A pesar de que la CDI no indica el contenido de la obligación, se puede advertir que ésta incluye tanto los actos de reconocimiento, como aquellos que puedan implicar el reconocimiento. Sin embargo, su aplicación dependerá de la norma de *jus cogens* violada y del comportamiento del Estado infractor.

## 7.2. Obligación de no prestar asistencia

La segunda obligación prohíbe a los Estados prestar ayuda o asistencia para mantener una situación creada por una violación grave.

La última parte del artículo 42 del Proyecto de la CDI deja en claro que las consecuencias jurídicas se adicionan a las estipuladas para todas las violaciones en los capítulos I y II de la segunda parte. En consecuencia, una violación grave en los términos del artículo 40, genera para el Estado responsable, además, la obligación de cesar el hecho ilícito, cumplir su obligación y, en el caso, dar garantías y seguridades de no repetición.

No debemos ignorar que el artículo 41.3 prevé toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional, que pueda ser determinada por la norma primaria. Este párrafo refleja el convencimiento de que el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo<sup>301</sup>.

La obligación abarca nociones de independencia y solidaridad que subyacen la Carta de las Naciones Unidas y reafirmadas en la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>302</sup>.

La práctica estatal brinda algunos ejemplos de violaciones a normas imperativas donde se exige una reacción por parte de todos los Estados para contrarrestar los efectos de la violación. Este fue el pensamiento detrás de algunas resoluciones del CSNU condenando el *apartheid* en Sudáfrica, a las cuales nos hemos

---

<sup>300</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.*, parág. 93. (traducción libre)

<sup>301</sup> *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, *doc. cit.*, comentario al art. 41, p. 316.

<sup>302</sup> Véase HB Jorgensen, Nina, “The obligation of non-assistance to the responsible state” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 690.

referido previamente. Así por ejemplo, el CSNU decidió que todos los Estados cesarán todo suministro de armas y material conexo de todo tipo y llamó a todos los Estados, incluidos los no miembros, a cumplir con la resolución<sup>303</sup>.

En la cuestión relacionada a los territorios bajo administración portuguesa, el CSNU pidió a todos los Estados que se “abstengan inmediatamente de brindar asistencia al Gobierno de Portugal que lo ponga en posición de continuar con la represión que ejerce sobre los pueblos de los territorios por él administrados”<sup>304</sup>.

Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el CSNU, ha adoptado algunas resoluciones en situaciones calificadas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas. Así, ha decidido, entre otras medidas, que “que los Estados deberán impedir que se suministren, vendan o transfieran directa o indirectamente al EIJL, el FAN y demás personas, empresas o entidades asociados con Al-Qaida desde su territorio o [...] proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, incluso reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas nacionales fuera de su territorio, [...] y asesoramiento, asistencia o adiestramiento técnicos relacionados con actividades militares [...]”<sup>305</sup>.

La obligación de no prestar asistencia al Estado responsable está limitada a actos que podrían ayudar a preservar la situación creada por la violación. No incluye cooperación internacional con el Estado en otras aéreas. El artículo 16 del Proyecto también hace referencia a la responsabilidad de un Estado que ayuda o asiste a otro en la “comisión de un hecho ilícito”, si lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito y si el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia. La diferencia es evidente, el artículo 41.2 es de aplicación luego de la violación, el 16 es aplicable a la comisión del hecho ilícito. Entonces si se trata de una violación en los términos del artículo 40, un Estado que ayude o asista también estaría comprendido por el artículo 16 y en suma sería también responsable de la violación en el caso.

En la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, la CIJ reiteró la obligación a todos los Estados de las Naciones Unidas de reconocer como ilegal la presencia de Sudáfrica en Namibia, y agregó que también tenían la obligación de abstenerse de brindar apoyo a cualquier forma de asistencia a Sudáfrica con relación a su ocupación de Namibia<sup>306</sup>. A pesar de que los Estados no miembros no estaban obligados por los artículos 24 y 25 de la Carta, fueron llamados a prestar ayuda en la

---

<sup>303</sup> Res. CSNU 418, 04/11/1977. 2046ª sesión, aprobada por unanimidad.

<sup>304</sup> Res. CSNU 218, 23/11/1965. 1268ª sesión, aprobada por 7 votos contra ninguno, 4 abstenciones (Estados Unidos, Francia, Países Bajos y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

<sup>305</sup> Res. CSNU 2170, 15/08/2014, 7242ª sesión. Véase también Res. CSNU 1373, 28/09/2001, 4385ª sesión.

<sup>306</sup> *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, CIJ, Opinión Consultiva, 21/06/1971, parág. 119.

acción que las Naciones Unidas había emprendido respecto a Namibia<sup>307</sup>. La CIJ sostuvo que la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia era oponible a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que era mantenida en violación al derecho internacional: en particular, ningún Estado que estableciera relaciones con Sudáfrica respecto de Namibia podía esperar que las Naciones Unidas o sus miembros reconocieran la validez o efectos de esa relación, o sus consecuencias<sup>308</sup>.

La existencia de consecuencias para todos los Estados fue confirmada por la CIJ en la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Allí indicó que en cuanto a las consecuencias legales de otros Estados distintos a Israel, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer como ilegal una situación que surja de la construcción del muro, no prestar ayuda o asistencia en mantener esa situación y cooperar con miras a ponerle fin a las alegadas violaciones y a garantizar la reparación para ello<sup>309</sup>.

### 7.3. El deber de cooperar

La cooperación internacional es uno de los propósitos de las Naciones Unidas y al cual diversas organizaciones regionales remiten entre sus objetivos.

Según el párrafo 1 del artículo 41 del Proyecto de la CDI, los Estados tienen el deber positivo de cooperar para poner fin a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

La solidaridad frente a un incumplimiento flagrante y sistemático de un Estado al observar una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional implica una obligación positiva dirigida a todos los Estados a participar en la acción pública en nombre de la comunidad internacional para proteger los intereses comunes. Esta obligación opera en conjunción con los derechos y poderes de los Estados directamente e indirectamente lesionados<sup>310</sup>.

La obligación de cooperar puede materializarse a través de una organización internacional competente, universal, regional o también de manera no institucionalizada. En este último caso cualquier Estado podría adoptar medidas descentralizadas lícitas, como las contramedidas.

Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el CSNU, ha adoptado algunas resoluciones que ponen de manifiesto la obligación de cooperar en situaciones calificadas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas. Así, por ejemplo, “los Estados deberán impedir la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles fronterizos eficaces y controles de la emisión de documentos de identidad y de viaje, y mediante la

---

<sup>307</sup> Véase. Art. 2. 6: “La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

<sup>308</sup> *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *doc. cit.*, parág. 125.

<sup>309</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado doc. cit.*, parág. 146.

<sup>310</sup> *Op. Cit.* en 302, p. 695.

adopción de medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje[...]y exhorta a todos los Estados Miembros a que, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, cooperen en las iniciativas para enfrentar la amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros[...]”<sup>311</sup>.

Por otro lado, respecto de las violaciones menos graves, el derecho internacional no prevé ninguna sanción institucionalizada. Las sanciones tienen carácter descentralizado; son decididas y aplicadas por los propios Estados, y su eficacia está condicionada por el nivel de poder e interés propio de los Estados. La evolución más próxima respecto de las sanciones por violaciones menos graves, se ha desarrollado en materia de contramedidas, aunque, como indica, sin hesitar, Alland “[...] el texto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos [...] no contiene ni las palabras ‘contramedidas de interés general’, ni ninguna expresión sinónima, ni siquiera una alusión explícita a cualquier concepto que le corresponda”<sup>312</sup>.

La Carta de las Naciones Unidas, impone a los miembros, la obligación de prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad<sup>313</sup> y la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas refleja el consenso al respecto<sup>314</sup>.

Este deber ha sido recordado por la CIJ en la Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre Genocidio* donde, al referirse al genocidio como un crimen internacional, indica una de las consecuencias del carácter universal de la condena al genocidio y la cooperación internacional necesaria para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso” (Preámbulo de la Convención)<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup>Res. CSNU 2178, 24/09/2014, 7272ª sesión.

<sup>312</sup>*Op. Cit.* en 8, p. 1078. (traducción libre)

<sup>313</sup>Art. 49 Carta ONU.

<sup>314</sup>La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta: “Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias. A este fin: a) Los Estados deben cooperar con otros Estados en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; b) Los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa; c) Los Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana y la no intervención; d) Los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen el deber de adoptar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta”.

<sup>315</sup>*Reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, doc. cit.*, p. 23.

#### 7.4. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere, aut judicare*)

En reiteradas oportunidades los Estados han expresado el deseo de cooperar entre sí, y con los tribunales internacionales competentes, en la lucha contra la impunidad por los delitos, en particular los de trascendencia internacional<sup>316</sup>. Así, la fórmula “extraditar o juzgar” (en latín ‘*aut dedere aut judicare*’) se utiliza comúnmente para designar “la obligación alternativa concerniente al presunto autor de una infracción, [...] que figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos”<sup>317</sup>. Cabe recordar que, en 2011, el entonces Relator Especial Galicki propuso, en su cuarto informe, el siguiente proyecto de artículo 4, titulado “la costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*”, con la siguiente redacción: “1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional. 2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a [las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra] 3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*jus cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2.”

No obstante, el proyecto de artículo no fue bien recibido ni en la CDI ni en la Sexta Comisión. Hubo desacuerdo general con la conclusión de que la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar pudiera deducirse de la existencia de normas consuetudinarias que prohibían determinados crímenes internacionales. Sin perjuicio de ello, posteriormente se planteó la cuestión del impacto del principio *aut dedere aut judicare* en la responsabilidad internacional cuando guardaba relación con obligaciones *erga omnes* o normas de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura. Al respecto, la delegación mexicana sugirió que se hiciera un análisis de los siguientes aspectos: a) frente a quién se tiene la obligación; b) quién puede solicitar una extradición; y c) quién tiene interés jurídico para invocar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplir su “obligación de juzgar o extraditar”<sup>318</sup>.

Si bien la relación entre la obligación de extraditar y la obligación de juzgar no es idéntica, las disposiciones correspondientes parecen estar encuadradas en dos categorías fundamentales: a) las cláusulas según las cuales la obligación de juzgar sólo

---

<sup>316</sup> Véase, por ejemplo, Res. AGNU 2840 (XXVI), 18/12/1971, “Cuestión del castigo de los crímenes de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”; Res. AGNU3074 (XXVIII), 03/12/1973, sobre los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”; y el principio 18 de la resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, 24/05/1989, titulada “Eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”.

<sup>317</sup> Galicki, Zdzislaw, “Observaciones preliminares, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, en Derecho internacional, 2004, Recommendation of the Working-Group on the long-term programme of work (See syllabus: A/59/10. parág. 1.

<sup>318</sup> Informe final Grupo de Trabajo de la CDI, *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 66º período de sesiones, (2014), A/CN.4/L.844, parág. 30.

nace cuando no se entrega al presunto infractor tras una solicitud de extradición; y b) las que imponen una obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto infractor se halle en el territorio del Estado, obligación de la que este puede quedar exento concediendo la extradición<sup>319</sup>. Así, la CDI ha encarado el tema desde la primera perspectiva, mientras que en el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar* lo ha hecho desde la segunda.

En numerosas convenciones la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad se hace efectiva, en particular, por medio de la obligación de juzgar o extraditar<sup>320</sup>. La obligación de juzgar se vincula directamente con la obligación de los Estados partes de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos internacionales a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos convencionalmente<sup>321</sup>.

En el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*, la CIJ precisó el alcance de las obligaciones dimanantes de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, afirmando que “la obligación del Estado de criminalizar la tortura y establecer su jurisdicción sobre él encuentra su equivalente en las disposiciones de muchos convenios internacionales relativos a la lucha contra crímenes internacionales. Esta obligación, que tiene que ser ejecutada por el Estado tan pronto como sea parte de la Convención, en particular tiene un carácter preventivo y disuasorio, puesto que al dotarse de las herramientas legales necesarias para perseguir este tipo de delitos, los Estados partes se aseguran de que sus sistemas jurídicos funcionarán en este sentido y se comprometen a coordinar sus esfuerzos para eliminar todo riesgo de impunidad”<sup>322</sup>. En este contexto, “la extradición es una opción ofrecida al Estado por la Convención, mientras que el enjuiciamiento es una

---

<sup>319</sup> *Ibid.*, parágs. 22-28. Los instrumentos que contienen cláusulas de la primera categoría imponen a los Estados partes (al menos a aquellos que no tienen un vínculo especial con el delito) la obligación de juzgar únicamente cuando la extradición se ha solicitado pero no se ha concedido, en contraposición a la obligación *ipso facto* de juzgar al presunto infractor que se encuentre en su territorio. Esos instrumentos reconocen la posibilidad de que un Estado pueda negarse a acceder a una solicitud de extradición de una persona por motivos previstos en el instrumento en cuestión o en la legislación nacional. Sin embargo, en el caso de que se deniegue la extradición, el Estado tiene la obligación de juzgar a la persona. En otras palabras, estos instrumentos se centran principalmente en la opción de extraditar y prevén la alternativa de juzgar como garantía frente a la impunidad. Las cláusulas de la segunda categoría imponen a los Estados una obligación de juzgar *ipso facto* que nace en cuanto se determina la presencia del presunto infractor en el territorio del Estado en cuestión, con independencia de cualquier solicitud de extradición. Únicamente en el supuesto de que se presente una solicitud de extradición, puede el Estado elegir discrecionalmente entre la extradición y el enjuiciamiento. Véase también Estudio de la Secretaría (2010).

<sup>320</sup> *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*, parágs. 50, 68, 74-75.

<sup>321</sup> Véase, por ejemplo, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Corte IDH, Sentencia de fondo, 29/07/1988, parág. 166.

<sup>322</sup> *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*, parág. 75. (traducción libre)



obligación internacional en virtud de la Convención, cuya violación es un acto ilícito que genera la responsabilidad del Estado”<sup>323</sup>. La extradición sólo puede concederse hacia un Estado que tenga jurisdicción, por cualquier título, para perseguir penalmente y juzgar al presunto infractor en cumplimiento de una obligación jurídica internacional que vincule al Estado en cuyo territorio se encuentre esa persona.<sup>324</sup>

La CIJ concluyó que Senegal debía adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para someter el caso a las autoridades competentes para su juzgamiento, sino extraditaba al Sr. Habré<sup>325</sup>. La Corte resolvió que los Estados partes en la Convención contra la Tortura tienen la obligación de tipificar la tortura, establecer su jurisdicción sobre el crimen de tortura a fin de dotarse del instrumento jurídico necesario para juzgar ese delito y proceder inmediatamente a una investigación de los hechos desde el momento en que el sospechoso se encuentre en su territorio respectivo, sin dilación, en particular una vez se haya presentado la primera denuncia contra el sospechoso<sup>326</sup> y adoptar las medidas necesarias dentro de un plazo razonable<sup>327</sup>. De lo expuesto se colige que la “obligación de juzgar”, nace con independencia de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso, siendo las autoridades nacionales libres de decidir si procede o no iniciar la acción penal a la luz de las pruebas a su disposición y de las normas pertinentes del procedimiento penal, es una obligación de medios<sup>328</sup>. Esta obligación de juzgar debería interpretarse conjuntamente con el “deber de investigar”<sup>329</sup> derivada de la “clásica triada de obligaciones para con los individuos titulares de derechos humanos”<sup>330</sup> tantas veces recordado por la Corte IDH en el entendimiento de que “es una obligación de medios, y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”, agregando que “la obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”<sup>331</sup>.

Por su parte, el CSNU, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ha adoptado algunas resoluciones que ponen de manifiesto la obligación de juzgar en situaciones calificadas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas. Así, decidió que todos los Estados

---

<sup>323</sup> *Ibid.*, parág. 95. (traducción libre)

<sup>324</sup> *Ibid.*, parág. 120

<sup>325</sup> *Ibid.*, parág. 121.

<sup>326</sup> *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*, parágs. 115 y 117.

<sup>327</sup> *Ibid.*, parágs. 114 y 115.

<sup>328</sup> *Ibid.*, parágs. 90 y 94.

<sup>329</sup> *Velásquez Rodríguez c. Honduras, doc. cit.*, parág. 177; *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12/08/2008, parág. 144, *García Prieto y otros c. c. El Salvador*, Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20/11/2007, parág. 100.

<sup>330</sup> Turyn, Alejandro, “Art. 1 Obligación de respetar los derechos” en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Enrique M. Alonso Regueira (Dir.), La Ley, Facultad de derecho, Buenos Aires, 2013, p.10.

<sup>331</sup> *Valle Jaramillo c. Colombia*, Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2/11/2008, parág. 100. (énfasis agregado).

“velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos”<sup>332</sup> y que “todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito”<sup>333</sup>.

## 7.5. Conclusiones

Como hemos señalado, en caso de una violación grave de una obligación *erga omnes*, además de las consecuencias que generan todos los hechos ilícitos internacionales, los terceros Estados podrán:

1) Exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición.

2) Reclamar el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3) Tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación.

4) Exigir reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

En consecuencia, es posible afirmar que las obligaciones sinalagmáticas no implican la acción de ningún tercer Estado; la violación de las obligaciones *erga omnes* provocan las consecuencias explicadas anteriormente y las violaciones de las obligaciones derivadas de obligaciones imperativas ocasionan las anteriores más dos tipos de deberes frente a la violación: un deber positivo de cooperar para poner fin a la violación y un deber negativo, que comprende dos obligaciones, el “no reconocimiento” y “la abstención de prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación”. Asimismo, no debemos ignorar que también se prevé toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional, que pueda ser determinada por la norma primaria. Esta enunciación refleja el convencimiento de que el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo.

Aunque la cuestión de la inmunidad de jurisdicción no se ha mencionado en el texto del artículo o en el comentario correspondiente, **una restricción de la inmunidad podría ser considerada como una consecuencia apropiada que fortalezca la eficacia del cumplimiento de la obligación de reparar**. En relación a la “gravedad” de la violación se destaca que tratándose de normas que receptan las más serias prohibiciones del derecho internacional, el mero hecho de la violación es normalmente suficiente para justificar la etiqueta de “grave”.

Como se ha señalado, las consecuencias de la obligación de no reconocimiento van acompañadas de ciertas limitaciones vinculadas a la protección del ejercicio de ciertos derechos por las personas víctimas de la violación o de los beneficiarios de la

---

<sup>332</sup> Res. CSNU 1373, 28/09/2001, 4385ª sesión.

<sup>333</sup> Res. CSNU 2178, 24/09/2014, 7272ª sesión.

cooperación internacional. Esta obligación de no reconocimiento es relevante cuando el Estado infractor pretende reivindicar la situación ilícita resultante.

En la Opinión Consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado*, la CIJ se expresó claramente en relación a las consecuencias legales para terceros Estados en el sentido que estos tienen la obligación de no reconocer ninguna situación ilegal creada por la construcción del muro, ni prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación y de cooperar para poner fin a la alegada violación y asegurar reparación.

## 8. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN AL *JUS COGENS*

La responsabilidad internacional nace con la comisión de un hecho internacionalmente ilícito independientemente de su invocación por parte de un Estado. No obstante, es necesario determinar lo que pueden hacer otros Estados ante la violación de una obligación internacional y qué medidas pueden adoptar a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación por el Estado responsable<sup>334</sup>. En este apartado nos dedicaremos a analizar la legitimidad de los Estados con relación a la invocación de la responsabilidad y a los presupuestos del ejercicio de la protección diplomática cuando se trata de una violación a una norma de interés general. En este punto, el desarrollo se hará con énfasis en las normas *erga omnes*.

### 8.1. Invocación de la responsabilidad

Si bien no está definido el término “invocación”, se entiende que significa adoptar medidas de carácter oficial, por ejemplo, la presentación de una reclamación concreta contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional, o incluso la adopción de contramedidas. Para ello es necesario un derecho específico, o debe ser considerado un Estado lesionado<sup>335</sup>. No obstante tratarse de dos supuestos diferenciados el carácter de las normas de *jus cogens* y *erga omnes* permitiría complimentar con este requisito sin más, aunque su determinación no está ausente de debates.

En el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, la CIJ recordó que con el fin de presentar una reclamación por el incumplimiento de una obligación *erga omnes*, los Estados deben primero establecer su derecho de hacerlo<sup>336</sup>, pues las normas sobre la invocación descansan en dos supuestos: “la primera es que el Estado demandado haya incumplido una obligación en relación a nacionales de un Estado y la segunda es que sólo la parte a la que una obligación internacional es debida puede presentar una reclamación en relación con su incumplimiento”<sup>337</sup>. En ausencia de un tratado sobre el tema entre las partes, esta cuestión esencial tiene que ser decidida a la luz de las reglas generales de la protección diplomática<sup>338</sup>.

En este orden, el artículo 42 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos indica que “*un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación*

---

<sup>334</sup> *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, *doc. cit.*, Comentario a la Tercera parte “Modos de hacer efectiva la responsabilidad Internacional del estado”, p. 316.

<sup>335</sup> *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, *doc. cit.*, Comentario al artículo 42 parág 2) En relación con el art. 42, ese derecho previsto en un tratado puede considerarse como una *lex specialis*: véase el art. 55 y su comentario.

<sup>336</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *doc. cit.*, parág. 35.

<sup>337</sup> *Reparación por daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, CIJ, Opinión Consultiva, 11/04/1949, pp. 181-182.

<sup>338</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *doc. cit.*, parág. 36.

*violada existe [...] con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación: afecta especialmente a ese Estado o es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de esta*". Esta norma expresa, en primer lugar, que la invocación de la responsabilidad le corresponde al "Estado lesionado", siendo su determinación el punto más directo para vincular las obligaciones multilaterales en el derecho internacional con las reglas referidas a la responsabilidad y la legitimidad para su invocación.

### 8.1.1 Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto al lesionado

El artículo 48, apartado b, párrafo 1, indica la posibilidad de invocar la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado<sup>339</sup>, si —entre otros supuestos— la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Esta posición es contraria a la adoptada por la CIJ en los asuntos del *África Sudoccidental* de 1966, cuando falló que un Estado no podía entablar un proceso judicial para proteger los derechos de personas no nacionales. Aquí, haciendo referencia al sistema de mandatos establecido por el Pacto de la Sociedad de Naciones, la CIJ, refirió que "los derechos no se derivan de la membresía a la organización en sí misma: los derechos que los Estados miembros pueden legítimamente reclamar deben depender y derivar de las características particulares del instrumento constitutivo de la organización y de otros instrumentos relevantes. Este principio es necesariamente aplicable en relación al planteo sobre qué derechos pueden los Estados miembros reclamar en relación al régimen que resulta del sistema de mandatos en funcionamiento en el seno de la organización [...] Los miembros individuales de la organización pueden participar en el proceso administrativo solo a través de los órganos competentes. Tal participación no genera ningún derecho a intervención directa [...]"<sup>340</sup>. Agregó que "los argumentos planteados pretendían que la CIJ permitiera el equivalente de una *actio popularis*, o derecho de cualquier miembro de una comunidad a emprender acciones legales para reivindicar un interés público. Aunque ese derecho pueda encontrarse en algunos sistemas domésticos, no se lo conoce en derecho internacional como tal y la CIJ tampoco puede considerarlo como un

---

<sup>339</sup> Artículo 48.- Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado: "1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. 2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable: a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. 3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1".

<sup>340</sup> *África Sudoccidental* (Etiopia c. Sudáfrica) (Liberia c. Sudáfrica), CIJ, Sentencia, Segunda fase, 18/07/1966, parág. 25. (traducción libre)

principio general del derecho referido en el artículo 38, parág.1 (c) de su Estatuto”<sup>341</sup>. Al respecto, Shwelb<sup>342</sup> argumenta que el derecho a una *actio popularis* fue reconocido como parte del derecho internacional antes de 1966, sin embargo, como indica Scoobie<sup>343</sup> su postura hace referencia mayormente a regímenes convencionales, tales como la Convención para la Sanción y Prevención del delito de Genocidio. No obstante, en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, el juez Oda destacó que la Convención del Genocidio<sup>344</sup> define al genocidio como “un crimen de Derecho internacional respecto del cual las partes se comprometen a prevenir y a castigar” (artículo I) y que “esta cláusula debe ser interpretada en el sentido de que las partes contratantes están obligadas a “prevenir y castigar” el genocidio o actos genocidas. Estas obligaciones legales nacen de manera general *erga omnes* para todas las partes contratantes en sus relaciones con todas las otras partes contratantes en la Convención—o aun, con la comunidad internacional en su conjunto— pero no son obligaciones en relación con un Estado parte en especial o en particular. El fracaso de cualquier Estado parte de “prevenir o castigar” tal crimen sólo puede ser rectificado y subsanado a través (i) del recurso a un órgano competente de las Naciones Unidas (artículo VIII) o (ii) el recurso a un tribunal penal internacional (artículo VI), **pero no invocando la responsabilidad de los Estados en sus relaciones interestatales ante la CIJ**. Esto constituye el carácter único de la Convención que fue redactada en el período de posguerra en paralelo con la emergencia del concepto de protección de derechos humanos y humanidad”<sup>345</sup>. El *Institut de droit International* se pronunció acerca de las obligaciones y derechos *erga omnes* en su Reunión de Cracovia de 2005 de la siguiente manera: “en el caso que haya un vínculo jurisdiccional entre un Estado que presuntamente haya cometido una violación de una obligación *erga omnes* y un Estado hacia el cual la obligación es debida, el último tiene legitimación para presentar un reclamo frente a la CIJ u otra institución

---

<sup>341</sup> *Ibid.*, parág. 88. (traducción libre)

<sup>342</sup> Shwelb, Egon, “The action popularis and international law”, *Israel Yearbook of Human Right*, v. 2 (1972), pp. 46-56, en especial p. 46.

<sup>343</sup> Scoobie, Ian, “The invocation of responsibility for the breach of “obligations under peremptory norms of general international law”, *EJIL*, v. 13, n. 5 (2002), pp.1201-1220, en especial p. 1202.

<sup>344</sup> Es la única convención en haber sido adoptada por la Asamblea General en 1948 en un momento en que —debido al éxito de los juicios de Núremberg—prevaleció la idea de que un tribunal penal internacional debería establecerse para el castigo de actos criminales dirigidos contra los derechos humanos, incluidos el genocidio. Las partes contratantes a la Convención, definieron el genocidio como “un crimen bajo el derecho internacional” (art. I). La Convención obliga a las personas responsables por tales actos, quienes sean, y es dirigida al castigo de personas que cometieron genocidio o actos genocidas (art. IV). Las partes contratantes se comprometen “a promulgar, de acuerdo a sus respectivas constituciones, la legislación necesaria para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención (art. V). Como las personas que cometen genocidio o actos genocidas sean posiblemente “gobernantes constitucionales o funcionarios públicos” (art. IV), la Convención contiene una provisión específica que permite a cualquier Estado parte acudir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para llevar a cabo acciones debajo de la Carta de las Naciones Unidas como consideren apropiado para la prevención y supresión de esos actos (art. VIII) y contempla el establecimiento de un tribunal penal internacional (art. VI).

<sup>345</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, doc. cit. Declaración del juez Oda, parág. 4. (traducción libre)

judicial en relación con la disputa concerniente al cumplimiento de tal obligación”<sup>346</sup>. Asimismo, señaló que la CIJ u otra institución internacional judicial debería darle al Estado al cual una obligación *erga omnes* es debida, la posibilidad de participar en los procedimientos en trámite por ante la CIJ u otra institución en relación a esa obligación<sup>347</sup>.

Como nos hemos referido en el apartado anterior, el asunto sobre la *Obligación de juzgar o extraditar* fue la primera vez en la historia de la CIJ en la que el tribunal determinó que un Estado tenía *jus standi* basado en una obligación *erga omnes partes* (obligación de extraditar o juzgar). En otras palabras, todos los Estados partes podían tener un interés jurídico en invocar la responsabilidad internacional de un Estado parte por incumplir su obligación de extraditar o juzgar<sup>348</sup>. Las afirmaciones de la CIJ deben leerse en el contexto específico de ese caso concreto. Entonces, la CIJ interpretó que el objeto y la finalidad de la Convención contra la Tortura daba lugar a obligaciones *erga omnes partes*, en el sentido de que todos los Estados partes tenían un “interés común” en su cumplimiento y, por lo tanto, cada Estado parte tenía derecho a formular una pretensión relativa al cese de un presunto incumplimiento por otro Estado parte<sup>349</sup>.

Tal como se expresó al comienzo, la invocación de responsabilidad frente a una violación debida a “la comunidad internacional” trasciende el “chaleco de fuerza de la bilateralidad”<sup>350</sup>. Entonces, es correcto afirmar que las reglas relativas a la invocación contenidas en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado se apartan del razonamiento de la CIJ en su decisión en el asunto de *África Sudoccidental*, donde declaró inadmisibles las reclamaciones de Liberia y Etiopía basándose en que ninguno de los Estados reclamantes tenía un interés general en que Sudáfrica cumpliera con el sistema de mandato establecido por el Pacto de la Sociedad de Naciones sobre África Sudoccidental, mientras el Estado mandatario aplicaba las normas del *apartheid* de Sudáfrica en el territorio de Namibia. El tribunal sostuvo que Etiopía y Liberia carecían del *jus standi* para reclamar por la supuesta violación del mandato y de la Carta de las Naciones Unidas por Sudáfrica debido a que ninguno de sus nacionales había sido víctima de violación alguna.

---

<sup>346</sup> *Institut de droit International*, “Obligations and rights *erga omnes* in international law”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005). Textualmente: Art. “In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation *erga omnes* and a State to which the obligation is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation”.

<sup>347</sup> *Institut de droit International*, “Obligations and rights *erga omnes* in international law”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005). Textualmente: Art. 4 “The International Court of Justice or other international judicial institution should give a State to which an obligation *erga omnes* is owed the possibility to participate in proceedings pending before the Court or that institution and relating to that obligation. Specific rules should govern this participation”.

<sup>348</sup> Informe final Grupo de Trabajo de la CDI, *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 66º período de sesiones, (2014), A/CN.4/L.844, parág. 32.

<sup>349</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, parágs. 67-70.

<sup>350</sup> *Op. Cit.* en 343, p. 1201.

En el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*, la CIJ dijo que “ese interés común en cumplir con las obligaciones relevantes de la Convención contra la Tortura **implicaba el derecho de cada Estado parte a realizar un reclamo concerniente a la cesación de cualquier presunto incumplimiento por otro Estado parte**. Si un interés especial fuese requerido para tales propósitos, en muchos casos ningún Estado estaría en posición de hacer tal reclamo. Por consiguiente, cualquier Estado parte puede invocar la responsabilidad de otro Estado con miras a determinar el presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes* [...]”<sup>351</sup>.

Expresamente la CIJ manifestó que los Estados partes en la Convención tienen un interés común para garantizar sus valores compartidos, que se prohíban los actos de tortura y que, si se producían, sus autores no quedaran impunes<sup>352</sup>. Ese interés común implica que las obligaciones en cuestión se deben por cualquier Estado parte a todos los demás Estados partes en la Convención. Todos los Estados partes “tienen un interés jurídico” en la protección de los derechos en cuestión<sup>353</sup>.

Estas obligaciones pueden definirse como “obligaciones *erga omnes partes*” en el entendimiento de que cada Estado parte tiene un interés en el cumplimiento de los mismos en cualquier caso dado. En este sentido, las disposiciones pertinentes de la Convención contra la Tortura son similares<sup>354</sup> a las de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>355</sup>.

El juez Cançado Trindade, en su opinión separada, en el caso de la *Obligación de juzgar o extraditar* dijo que en lo que respecta a la primera dimensión (horizontal), el “*intérêt pour agir*” de los Estados partes en la Convención contra la Tortura crece en importancia, a la luz de la gravedad de las violaciones de ella. Sería un error intentar “bilateralizar” los asuntos contenciosos bajo la Convención contra la Tortura<sup>356</sup> (como en las tradicionales disputas interestatales), que propone distintas perspectivas de iniciativas, de prevenir la tortura y luchar contra esta. Aun en un horizonte más amplio, esta tendencia era discernible en los años que siguieron a la adopción de la Convención contra la Tortura en 1984<sup>357</sup>. Agregó que “la Corte captó la razón

---

<sup>351</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, parág. 69 (traducción libre, énfasis agregado).

<sup>352</sup> Las obligaciones de un Estado parte a que realice una investigación preliminar de los hechos y de someter el caso a sus autoridades competentes para su enjuiciamiento se activan por la presencia del presunto delincuente en su territorio, independientemente de la nacionalidad del autor del delito o de las víctimas, o del lugar donde se produjeron los presuntos delitos. Todos los demás Estados partes tienen un interés común en el cumplimiento de estas obligaciones por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente.

<sup>353</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *doc. cit.*, parág. 33.

<sup>354</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, parág. 68.

<sup>355</sup> *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.*, p. 23.

<sup>356</sup> “Los Estados partes de la Convención tienen un interés común en asegurar, en virtud de sus valores compartidos, que los actos de tortura están prohibidos y que, si ellos ocurren, sus autores no gozan de impunidad. Las obligaciones de los Estados partes de conducir una investigación preliminar en los hechos y someter el caso a las autoridades competentes para su juzgamiento son activadas por la presencia del presunto infractor en su territorio, sin importar la nacionalidad del autor o de las víctimas o el lugar donde los presuntos crímenes ocurrieron. El resto de los Estados tienen un interés común en el cumplimiento con estas obligaciones por el Estado en cuyo territorio el presunto infractor está presente”.

<sup>357</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, Opinión separada de Cançado Trindade, parág. 110.



fundamental de la Convención contra la Tortura, con la desnacionalización de la protección, la reivindicación del principio de jurisdicción universal [...] Para reflejar una forma completamente fiel a la razón fundamental de la Convención contra la Tortura, la Corte, debería haber ido un poco más lejos: mas allá de un ‘interés común’, los Estados partes en la Convención contra la Tortura tienen un compromiso común de darle efecto útil a las provisiones relevantes de la Convención; ellos han acordado ejercer su garantía colectiva, para ponerle fin a la impunidad de los perpetradores de tortura, y para liberar al mundo de este crimen tan atroz. Estamos aquí en el dominio de las obligaciones, más que en el de los intereses<sup>358</sup>. Estas obligaciones emanan de la normas de *jus cogens* de la prohibición de la tortura<sup>359</sup>.

Por el contrario, en opinión disidente, la juez Xue en el asunto de la *Obligación de juzgar o extraditar*, expresó que “la conclusión de la CIJ sobre las obligaciones *erga omnes partes* en el caso no estaba en conformidad con las reglas de la responsabilidad del Estado. A pesar de que la prohibición de la tortura se había convertido en parte del *jus cogens* en el derecho internacional [...] Sin perjuicio de que los Estados partes tienen un interés común en su observancia, en virtud del derecho de los tratados, el mero hecho de que un Estado sea parte en la Convención no le da por sí solo la legitimación para interponer un caso ante el Tribunal. Según el derecho internacional, **una cosa es que cada Estado parte tenga un interés en el cumplimiento de estas obligaciones, y otra es que todo Estado parte esté legitimado para presentar una reclamación en la CIJ contra otro Estado por el incumplimiento de dichas obligaciones.** El Estado debe mostrar cuáles son las obligaciones que han sido violadas por otro Estado parte en el marco de la Convención. Tal ‘lesión’, para usar el lenguaje en el Artículo 42 de los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, distingue al Estado lesionado de otros Estados partes, ya que está “especialmente afectado” por la violación. Estas normas de procedimiento no disminuyen la importancia de la prohibición de la tortura como *jus cogens*. El *jus cogens*, en sí mismo, por su propia naturaleza, no prevalece automáticamente sobre la aplicabilidad de estas reglas de procedimiento<sup>360</sup>. Agregó que “la conclusión a la que arriba la Corte en relación a la invocación de responsabilidad de Senegal por parte de Bélgica, [...] **es inesperada y poco convincente**”<sup>361</sup>. Critica, asimismo, la referencia de la CIJ al *obiter dictum* de la *Barcelona Traction* por su empleo erróneo en varios aspectos<sup>362</sup>, y recuerda que la Corte se ha referido a las obligaciones *erga omnes* en una

---

<sup>358</sup> El magistrado Cançado Trindade criticó a la Corte por citarse a sí misma, rescatando su propio lenguaje de años o décadas atrás, tales como la invocación del “interés legal” (en el célebre *dictum* de la *Barcelona Traction* de 1970), o “interés común” (expresión usada en el pasado en diferentes contextos).

<sup>359</sup> *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.* Opinión separada de Cançado Trindade, parág. 123. (traducción libre)

<sup>360</sup> *Ibid.* (énfasis agregado), Opinión disidente juez Xue, parág. 17 (traducción libre). Véase *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.*, parág. 93-95.

<sup>361</sup> *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.* Opinión disidente Xue, parág. 14. (traducción libre)

<sup>362</sup> En ese caso la Corte específicamente trazó una distinción entre las obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen *vis-à-vis* con otro Estado. Afirmó que “por la importancia de las primeras, la preocupación es de todos los Estados. En atención a la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*”. Sin embargo, en términos de legitimación, la CIJ sólo enunció las condiciones por violación

serie de casos<sup>363</sup>, sin embargo, en ninguno de ellos, ha afirmado que la existencia de un interés común por sí solo daría un derecho del Estado a presentar una demanda en la CIJ. De este modo, la CIJ se desvía de la jurisprudencia establecida por la Corte<sup>364</sup>, pues **no hay ninguna legitimación general para todos y cada Estado a presentar un caso ante la Corte por la reivindicación de un interés común**<sup>365</sup>.

El juez *ad hoc* Sur, en su opinión disidente en el caso sobre la *Obligación de juzgar o extraditar*, indicó que estaba lejos de convencerse de la interpretación de que la Convención establece obligaciones *erga omnes* partes para someter el caso a las autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento<sup>366</sup>.

En suma, las reglas relativas a la invocación de la responsabilidad estarán determinadas por la regla primaria, bastará con reconocer su carácter *erga omnes* para que cualquier Estado parte de un tratado pueda ejercer su legitimación activa en la reclamación. En caso de que se trate de una norma *jus cogens*, no será necesario que se trate de la violación de una obligación convencional, siendo su legitimación aún más amplia, cualquier Estado podrá invocar la responsabilidad del Estado que viole una norma imperativa sin que sea necesario cumplir con los requisitos de la protección diplomática relativos a la nacionalidad de la víctima. Ahora bien, en cualquier caso se deberá atender a las reglas de procedimiento que permitirán o no iniciar una reclamación frente a la CIJ o cualquier otro órgano jurisdiccional que requiera el consentimiento del Estado que incumple, sobre este punto regresaremos.

## 8.2. Protección diplomática en casos de violaciones de normas de *jus cogens*

En el derecho internacional general, la defensa del Estado en uno de sus elementos —la población, cuando se entienda violada la obligación de acordar tratamiento adecuado al extranjero— se asegura mediante el ejercicio de la protección diplomática, consistente “en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”<sup>367</sup>. Se trata de un derecho del Estado de la nacionalidad de la persona<sup>368</sup>.

---

a obligaciones en relaciones bilaterales y se abstuvo de la cuestión de la legitimación en el respeto de las obligaciones *erga omnes*.

<sup>363</sup> *Asunto relativo a Timor del Este*, *doc. cit.*, parág. 29; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.*, parág. 31; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, *doc. cit.*, parágs. 155-157; *Actividades armadas en el territorio del Congo* (Nueva demanda: 2002); *doc. cit.*, parág. 64; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.*, parág. 147.

<sup>364</sup> *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.* Opinión disidente Xue, parág. 12.

<sup>365</sup> *Ibid.* parág. 15. (énfasis agregado)

<sup>366</sup> *Ibid.* Opinión disidente juez *ad-hoc* Sur, parág. 13.

<sup>367</sup> CDI, *Proyecto de artículos sobre protección diplomática*, adoptado por la CDI en su 58º período de sesiones (2006), y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea (A/61/10). Véase Art. 1.

<sup>368</sup> *Ibid.* Véase Arts. 2 y 3.

El texto adoptado por la CDI en su 58° período de sesiones en 2006 sobre protección diplomática<sup>369</sup>, establece como principio general que el ejercicio discrecional de la protección diplomática recae en el Estado de la nacionalidad, con la excepción de los apátridas y los refugiados, siempre que sean residentes habituales del Estado al momento de ocurrencia de ilícito o de la presentación oficial<sup>370</sup>.

Es decir, se establece una relación bilateral entre ambos Estados y no un derecho de la persona a reclamar su protección. El Estado es el único que ha de decidir, frente a un caso concreto, si procederá o no a efectuar la reclamación y por cierto, en esta decisión entrarán consideraciones de orden político, económicas u otras propias del ámbito de las relaciones internacionales.

Para ejercer la protección diplomática no basta que los intereses de su nacional se hayan visto afectados o que hayan sufrido un daño, sino que es necesario que al Estado ante el cual se hace la reclamación le sea imputable haber cometido una violación de una norma de derecho internacional. Para evaluar la eficacia potencial de las reglas relativas a la responsabilidad internacional del Estado por violación a las normas imperativas en la superación del paradigma tradicional bilateral impuesto en responsabilidad internacional, debemos ubicarnos en el *corpus* del derecho internacional general, como sugiere Scoobie. Esto no implica apelar a las reglas primarias que imponen obligaciones específicas, sino considerar las “reglas secundarias”—conocidas como el derecho que rige la protección diplomática de nacionales y las reglas que rigen la presentación de reclamos internacionales y su admisibilidad en los tribunales internacionales—<sup>371</sup>.

Cuando se definió a la protección diplomática como aquella acción que ejerce un sujeto internacional a favor de una persona humana, se indicó, de manera tácita, que dicha protección tenía asidero jurídico en la consideración del ligamen que une a ésta con aquel. Este ligamen se denomina nacionalidad, y es, como tal, el principal requisito que se exige para trabar la protección diplomática. No obstante, frente a violaciones a normas imperativas debe ser interpretada a la luz de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que indica que si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, un Estado que no sea el lesionado puede invocarla aunque no se cumplan los requisitos

---

<sup>369</sup> CDI, *Proyecto de artículos sobre protección diplomática*, doc. cit.

<sup>370</sup> Art. 3. Protección por el Estado de la nacionalidad: “1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que no sea nacional del mismo de conformidad con el proyecto de artículo 8. Artículo 8 Apátridas y refugiados: 1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. 2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. 3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado”.

<sup>371</sup> *Op. Cit.* 343, p. 1212.

para el ejercicio de la protección diplomática, en otras palabras el requisito de la nacionalidad parecería no ser excluyente.

En el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, la CIJ indicó que “en lo que respecta más concretamente a los derechos humanos, hay que señalar que estos también incluyen la protección contra la denegación de justicia. Sin embargo, en el ámbito universal, los instrumentos que consagran los derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad de proteger a las víctimas de las infracciones de tales derechos con independencia de su nacionalidad”<sup>372</sup>.

El Relator Especial sobre Protección diplomática, Dugard, se lamentó de que el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática de un extranjero lesionado por la violación de una norma de *jus cogens* en circunstancias en las que el Estado de su nacionalidad se ha negado a ejercer su protección no se haya materializado aún en la práctica internacional<sup>373</sup>. Así, en el Proyecto de artículo 4 de su primer informe (2000) indicó “Artículo 4 1. *A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de jus cogens atribuible a otro Estado*”. En el comentario a ese artículo se expresó que en la actualidad, en general, se acepta que las normas de *jus cogens* reflejan los valores más fundamentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, son las que más merecen la protección internacional<sup>374</sup>. Por consiguiente, no es ilógico pedir que un Estado reaccione mediante la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyen una grave infracción de una norma de *jus cogens*. Si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación<sup>375</sup>, no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no deba estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos básicos de éstos sean gravemente violados en el extranjero<sup>376</sup>.

En su séptimo informe sobre protección diplomática, Dugard incorporó el Proyecto de artículo 17, cuyo texto rezaba así: “*Acciones o procedimientos distintos de la*

---

<sup>372</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, doc. cit., parág. 91. (traducción libre)

<sup>373</sup> Dugard, John R., *Primer informe sobre Protección diplomática*, 52º período de sesiones de la CDI (2000), A/CN.4/506. proyecto art. 4, pp. 35-36, parág. 89.

<sup>374</sup> Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). El artículo 19 de los proyectos de artículo de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, aprobados en primera lectura, caracteriza la infracción de las normas que protegen los intereses más fundamentales de la comunidad internacional como delitos internacionales. Aunque en esa disposición no se hace referencia al *jus cogens* existe una clara correlación entre esas normas y los ejemplos citados, es decir, la agresión, la denegación del derecho a la libre determinación, la esclavitud, el genocidio, el *apartheid* y la contaminación ambiental masiva.

<sup>375</sup> Véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; y los artículos 13 y 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

<sup>376</sup> Dugard, John R., *Primer informe sobre Protección diplomática*, doc. cit.

*protección diplomática: El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito*". En su comentario, se indicaba que había sido concebido fundamentalmente para lograr que la institución de la protección diplomática no interfiriera ni obstruyera la protección de los derechos humanos por otros medios. La CDI reconoce que la protección diplomática es sólo uno de diversos medios para proteger los derechos humanos y que tiene un alcance muy limitado, visto que se circunscribe a proteger los derechos humanos de los nacionales en los términos previamente indicados.

Hay otros procedimientos de protección de los derechos humanos que no acusan limitaciones a este respecto. Los tratados de derechos humanos confieren derechos y brindan recursos a todos los seres humanos cuyos derechos humanos sean conculcados, con independencia de su nacionalidad. Al respecto cabe recordar la Opinión Consultiva N° 1/82 de la Corte IDH sobre los tratados de derechos humanos, la cual reconoce que "están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano"; que "los principios que inspiran a la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin que exista ningún tipo de obligación convencional"<sup>377</sup>; y que "los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*"<sup>378</sup>.

Además, los avances producidos en el derecho internacional permiten que un Estado proteja tanto a los nacionales como a los no nacionales que hayan sufrido una violación de las normas de derechos humanos (con rango de *jus cogens* o que puedan considerarse obligaciones *erga omnes*) en países extranjeros.

Milano manifiesta que, desgraciadamente, el propósito del artículo 17 no se ha entendido cabalmente. Ha interpretado la relación entre los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 y el Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de 2004 en el sentido de que el derecho de un Estado a intervenir en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 48 del Proyecto de la CDI en nombre de no nacionales cuyos derechos de *jus cogens* hayan sido conculcados está limitado por el Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que exigen la prueba de nacionalidad<sup>379</sup>. Llega a esta conclusión al interpretar que el artículo 48 está sujeto al artículo 44, que estipula que la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada "si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones", como se explica ahora con mayor detalle en el Proyecto de artículos sobre la protección diplomática. Eso le lleva a concluir que "en virtud del derecho sobre la responsabilidad del Estado, se da prelación a los mecanismos de la protección

---

<sup>377</sup> *Reservas a la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, doc. cit.*, p. 23.

<sup>378</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio, doc. cit.*, parág. 31.

<sup>379</sup> Milano, Enrico, "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?", *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 35 (2004), pp.85-142, en especial pp.103-108.

diplomática por sobre los de las normas de derechos humanos, incluso cuando el perjuicio a la persona es causa por una conculcación de sus derechos humanos<sup>380</sup>. Finalmente el artículo 17 no quedó reflejado en el Proyecto de artículos adoptado por la CD en su 48° período de sesiones y presentado a la Asamblea General.

Como indica también Scoobie, actualmente existe una contradicción entre los artículos sobre la responsabilidad del Estado y de la exégesis del requisito de la nacionalidad en regla en el Proyecto de protección diplomática<sup>381</sup>.

En el caso de las *Actividades Armadas sobre el Territorio del Congo*, la CIJ consideró que los intereses de Ruanda claramente no constituían la verdadera cuestión de la decisión para ser presentados ante la CIJ en el reclamo de República Democrática del Congo contra Uganda, ni tampoco la determinación de la responsabilidad de Ruanda era un prerrequisito para tal decisión. El hecho de que alguna de las alegadas violaciones por Uganda al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en el transcurso de las hostilidades entre Uganda y Ruanda no afectaban este hallazgo. Por consiguiente no era necesario que Ruanda sea parte en este caso para que la CIJ pueda determinar si la conducta de Uganda había sido violatoria de estas reglas de derecho internacional<sup>382</sup>. El magistrado Simma, en el caso relativo a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*<sup>383</sup>, sostuvo que los avances de este tipo producidos en el derecho internacional habrían permitido que Uganda protegiera a nacionales y no nacionales cuyos derechos humanos eran amenazados por el ejército de la República Democrática del Congo en el aeropuerto de Kinshasa<sup>384</sup>.

En el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), en sus conclusiones finales, Bosnia solicita a la CIJ que esta decida sobre actos de genocidio y otros actos ilegales presuntamente cometidos contra “no-serbios” fuera de su propio territorio (así como también dentro de él) por el demandado. En la medida en que tal pedido pueda relacionarse con víctimas no-bosnias, podría plantearse el interrogante sobre el interés legal o la legitimación del solicitante en relación a estos actos y la relevancia del carácter de *jus cogens* de las normas pertinentes y *erga omnes* de las obligaciones aplicables.<sup>385</sup>

Como nos indica Del Castillo, “debe también tenerse en cuenta que el rechazo de la Corte en los casos sobre África Sudoccidental a aceptar que un Estado pueda presentar una demanda para proteger los derechos de personas no-nacionales, ha sido superado, al menos *de lege ferenda*, en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados (artículo 48 (1) (b)), que acepta que un Estado que no sea el de la

---

<sup>380</sup> *Ibid.* p.106.

<sup>381</sup> *Op. Cit.* en 343 p.1217.

<sup>382</sup> *Actividades Armadas sobre el Territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, *doc. cit.*, parág. 204. (traducción libre)

<sup>383</sup> *Ibid.* Opinión disidente juez Bruno Simma, parág. 17-41. Véase también la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Kateka, parág. 69.

<sup>384</sup> Dugard, John R., *Séptimo informe sobre Protección diplomática*, 58° período de sesiones de la CDI (2006), A/CN.4/567, comentario Art. 17, pp. 37-38, parág. 84.

<sup>385</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.*, parág. 185. (traducción libre). Sin embargo, la CIJ no necesitó abordar estas cuestiones.

nacionalidad pueda invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada es una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto. En este supuesto, no es necesario cumplir con los requisitos de la protección diplomática. En forma coherente el Proyecto agrega que las obligaciones internacionales allí enunciadas se entienden ‘sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado’<sup>386</sup>.

### 8.3. Conclusiones

Las reglas relativas a la invocación de la responsabilidad estarán determinadas por la regla primaria, bastará con reconocer su carácter *erga omnes* para que cualquier Estado parte de un tratado pueda ejercer su legitimación activa en la reclamación.

En caso de que se trate de una norma *jus cogens*, no será necesario cumplir con los requisitos de la protección diplomática relativos a la nacionalidad de la víctima. Ahora bien, en cualquier caso se deberá atender a las reglas de procedimiento que permitirán o no iniciar una reclamación frente a la CIJ o cualquier otro órgano jurisdiccional que requiera el consentimiento del Estado que incumple. Así, los presupuestos del ejercicio de la protección diplomática frente a violaciones a normas imperativas deben ser interpretados a la luz de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

---

<sup>386</sup> Del Castillo, Lilian, “Protección diplomática, asistencia consular y derechos individuales”, *Revista Jurídica de Buenos Aires Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires Departamento de Publicaciones, Derecho Internacional Público* (2012), p. 148.

## 9. INMUNIDADES DEL ESTADO EN CASOS DE VIOLACIÓN A NORMAS DE *JUS COGENS*

### 9.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado

La cuestión de la inmunidad de un Estado surge cuando existe una disputa sobre la cual un tribunal local tiene jurisdicción *ratione materiae*, pero no puede ejercerla porque una de las partes es un Estado soberano: se trataría de una excepción *ratione personae*. En fundamento de la existencia de estas prerrogativas sería la salvaguarda de la autoridad del Estado y sus actividades en el territorio de otros Estados<sup>387</sup>. No obstante, la situación es diferente cuando se trata de un tribunal internacional pues debe haber una base jurisdiccional que le otorgue competencia al tribunal, de lo que se infiere, en principio, que ningún Estado, podría ser juzgado por un órgano jurisdiccional cuya competencia no haya sido aceptada por ese Estado, o el Estado haya renunciado a invocarlas.

Las inmunidades del Estado se dividen en dos tipos: la de jurisdicción, según la cual el Estado no puede ser llevado a los tribunales de otro Estado y, la de ejecución, que impide a los órganos del Estado territorial ejecutar la sentencia que eventualmente se hubiere dictado contra aquel, ni aplicarle compulsivamente una decisión administrativa. Conviene aclarar que ni aun en el primer caso el Estado extranjero está exento de cumplir con la ley del Estado territorial; simplemente no puede ser sometido a la jurisdicción de sus tribunales. Tampoco esta inmunidad lo exonera de su responsabilidad internacional: si la conducta del Estado extranjero viola una obligación internacional de dicho Estado, su responsabilidad deberá dilucidarse en el plano del derecho de gentes. La inmunidad nace de la igualdad soberana de los Estados y se expresa en la máxima feudal *par in parem non habet imperium*.

La CDI consideró este tema y lo envió a la AGNU en 1991, pero estuvo lejos de alcanzar la aceptación general. Sucesivamente fue examinado por diversos grupos de trabajo, reenviado a la CDI que produjo un informe que fue enviado nuevamente a la AGNU en 1999. En 2001 la AGNU decidió formar un comité especial que en 2003 redactó un Proyecto completo y que finalmente se adoptó como Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y de sus Bienes por Resolución AGNU 59/38 de 2 de diciembre de 2004, aún no en vigor<sup>388</sup> (a los efectos de este capítulo, “la Convención”). Desde los considerandos se afirma que “*las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente*

---

<sup>387</sup> *Op. Cit.* en 35, p.524.

<sup>388</sup> Al 23/09/2015, 28 países la han firmado, y sólo 18 ratificado. Artículo 30. Entrada en vigor: “1. La presente Convención entrará en vigor en el trigésimo día a partir del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe la Convención o se adhiera a ella después de depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de aquél en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión”. Véase [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en).



*aceptado en el derecho internacional consuetudinario*”. De este modo, hasta nuestros días este tema resulta de *lege ferenda*, siendo el estudio de la práctica de los Estados —a través de sus tribunales locales donde las inmunidades son mayormente invocadas— y la *opinio iuris* imprescindible para determinar su alcance.

La Convención abandona la tesis absoluta de la inmunidad y adopta el criterio restringido, que se fundamenta en la distinción de actos *iurii imperii* e *iurii gestionis*, sentando como punto de partida el principio de inmunidad de jurisdicción y enunciando sus excepciones, algunas de índole procesal<sup>389</sup> y otras sustantivas<sup>390</sup>, sin embargo no incluye ninguna excepción basada en una alegada violación a las normas de *jus cogens*. Recientemente, algunos tribunales nacionales y jueces internacionales han comenzado también a abogar por la negación de la inmunidad en casos de graves violaciones de los derechos humanos<sup>391</sup>.

### 9.1.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado por violación a normas de *jus cogens*

Cançado Trindade agrega otra categoría, a los actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, a tenor del siguiente razonamiento “el hallazgo de las especialmente graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario establece una prueba muy útil para la eliminación de cualquier obstáculo de acceso a la jurisdicción, de conformidad con la idea de realización la justicia. En resumen y conclusión sobre este punto: (a) no hay inmunidad del Estado en casos de extrema gravedad, los casos de *delicta imperii*, y (b) las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario inevitablemente implican el deber de reparar a las víctimas”<sup>392</sup>. En consecuencia, “no puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, tales como las masacres de la población civil, la deportación de civiles y prisioneros de guerra para el sometimiento a la esclavitud: se trata de infracciones graves de prohibiciones absolutas del *jus cogens*, por lo que no puede haber inmunidad”<sup>393</sup>.

#### 9.1.1.1. Inmunidades jurisdiccionales del Estado por violación a normas de *jus cogens* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el caso *Al-Adsani c. Reino Unido*, el TEDH, a pesar de haber caracterizado a los actos de torturas como violaciones al *jus cogens*, no llegó a aceptar que existiera una

---

<sup>389</sup> Consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción, iniciación de un proceso, intervenido en el o realizado cualquier acto en relación al fondo o reconvencción. Véase arts. 7 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y de sus Bienes.

<sup>390</sup> Podemos decir que son aquellas que se suponen a actuaciones *iure gestiones* Véase arts. 10 y 11 de la Convención de las Naciones Unidas del Estado y de sus bienes.

<sup>391</sup> Hafner, Gerhard, Kohen, Marcelo G. y Breaux, Susan (edits.), *State Practice regarding state immunities*, Martinus Nijhoff y VSP, Copublicación con el Consejo de Europa, Países Bajos, 2006, p. 112.

<sup>392</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 213. (traducción libre)

<sup>393</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 297. (traducción libre)

norma, de acuerdo al derecho internacional, que rechazara la inmunidad del Estado en caso de hechos ilícitos violatorios de derechos humanos fundamentales cometidos fuera del Estado del foro<sup>394</sup>. Sin embargo, de los votos en disidencia de los jueces Rozakis y Caflisch, se destaca la siguiente opinión: “desde que el Tribunal confirmó el status de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, pero no de las reglas sobre la inmunidad del Estado, un Estado que presuntamente ha violado una norma imperativa no puede invocar una norma jerárquicamente inferior (las referidas a la inmunidad) para evitar las consecuencias de la ilicitud de sus actos. Una cabal evidencia de que las reglas referidas a la inmunidad de los Estados no tienen el *status* de *jus cogens* es el hecho de que en muchas ocasiones, los Estados han renunciado a su inmunidad”<sup>395</sup>. En consecuencia, las normas sobre inmunidad del Estado “no tienen

---

<sup>394</sup> *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, doc. cit., parágs. 60-61 y 66. En los parágs. 23-24 se hizo referencia al informe sobre inmunidades de jurisdicción de los Estados y su propiedad (1999). Allí, el Grupo de Trabajo de la CDI, que a lo largo de la década precedente había indicado que un número de demandas civiles habían sido introducidas en los tribunales locales en contra de Estados extranjeros — particularmente en los Estados Unidos y el Reino Unido de Gran Bretaña— por actos de tortura cometidos en el Estado del demandante o en otros Estados, encontró que en algunos casos los tribunales nacionales habían mostrado simpatía por el argumento que los Estados no gozan inmunidad cuando ha habido una violación de una norma de derechos humanos con la categoría *jus cogens*, aunque en la mayoría de los casos la invocación de inmunidad había prevalecido. Sin embargo, el Grupo de Trabajo había advertido, dos recientes desarrollos que consideraban apoyaba el argumento de que un Estado no puede invocar su inmunidad respecto de graves violaciones a los derechos humanos. Uno de ellos fue en el juicio de la Cámara de los Lores *ex parte Pinochet*. El otro fue la enmienda de los Estados Unidos a su *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* para incluir una nueva excepción (Esta excepción, introducida por el artículo 221 sobre la lucha contra el terrorismo y la Ley de Pena de Muerte Efectiva de 1996, se aplica respecto de una reclamación por daños por lesiones personales o muerte causados por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves o toma de rehenes, en contra de un Estado designado por el Secretario de Estado como patrocinador del terrorismo, en el que el reclamante o la víctima era un nacional de los Estados Unidos en el momento en que ocurrió el acto) a la inmunidad. El Grupo de Trabajo citó los siguientes casos: *Al-Adsani v. State of Kuwait* (Reino Unido); *Controller and Auditor General v. Sir Ronald Davidson* (Nueva Zelanda); Opinión Disidente de juez Wald en *Prinz v. Federal Republic of Germany* (Estados Unidos); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (Estados Unidos); *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation* (Estados Unidos); *Saudi Arabia v. Nelson* (Estados Unidos).

<sup>395</sup> Véase *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, doc. cit., la opinión disidente de los jueces Rozakis y Caflisch seguidos por los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, parág. 2 (traducción libre). La mayoría de TEDH, si bien acepta que la norma sobre la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, se niegan a tomar las consecuencias de dicha aceptación. Sostienen que una distinción debe hacerse entre los procesos penales, en los que al parecer, aceptar que una norma de *jus cogens*, con prevalencia para privar a las reglas de la inmunidad soberana de sus efectos jurídicos y, los procedimientos civiles, donde, en ausencia de la autoridad, considera que la misma conclusión no se puede tomar [...] En segundo lugar, la distinción hecha por la mayoría entre los procedimientos civiles y penales, en relación con el efecto de la regla de la prohibición de la tortura, no está en consonancia con la esencia misma de la aplicación de las normas de *jus cogens*. No es la naturaleza de los procedimientos la que determina los efectos que una norma de *jus cogens* tiene sobre otra norma de derecho internacional, pero sí el carácter de la regla como una norma imperativa y su interacción con una norma jerárquicamente inferior. no parece, por otra parte, negar que las normas relativas a la inmunidad del Estado, de fuente consuetudinaria o convencional, no pertenecen a la categoría de *jus cogens*, y con razón, porque está claro que las reglas de la inmunidad del Estado, derivadas tanto de derecho internacional consuetudinario y convencional, nunca han sido considerados por la comunidad

un *status* superior, pues las normas de *jus cogens*, como protegen el orden público, que son los valores básicos de la comunidad internacional, no pueden estar sujetas a formas unilaterales o contractuales que permitan la derogación de su contenido imperativo<sup>396</sup>. Asimismo, indicaron las razones que los apartaban de la decisión adoptada con base a los siguientes argumentos: “la mayoría del Tribunal acepta de manera inequívoca que la norma relativa a la prohibición de la tortura había alcanzado al momento de los hechos, [...] la condición de norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*).[...] Al aceptar que la norma relativa a la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, la mayoría reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional, ya sea general o particular, consuetudinario o convencional, con la excepción, por supuesto, de otras normas de *jus cogens*. Pero la característica básica de una regla de *jus cogens* es que, como fuente de derecho en el sistema jurídico internacional ahora vertical, que prevalece sobre cualquier otra norma que no tiene el mismo *status*. En el caso de un conflicto entre una norma de *jus cogens* y de cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera. La consecuencia de esa prevalencia es que la regla en conflicto es nula y sin efecto, o, en cualquier caso, no produce efectos jurídicos que están en contradicción con el contenido de la norma imperativa<sup>397</sup>”.

El juez Loucaides, en su opinión disidente, en *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, manifestó estar de acuerdo con la opinión disidente común de los jueces Rozakis y Cafilisch. De hecho, “una vez que se acepta que la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens* del derecho internacional, ésta prevalece sobre las reglas de la inmunidad del Estado [...]”<sup>398</sup>.

Por su parte, la opinión concurrente del juez Pellopaa, seguida por el juez Sir Nicolás Bratza se dijo que “si la inmunidad de jurisdicción debe considerarse incompatible con el artículo 6<sup>399</sup>, debido a la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de la tortura [...], es de suponer que también tendría que prevalecer sobre las normas relativas a la inmunidad de la ejecución. En consecuencia, los Estados contratantes habrían tenido que permitir el embargo y ejecución contra el patrimonio público de los Estados demandados si no se pudiera garantizar de otro modo la eficacia de acceso a un tribunal<sup>400</sup>”.

---

internacional en reglas con un *status* jerárquico superior. Es bien sabido que, en muchos casos, los Estados han, a través de su propia iniciativa, renunciado a sus derechos de inmunidad; que en muchos casos han contraído fuera de ellos, o ellos han renunciado. Estos ejemplos demuestran claramente que las normas relativas a la inmunidad del Estado no gozan de un estatus más alto, ya que las normas de *jus cogens* protegen “el orden público”, es decir los valores fundamentales de la comunidad internacional, no puede ser objeto de formas unilaterales o contractuales de su contenido imperativo.

<sup>396</sup> *Ibid.*, Opinión disidente de los jueces Rozakis y Cafilisch seguida por Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vaji, parág. 2. (traducción libre)

<sup>397</sup> *Ibid.* La opinión disidente de los jueces Rozakis y Cafilisch seguidos por los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, parág. 1. (traducción libre)

<sup>398</sup> *Ibid.* Opinión disidente del juez Loucaides. (traducción libre)

<sup>399</sup> Véase art. 6 del Convenio Europeo. Derecho a un proceso equitativo.

<sup>400</sup> *Ibid.* Opinión concurrente del juez Pellopaa, seguida por el juez Sir Nicolas Bratza. (traducción libre) Agregó que este caso nos deja con al menos dos lecciones importantes. En primer lugar, aunque las consecuencias no deben sólo determinar la interpretación de una determinada norma, nunca se debe

El juez Ferrari Bravo, en su opinión disidente, en *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, se lamentó y no dudó en manifestarlo, a tenor de las siguientes palabras: “¡Qué lástima! La Corte, cuya tarea en este caso fue determinar si se había producido una violación del artículo 6.1, tuvo una oportunidad de oro para emitir una condena clara y contundente contra todos los actos de tortura. Para ello, sólo necesitaba mantener la idea central de la *Cámara de los Lores en Regina c. Bow Street Metropolitan Estipendiario y otros, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 3), en el sentido de que la prohibición de la tortura es ahora una norma de *jus cogens*, de modo que la tortura es un delito de derecho internacional. De ello se desprende que todo Estado tiene el deber de contribuir a la represión de la tortura y no puede esconderse detrás de argumentos formalistas para no ejercer su jurisdicción”<sup>401</sup>.

### 9.1.1.2. Inmunidades jurisdiccionales del Estado por violación a normas de *jus cogens* en la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de analizar esta cuestión en su jurisprudencia más reciente.

En el caso de la *Orden de arresto del 11 de abril 2000*, el juez Al-Khasawneh, en su opinión disidente, expresó que “la lucha eficaz contra los delitos graves ha asumido sin duda un carácter de *jus cogens* que refleja el reconocimiento de la comunidad internacional de los intereses vitales de la comunidad y los valores que busca proteger y mejorar. Por lo tanto, cuando esta norma jerárquicamente superior entra en conflicto con las normas sobre inmunidad, ésta debe prevalecer”<sup>402</sup>. En el mismo caso, el juez Van den Wyngaert, en su opinión disidente, critica a la CIJ por adoptar un razonamiento formalista<sup>403</sup>, estableciendo implícitamente una jerarquía entre las normas relativas a la inmunidad y las normas sobre la responsabilidad internacional — que piden la investigación de cargos contra ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio acusados de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad— [...]. Como resultado de ello, la Corte no examina la situación del principio de la

---

perder totalmente de vista las consecuencias de una interpretación particular que uno está a punto de adoptar. En segundo lugar, al tener que referirse a cuestiones centrales del derecho internacional general, esta Corte debe ser muy cautelosa antes de tomar el papel de precursora.

<sup>401</sup> *Ibid.* Opinión disidente del juez Ferrari Bravo. (traducción libre)

<sup>402</sup> *Orden de arresto del 11 de abril 2000, doc. cit.* Opinión disidente del juez Al-Khasawneh. (traducción libre) Agrega que un enfoque más restrictivo estaría mucho más en consonancia con el movimiento ahora firmemente establecido hacia un concepto restrictivo de la inmunidad del Estado, que ha eliminado el obstáculo con respecto a las demandas contra los Estados en la jurisdicción de otros Estados y que se expresa con la máxima *par in parem non habet imperium*. Es difícil entender por qué los Estados aceptarían que su conducta con respecto a áreas importantes de su desarrollo sean sometidas a procedimientos judiciales extranjeros, pero no la conducta criminal de sus funcionarios.

<sup>403</sup> Al examinar si existe, en virtud del derecho internacional consuetudinario, una excepción por la comisión crímenes internacionales a la—erróneamente postulada—norma de inmunidad para los Ministros en ejercicio en virtud del derecho internacional consuetudinario.

responsabilidad internacional por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”<sup>404</sup>.

En el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, Italia argumentó que “ante la existencia de un conflicto entre normas de *jus cogens* —que forman parte del derecho de los conflictos armados— y el reconocimiento de la inmunidad a Alemania y, a que las normas de *jus cogens* siempre prevalecen sobre cualquier regla convencional o consuetudinaria, y, dado que, la norma que otorga inmunidad al Estado ante los tribunales de otro no tiene la condición de *jus cogens*, la regla de la inmunidad debe ceder el paso”<sup>405</sup>. Este argumento depende de la existencia de un conflicto entre una norma o normas de *jus cogens* y el derecho consuetudinario que requiere que un Estado conceda inmunidad a otro. En la opinión de la Corte, sin embargo, no existe tal conflicto: “Aun suponiendo para este propósito que las reglas del derecho de los conflictos armados que prohíben el asesinato de civiles en los territorios ocupados, la deportación de civiles como mano de obra esclava y la deportación de los prisioneros de guerra para el trabajo esclavo son normas de *jus cogens*, no hay conflicto entre las reglas y las normas sobre inmunidad de los Estados. Los dos conjuntos de normas abordan diferentes asuntos. Las reglas relativas a la inmunidad del Estado son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado podrán ejercer su competencia respecto de otro Estado [...]”<sup>406</sup>. Por el contrario, el juez Cançado Trindade, afirmó que “no podía sostenerse la ausencia erróneamente asumida y formalista de conflicto entre las normas de procedimiento y sustancial, privando al *jus cogens* de sus efectos y consecuencias legales. El hecho es que el conflicto existe y la primacía es del *jus cogens*. No puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las masacres de la población civil, y la deportación de civiles y prisioneros de guerra de sometimiento a trabajo esclavo: se trata de graves violaciones a las prohibiciones absolutas de *jus cogens*, por que no puede haber inmunidad”<sup>407</sup>.

Sin embargo, la Corte reconoció que “la disponibilidad de la inmunidad será hasta cierto punto dependiente de la gravedad del hecho ilícito, lo que constituye un problema lógico: inmunidad de jurisdicción es una inmunidad no sólo de ser sometido

---

<sup>404</sup> *Orden de arresto del 11 de abril 2000, doc. cit.* Opinión disidente del juez Van den Wyngaert, parág. 28 (traducción libre). En este contexto se pregunta: ¿Puede la responsabilidad internacional por dichos crímenes ser considerado como un principio general del derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte? Si el Tribunal llegara a la conclusión de que no hay excepción a las inmunidades por la comisión de crímenes internacionales en virtud del derecho internacional, no debería haber tenido más en cuenta el factor de que los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad han sido, por muchos, considerado crímenes por el derecho internacional consuetudinario? ¿No debería haber considerado la propuesta de escritores que sugieren que los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad son crímenes al *jus cogens*, que, si fuera correcta, sólo mejoraría el contraste entre la situación de las normas que castigan estos delitos y las normas de protección de los sospechosos sobre las bases de las inmunidades de los Ministros de Relaciones Exteriores en ejercicio, que probablemente no forman parte del *jus cogens*. A continuación analiza las dos proposiciones específicas de la Corte Internacional de Justicia antes mencionada, es decir, la distinción entre las defensas de fondo y de procedimiento y la idea de que las inmunidades no son un impedimento para el juzgamiento.

<sup>405</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.*, parág. 92. (traducción libre)

<sup>406</sup> *Ibid.*, parág. 93. (traducción libre)

<sup>407</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 315. (traducción libre)

a un juicio adverso, sino de ser sometido al proceso judicial. Por lo tanto, tiene necesariamente un carácter preliminar. En consecuencia, se requiere un órgano jurisdiccional nacional para determinar si un Estado extranjero tiene derecho a la inmunidad como una cuestión de derecho internacional antes de que pueda conocer el fondo del asunto y antes de haber establecido los hechos. Si la inmunidad dependiera de que el Estado haya cometido una grave violación del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho de los conflictos armados, sería necesario que el juez nacional realizara una investigación sobre el fondo a fin de determinar si tiene jurisdicción. Por el contrario, si la mera afirmación de que el Estado ha cometido tales actos ilícitos fuera suficiente para privar al Estado de su derecho a la inmunidad, la inmunidad podría, en efecto, ser negada simplemente por una habilidosa construcción de la reclamación”<sup>408</sup>. La CIJ concluyó que, “en virtud del derecho internacional consuetudinario, tal y como está en la actualidad, un Estado no se ve privado de la inmunidad por el hecho de estar acusado de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados [...]”<sup>409</sup>. La CIJ considera que el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que el Estado conceda la inmunidad<sup>410</sup> en los procedimientos por los daños cometidos en el territorio de otro Estado por las fuerzas armadas y de otros órganos del Estado en el curso de la realización de un conflicto armado<sup>411</sup>. La CIJ destacó que

---

<sup>408</sup> *Ibid.* parág. 82. (traducción libre)

<sup>409</sup> *Ibid.* parág. 91. (traducción libre)

<sup>410</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.* Voto separado del juez Koroma, parágs. 1, 2, 10 y 20. El juez Koroma, dijo que la Sentencia de la Corte, refleja con precisión el estado actual del derecho internacional con respecto a la inmunidad de jurisdicción de un Estado. Agregó que la Corte ha constatado que Italia ha violado la inmunidad que Alemania tiene de conformidad con el derecho internacional, al permitir las demandas civiles que se formulen contra él en relación con violaciones del derecho internacional humanitario por parte de Alemania. Cabe destacar, sin embargo, que la Sentencia de la Corte no debe interpretarse como una licencia para que los Estados cometan actos de tortura, crímenes de lesa humanidad o violaciones del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. Más bien, el Tribunal de Justicia examinó los hechos de este caso y concluyó que los actos cometidos por Alemania fueron *acta jure imperii* y que no es una excepción a la inmunidad era aplicable. Por lo tanto, el Tribunal consideró que Alemania tenía derecho a la inmunidad de jurisdicción de los tribunales italianos. En conclusión, la Corte constató correctamente que Alemania tiene derecho a inmunidad soberana de los actos cometidos por sus fuerzas armadas en Italia durante la Segunda Guerra Mundial, ya que los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas constituían *acta jure imperii*, y no escapa a esa general norma de la inmunidad se aplica. Este hallazgo, sin embargo, no impide que las partes puedan iniciar negociaciones para resolver las cuestiones que llegaron a estos estrados en el curso del presente procedimiento. Tampoco el logro de la justicia en el contexto fáctico e histórico de este caso, requieran el derrocamiento de la ley vigente sobre la inmunidad de jurisdicción, que justamente protege y preserva la soberanía y la igualdad soberana de los Estados. Para concluir, hago hincapié una vez más que la Sentencia en el presente caso no afecta en modo alguno negar la responsabilidad de Alemania por las terribles violaciones del derecho internacional cometidas por éste contra ciudadanos italianos entre 1943 y 1945. En efecto, Alemania, en las palabras de su agente ante la Corte, “aceptó toda la responsabilidad [de] los eventos de tiempo de guerra terribles”. Pero esa responsabilidad, junto con las obligaciones que genera, no está invocada ante la Corte. Lo que se debate ante el Tribunal sólo es la afirmación de Alemania a la inmunidad de la jurisdicción frente a los tribunales italianos durante los procedimientos basados en los acontecimientos traídos en su contra por los ciudadanos italianos individuales.

<sup>411</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.*, parág. 78. (traducción libre).

“la práctica estatal a través de las decisiones judiciales apoya la propuesta de que la inmunidad del Estado para los actos *jure imperii* continúa extendiéndose a los procedimientos civiles por actos que ocasionen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos de un Estado en los conflictos armados, incluso si los actos pertinentes tienen lugar en el territorio del Estado del foro. Esa práctica se acompaña de *opinio juris*, como lo demuestran las posiciones adoptadas por los Estados y la jurisprudencia de varios tribunales nacionales que han dejado claro que consideran que el derecho internacional consuetudinario requiere inmunidad [...]”<sup>412</sup>.

El juez *ad hoc* Gaja, en su voto en disidencia, hizo la siguiente reflexión: “Si se tienen en consideración todos los elementos de la práctica, se llega a la conclusión de que la naturaleza de la obligación de derecho internacional—que dio origen al reclamo— no provee *per se* suficiente evidencia de que la jurisdicción deba ejercerse sobre Estados extranjeros en caso de que el reclamo de reparación sea por el incumplimiento de una obligación imperativa sea donde sea que se haya cometido”<sup>413</sup>. Por su parte, el juez Yusuf, en su voto en disidencia, indicó que al levantar la barrera de la inmunidad de la manera muy limitada, como se sugiere<sup>414</sup>, el derecho humanitario tendría mejor aplicación y los valores basados en los derechos humanos de la comunidad internacional en su conjunto estarían mejor protegidos”<sup>415</sup>. Agregó que “el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales nacionales por la omisión de brindar las reparaciones por las violaciones graves del derecho de los conflictos armados, admitidos por el Estado responsable, en particular cuando no hay otras vías de recurso disponibles, no puede, perjudicar la independencia o la soberanía de otro Estado. Simplemente contribuye a la cristalización de una excepción emergente para la inmunidad del Estado, que se basa en los principios de los derechos humanos fundamentales y del derecho humanitario y de la *opinio juris*, ampliamente difundida, de garantizar el ejercicio de esos derechos, incluido el derecho a un recurso efectivo, en aquellos casos en que las víctimas no tengan algún otro medio de reparación disponible”<sup>416</sup>.

El juez Cançado Trindade destaca que “[...] cuando un Estado aplica una política criminal de asesinar a parte de su propia población, y de la población de otros Estados, no puede, posteriormente, ponerse detrás del escudo de la inmunidad soberana, ya que esta nunca fue concebida para tal fin. Las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, constituyen crímenes internacionales, no son en lo absoluto *actos jure imperii*. Son actos antijurídicos, son violaciones del *jus cogens* y, por lo tanto, las violaciones del *jus cogens* deberían lograr la eliminación de las invocaciones de la inmunidad del Estado para que se haga

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, parág. 77. (traducción libre).

<sup>413</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.* Voto en disidencia del juez *Ad hoc* Gaja, parág. 11 (traducción libre).

<sup>414</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, doc. cit.* Voto en disidencia del juez Yusuf, parágs. 49-54.

<sup>415</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Yusuf, parág. 57 (traducción libre).

<sup>416</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Yusuf, parág. 51.

justicia”<sup>417</sup>. En el caso *Jones y otros c. Reino Unido de Gran Bretaña*, el TEDH dijo que “la concesión de inmunidad a Arabia Saudita y a sus funcionarios del Estado en los procesos civiles —donde ciudadanos británicos denunciaron haber sido torturados en Arabia Saudita— refleja normas generalmente reconocidas del derecho internacional público. Por lo tanto, la desestimación del caso por los tribunales ingleses por razón de la inmunidad del Estado no constituía una violación del artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza el derecho de acceso a los tribunales”<sup>418</sup>.

En el caso *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), la CIJ, recordó —como ya lo había hecho previamente— que “la ausencia de una corte o tribunal para resolver disputas concernientes al cumplimiento de una obligación de derecho internacional en particular no afecta la existencia ni fuerza vinculante de tal obligación. Los Estados están llamados a cumplir sus obligaciones bajo el derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos y permanecen siendo responsables de los actos contrarios al derecho internacional que le sean atribuibles”<sup>419</sup>. De esta manera los argumentos empleados más de una década atrás en *Al-Adsani* se reforzaron por la CIJ en el caso sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*<sup>420</sup> y el TEDH en *Jones y otros c. Reino Unido de Gran Bretaña*. No obstante, no deja de ser paradójico que existan normas consuetudinarias que establezcan excepciones al principio de la inmunidad del Estado por cuestiones comerciales, industriales, laborales, pero que no existan cuando se trata de actos de tortura o crímenes internacionales en general.

## 9.2. Acceso a la justicia e inmunidades jurisdiccionales del Estado en casos de violación a las normas de *jus cogens*

Los instrumentos de derechos humanos proclaman el derecho de acceso a la justicia, a un proceso equitativo. En este contexto se puede plantear la cuestión de si la inmunidad de la jurisdicción de los Estados pugna con el derecho humano en cuestión. La práctica jurisprudencial reciente nos brinda ejemplos acerca de la relación entre las inmunidades estatales y la violación de las obligaciones emergentes de normas de *jus cogens*.

En la opinión separada del juez Kreca en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) dijo que “las cláusulas jurisdiccionales no son capaces de modificar o revisar las leyes sustantivas [...]. Las provisiones sustantivas de la Convención pertenecen al *corpus juris cogentis* y, en consecuencia, pueden ser modificadas sólo por una norma posterior de idéntico carácter. Es obvio que la regla

---

<sup>417</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 129 (traducción libre).

<sup>418</sup> *Jones y otros c. Reino Unido de Gran Bretaña*, *doc. cit.*, parág. 215 (traducción libre).

<sup>419</sup> *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), *doc. cit.*, parág. 86 (traducción libre).

<sup>420</sup> *Ibid.*, parágs. 88-94.



contenida en el artículo IX ‘no es una norma general de derecho internacional que tenga el mismo carácter’, pero de hecho, es una regla de *jus dispositivum* y como tal, los Estados partes pueden derogarla discrecionalmente. Si el artículo IX pudiera modificar la situación legal establecida por las provisiones sustantivas de la Convención, eso, desde la óptica de la dicotomía del *jus cogens/jus dispositivum* equivaldría a decir que al menos algunas reglas particulares de *jus dispositivum* poseen la capacidad de modificar el régimen establecido de *jus cogens*[...]”<sup>421</sup>.

En el caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, el juez Yusuf, en su voto en disidencia, sostuvo que era necesario reconocer que “la falta de reparación por los crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad puede dar lugar a la no inmunidad ante los tribunales nacionales, sobre todo cuando no hay otros medios de reparación disponibles. No se trata tanto de reducir aún más el alcance de la inmunidad del Estado, sino de estar en línea con el creciente peso normativo fijado por la comunidad internacional para la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario, y la realización del derecho a la tutela judicial efectiva para los seres humanos. También podría tener un efecto disuasorio sobre la no observancia del derecho humanitario por parte de los Estados”<sup>422</sup>.

En el mismo caso, el juez Cançado Trindade afirmó categóricamente “no hay inmunidad por crímenes de lesa humanidad. En los casos de crímenes internacionales, *delicta imperii*, lo irrenunciable es el derecho individual de acceso a la justicia, que abarca el derecho a la reparación por las graves violaciones de los derechos inherentes a él como un ser humano. Sin este derecho, no hay ningún sistema jurídico creíble en absoluto, a nivel nacional o internacional”<sup>423</sup>. Agregó que “el *jus cogens* está por encima de la prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado la inmunidad, con todas las consecuencias que se derivan de él, evitando así la denegación de justicia e impunidad”<sup>424</sup>.

Por su parte, en su voto separado, el juez Bennouna, sostuvo que, “la preeminencia bien establecida de la justicia, ya sea penal o civil y el Estado de derecho en el plano internacional, también sirve para disuadir a los líderes, que actúan en nombre de sus países, de participar en violaciones de las normas imperativas del derecho relativos a la prevención y la comisión de crímenes internacionales. Se debe tener cuidado para asegurar que dicha función disuasoria no se vea afectada por una aproximación retrospectiva a la inmunidad del Estado y a la de sus representantes”<sup>425</sup>. Agregó que cuando se plantea en relación con los crímenes internacionales, como en

---

<sup>421</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, doc. cit. Opinión separada del juez Kreca, parág. 133 (traducción libre).

<sup>422</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, doc. cit. Voto en disidencia del juez Yusuf, parág. 52. (traducción libre) La cuestión fundamental era si, en circunstancias excepcionales en que la inmunidad puede impedir a las víctimas de crímenes internacionales de la obtención de la tutela judicial efectiva, o cuando no hay otras vías de recurso está disponible, esa inmunidad debe concederse o anularse por los tribunales nacionales.

<sup>423</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, doc. cit. Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 308. (traducción libre)

<sup>424</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 316 (traducción libre).

<sup>425</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, doc. cit. Voto separado del juez Bennouna, parág. 35 (traducción libre).

el presente litigio, la cuestión de la inmunidad jurisdiccional presenta problemas éticos y jurídicos fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto, lo que no se puede evadir simplemente mediante la caracterización de la inmunidad como una simple cuestión de procedimiento<sup>426</sup>. Señaló que la Corte, cuya función es “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (artículo 38 del Estatuto), debe aplicar e interpretar la norma de que se trata en su contexto legal, es decir, teniendo en cuenta las otras normas de derecho que obligan a ambas partes. En consecuencia, “es difícil ver cómo la ley de la inmunidad del Estado puede ser aplicada e interpretada sin tener en cuenta el impacto de las normas que rigen la responsabilidad del Estado”<sup>427</sup>. Asimismo, lamentó que “el razonamiento de la Corte no se haya fundado en las características del derecho internacional contemporáneo, donde la inmunidad, como un elemento de un mecanismo para la distribución de competencias, no podría justificarse si en última instancia, fuera un obstáculo para los requisitos de la justicia debida a las víctimas. Por lo tanto, la inmunidad no es un derecho subjetivo, en el sentido estricto, a disposición del Estado, sino una posibilidad que se da a esta última a no ser juzgado por tribunales extranjeros, en función de si las circunstancias particulares del caso lo permiten”<sup>428</sup>.

El juez Cançado Trindade en su opinión separada, expresó: “si las violaciones a la prohibición absoluta de la tortura son seguidas por la impunidad de los perpetradores, se agrega gravedad a la situación ilícita: a la violación original (actos de tortura), subsecuentemente, las víctimas carecen de acceso a la justicia (denegación de justicia) lo que constituye una violación adicional de los derechos protegidos”<sup>429</sup>.

### 9.3. Conclusiones

En el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la CIJ dejó en claro que aun suponiendo que las reglas del derecho de los conflictos armados que prohíben el asesinato de civiles en los territorios ocupados, la deportación de civiles como mano de obra esclava y la deportación de los prisioneros de guerra para el trabajo esclavo son normas de *jus cogens*, no hay conflicto entre las reglas y las normas sobre inmunidad de los Estados. Los dos conjuntos de normas abordan diferentes asuntos. Las reglas relativas a la inmunidad del Estado son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado podrán ejercer su competencia respecto de otro Estado.

---

<sup>426</sup> *Ibid.* Voto separado del juez Bennouna, parág. 9.

<sup>427</sup> *Ibid.* Voto separado del juez Bennouna, parág. 27. (traducción libre).

<sup>428</sup> *Ibid.* Voto separado del juez Bennouna, parág. 31. (traducción libre).

<sup>429</sup> *La Cantuta v. Perú*, Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29/11/2006, Opinión separada del juez Cançado Trindade, parág. 51 y 60. *doc. cit.* en *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.* Opinión separada de Cançado Trindade, parág. 108 (traducción libre). Agrega: “Durante años, en la Corte IDH, insistí en la construcción jurisprudencial de la expansión material de *jus cogens* y las correspondientes obligaciones erga omnes de protección, en sus dos dimensiones, la horizontal (*vis-a-vis* la comunidad internacional en su conjunto) como también la vertical (proyección en el derecho interno la regulación de las relaciones sobre todo entre los individuos y el poder público del Estado)”.

Por el contrario, el juez Cançado Trindade, agrega otra categoría a los actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, los *delicta imperii*, entendiendo que el conflicto normativo existe y la primacía es del *jus cogens*, por lo que no puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales.

No obstante, no deja de ser paradójico que existan normas consuetudinarias que establezcan excepciones al principio de la inmunidad del Estado por cuestiones comerciales, industriales, laborales, pero que no existan cuando se trata de crímenes internacionales en general.

## 10. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE LOS ESTADOS EN SITUACIONES DE VIOLACIÓN A NORMAS DE *JUS COGENS*

### 10.1. Jurisdicción voluntaria

Una de las consecuencias de la descentralización institucional del derecho internacional se manifiesta en la ausencia de un mecanismo de proceso judicial obligatorio, sustituible en determinadas materias por el arbitraje. Frente a una disputa<sup>430</sup> los mecanismos de resolución pacífica de controversias, adquieren relevancia. A pesar de proclamarse la obligación del arreglo pacífico de las controversias<sup>431</sup>—como una obligación de comportamiento en cabeza de los Estados— el único modo de arreglo que termina en una decisión dictada conforme al derecho internacional y obligatorio para los Estados es la jurisdiccional, pero siempre requiere el consentimiento del Estado.

El procedimiento jurisdiccional involucra la actividad de cortes y tribunales internacionales que deciden en litigios entre sujetos de derecho internacional. Para que estas tengan jurisdicción respecto de ciertos litigios es necesario que los Estados hayan manifestado su consentimiento para ello, lo que se hace a través de varios medios puesto que la jurisdicción internacional tiene el carácter de “voluntaria”<sup>432</sup>.

González Napolitano nos indica que “los Estados son libres de aceptar o no la jurisdicción de los tribunales, ya que lo de ‘jurisdicción compulsiva’ no es más que una expresión equívoca que sólo pretende expresar que un Estado voluntariamente se somete a un tribunal, de modo que en el futuro otro Estado podrá llevar un caso contra aquél en forma compulsiva”<sup>433</sup>. Aun en el supuesto de que se hable de la jurisdicción ‘compulsiva’ de algún tribunal internacional, ello es así porque los Estados con anterioridad han aceptado voluntariamente tal situación<sup>434</sup>.

Cançado Trindade señala que los tribunales internacionales contemporáneos deben tener presente el *jus naecessarium*, sin hacer concesiones indebidas al

---

<sup>430</sup> Véase *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, (Grecia c. Gran Bretaña), PCIJ, serie A, No. 2, 30/08/1924, p. 11. Allí se define “como un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídica o de intereses entre dos personas”.

<sup>431</sup> Véase Arts. 2.3 y 33 Carta ONU. El derecho internacional contemporáneo no impone a los Estados una obligación de resultado, es decir que los Estados no están obligados a lograr un arreglo de sus controversias, sino que se trata de una obligación de comportamiento: la de procurar llegar, de buena fe y con espíritu de cooperación a una solución rápida y justa de la controversia.

<sup>432</sup> Gutiérrez Posse, Hortensia, “Algunas consideraciones sobre la solución pacífica de controversias internacionales”, *Lecciones y Ensayos*, n. 4 (1983), p. 39. *Op. cit.* en González Napolitano, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, el autor, Buenos Aires, 2008, p. 33.

<sup>433</sup> González Napolitano, Silvina S., *Op. Cit. (Obligatoriedad y eficacia [...])*, p.144.

<sup>434</sup> *Ibid.* 38, nota al pie: Al respecto, Collier y Lowe han observado que cuando el art. 36, inc. 2 del ECJ se refiere a que los Estados pueden reconocer “como obligatoria” la jurisdicción de la CIJ mediante una declaración, el uso de la palabra “obligatoria” (en la versión en inglés se usa el término *compulsory*) resulta “engañoso”, puesto que los Estados tienen la “opción” de aceptar como compulsiva la jurisdicción del tribunal, ya que no están compelidos a hacerlo; J. Collier y V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford (1999), p. 140

voluntarismo estatal<sup>435</sup>. Agrega que la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ revela que su propósito original era el de atraer la aceptación de todos los Estados y establecer una jurisdicción internacional resguardando la igualdad jurídica de los Estados; sin embargo, la práctica estatal de agregar posteriormente restricciones (no previstas en el Estatuto) a la aceptación de tal cláusula desvirtuó el ideal inicialmente profesado<sup>436</sup>.

## 10.2. El ejercicio de la jurisdicción frente a violaciones de normas de *jus cogens* o *erga omnes*

Cuando se presentan controversias que versan sobre violación a normas de *jus cogens* o *erga omnes* se plantea el debate acerca de la jurisdicción compulsiva u obligatoria, criticado sólidamente por el positivismo, ello por romper con el principio de “soberanía estatal”. El magistrado Cançado Trindade reflexiona en este sentido: “los Estados se enfrentan hoy a un dilema que debería haber sido superado hace mucho tiempo, o bien vuelven a la concepción voluntarista del derecho internacional, abandonando para siempre la esperanza en la primacía del derecho sobre los intereses políticos, o bien retoman y logran con determinación el ideal de la construcción de una comunidad internacional con una mayor cohesión e institucionalización a la luz de la ley y en la búsqueda de Justicia”<sup>437</sup>, pasando decididamente del *jus dispositivum* al *jus cogens*. “La jurisdicción universal se está convirtiendo, en nuestros días, en un imperativo del ordenamiento jurídico internacional y la jurisdicción internacional compulsiva en los casos de violación a las normas *jus cogens* responde a una manifestación del reconocimiento de la comunidad internacional de que el derecho internacional más que voluntario, es necesario”<sup>438</sup>.

### 10.2.1. La interpretación de la Corte Internacional de Justicia

En el *Asunto relativo a Timor Oriental*, Portugal argumentó que las obligaciones que Australia presuntamente había infringido eran *erga omnes* y en consecuencia podía exigir, a título individual, su respeto, independientemente de si otro Estado se había comportado de una manera similar ilegal. Sin embargo, la Corte consideró que el carácter *erga omnes* de una norma y las reglas relativas al consentimiento de la jurisdicción son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la naturaleza de la obligación invocada, la Corte no puede decidir sobre la legalidad de la conducta de un Estado cuando su decisión implicaría la evaluación de la legalidad del comportamiento de un

---

<sup>435</sup> Cançado Trindade, Augusto, *Os Tribunais internacionais contemporâneos*, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2013 p. 39. (traducción libre)

<sup>436</sup> *Ibid.*, p.40. (traducción libre)

<sup>437</sup> Véase *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, (Georgia c. Rusia), CIJ, Sentencia excepciones preliminares, 01/04/2011. Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 46. (traducción libre).

<sup>438</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 63 (traducción libre).

Estado que no es parte en el caso. Cuando esto es así, la Corte no puede actuar, aun si el derecho en cuestión es *erga omnes*<sup>439</sup>.

En la opinión separada del juez Kreca, en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* se hizo referencia a la validez jurídica de las normas de *jus standi*: “Así el artículo 35, párrafo 1º del Estatuto de la CIJ, tiene una naturaleza constitucional, una parte integral del orden público establecido por la Carta de las Naciones Unidas. Como tal, junto con otras provisiones del Estatuto de esa naturaleza, representa al *jus cogens*”<sup>440</sup>, incapaz de ser modificada inclusive por la Corte en sí misma. Asimismo “la función de la Corte de indagar en el asunto y alcanzar sus propias conclusiones es obligatoria a la Corte independientemente de que el consentimiento de las partes sea de algún modo incompatible con el principio de que la jurisdicción de la Corte depende del consentimiento”<sup>441</sup>.

Como veremos a continuación, la CIJ ha tenido una interpretación muy sólida y consistente con relación a las reglas relativas al ejercicio de la jurisdicción y la violación a las normas imperativas o *erga omnes*. En reiteradas ocasiones, ha tenido ocasión de enfatizar que “el carácter *erga omnes* de una norma y las reglas de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes”<sup>442</sup>, y el mero hecho de que derechos y obligaciones *erga omnes* estén en litigio en una controversia no le dan jurisdicción a la Corte para entender en esa disputa. Lo mismo se aplica a la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte: el hecho de que una controversia se relacione con el cumplimiento de una norma de tal carácter, que es ciertamente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí sola proporcionar una base para la jurisdicción de la Corte para conocer de este litigio. Según el Estatuto de la Corte la jurisdicción se basa siempre en el consentimiento de las partes<sup>443</sup>.

En el caso *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio*, la CIJ, enfatizó el presupuesto de la jurisdicción voluntaria al sostener que “no tiene competencia para decidir sobre presuntas violaciones de derecho internacional, que no constituyan genocidio, particularmente aquellas que protegen los

---

<sup>439</sup> *Asunto relativo a Timor del Este*, *doc. cit.*, parág. 29.

<sup>440</sup> Schwarzenberger, Georg, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, *International Judicial Law*, v. IV, 1986, pp. 434-435, Kolb, K, “Théorie du *jus cogens* international, Essai de relecture du concept”, 2001, pp. 344-348; Fachiri, “The Permanent Court of International Justice”, 1932, p. 63. *Op. Cit* en *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), CIJ, Fallo, 26/02/2007, Opinión separada del juez Kreca, parág. 32. (traducción libre).

<sup>441</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, *doc. cit.* Opinión separada del juez Kreca, parág. 32. Véase también *Legalidad del empleo del uso de la fuerza* (Serbia y Montenegro c. Países Bajos), CIJ, Sentencia, excepciones Preliminares, 15/12/2004, parág. 35. (traducción libre).

<sup>442</sup> *Asunto relativo a Timor del Este*, *doc. cit.*, parág. 29. (traducción libre).

<sup>443</sup> *Actividades armadas sobre el territorio del Congo, Nueva Solicitud: 2002*, *doc. cit.*, parág. 64: “El Tribunal llega a la conclusión de que de todas las consideraciones anteriores se desprende que no puede aceptar ninguna de las bases de la competencia presentadas por la República Democrática del Congo en el presente caso. Ya que no tiene competencia para conocer de la solicitud, no es necesario que la Corte se pronuncie sobre su admisibilidad”. Véase también parágs. 123 y 126.

derechos humanos en conflictos armados. Esto es así, aun si las alegadas violaciones derivan de obligaciones imperativas, u obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales, que pueden considerarse *erga omnes*<sup>444</sup>.

En el voto en disidencia del juez Cançado Trindade en el asunto *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, se señala que:

“la jurisdicción compulsiva es, en el fondo, una expresión del Estado de Derecho a nivel internacional, conductor de un orden jurídico internacional más cohesivo, inspirado y guiado por el imperativo de la idea de realización de la justicia. A pesar de toda la atención que el asunto en cuestión atrajo a juristas de las generaciones sucesivas y de todos los avances logrados, parece, sin embargo, que todavía hay un largo camino por recorrer para alcanzar el ideal del automatismo de la jurisdicción obligatoria en las controversias interestatales, al menos cuando los derechos fundamentales están en juego. Este viejo ideal no debe ser despreciado o minimizado por los partidarios estáticos de la soberanía del Estado: no hay nada más invencible que un ideal que no se ha alcanzado, que pasa de una generación a otra, siempre está presente en la mente de los juristas lúcidos, incluso si la formación de una minoría, a la espera de la conjunción de las estrellas para que pueda ser alcanzado. La jurisdicción obligatoria, de hecho, ya no es un sueño académico, se ha convertido ya en una realidad dentro de algunos regímenes jurídicos”<sup>445</sup>. Indica que “estos ejemplos —Estatuto de la CPI, Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar, Convenio Europeo sobre Derechos Humanos— bastan para revelar que la jurisdicción obligatoria es ya una realidad, al menos en algunos dominios circunscritos del derecho internacional, tal como se indica más arriba. La jurisdicción internacional obligatoria es, por supuesto, una posibilidad jurídica. Si aún no ha sido lograda a nivel mundial para las controversias interestatales, esto no puede atribuirse a una falta de viabilidad jurídica, sino más bien a errores de percepción de su papel, o simplemente a una falta de conciencia en cuanto a la necesidad de ampliar su ámbito de aplicación. La jurisdicción obligatoria es una manifestación del reconocimiento de que el derecho internacional, más que voluntario, es de hecho, necesario”<sup>446</sup>.

Aquí, es importante destacar que la jurisdicción resulta obligatoria en un contexto convencional determinado, que por lo tanto, presupone la existencia del elemento consensual.

En el caso relativo a la *Inmunidad de Jurisdicción del Estados*, la CIJ aclaró que el mero hecho de que los derechos y las obligaciones *erga omnes* o *jus cogens* puedan ser

---

<sup>444</sup> *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), *doc. cit.*, parág. 85. (traducción libre)

<sup>445</sup> *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, (Georgia c. Rusia), CIJ, Sentencia, excepciones preliminares, 01/04/2011, Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 60 (traducción libre).

<sup>446</sup> *Ibid.* Voto en disidencia del juez Augusto Cançado Trindade, parág. 63. (traducción libre).

objeto de una controversia no le da *per se* jurisdicción a la Corte para dirimirla, que es seguramente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, pues “las reglas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción y cuando esta puede ser ejercida no establecen excepciones a dichas normas sustantivas que tiene el carácter de *jus cogens*, ni hay nada inherente al concepto de *jus cogens* que requiera su modificación o desplace su aplicación”<sup>447</sup>.

### 10.3. Conclusiones

Como hemos visto, la CIJ ha tenido una interpretación muy sólida y consistente con relación a las reglas relativas al ejercicio de la jurisdicción y la violación a las normas imperativas o *erga omnes*. En reiteradas ocasiones, ha tenido ocasión de enfatizar que “el carácter *erga omnes* de una norma y las reglas de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes”, y el mero hecho de que derechos y obligaciones *erga omnes* estén en litigio en una controversia no le dan jurisdicción a la Corte para entender en esa disputa. Lo mismo se aplica a la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte.

En los tratados multilaterales que establecen la jurisdicción internacional obligatoria, como la del TEDH o la CPI, es importante destacar que la jurisdicción resulta obligatoria en un contexto convencional determinado, que por lo tanto, presupone la existencia del elemento consensual previo.

En el caso relativo a la *Inmunidad de Jurisdicción del Estados*, la CIJ aclaró que el mero hecho de que los derechos y las obligaciones *erga omnes* o *jus cogens* puedan ser objeto de una controversia no le da *per se* jurisdicción a la Corte para dirimirla, pues las reglas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción y cuando esta puede ser ejercida no establecen excepciones a dichas normas sustantivas que tiene el carácter de *jus cogens*, ni hay nada inherente al concepto de *jus cogens* que requiera su modificación o desplace su aplicación.

Es decir, la interpretación jurisprudencial mayoritaria deja en claro que el ejercicio de la jurisdicción no puede determinarse por el solo hecho de que se trata de una violación a una norma de *jus cogens*.

---

<sup>447</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *doc. cit.*, parág. 95 (traducción libre). Doctrina reiterada en el caso relativo *Actividades Militares en el Congo*, *doc. cit.*, parágs. 64 y 125 y en el caso relativo a la *Orden de detención*, *doc. cit.*, parágs. 58 y 78. (traducción libre).





## 11. CONCLUSIONES GENERALES

La conveniencia de establecer una distinción cualitativa entre las normas que integran este sistema jurídico ha sido objeto de un importante debate y una pieza fundamental en la estructura del régimen de responsabilidad internacional general. En razón de que ciertas obligaciones son debidas a la comunidad internacional en su conjunto y habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados tienen un legítimo interés en su protección.

El estudio del régimen de responsabilidad internacional del Estado por violación a normas de *jus cogens* no puede hacerse en forma aislada, pues ha ido acompañado e impulsado por el desarrollo de conceptos tales como normas *erga omnes* (respecto de todos) y los intentos por codificar el concepto de crimen internacional del Estado. No obstante sus particularidades, tienen puntos de convergencia, pues postulan la preeminencia de ciertas reglas y valores de importancia particular para la comunidad internacional. Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general —*jus cogens*— se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de las normas respecto de la comunidad internacional en su conjunto —*erga omnes*—, el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento, es decir el derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Nótese que esta es la faz positiva, muchas veces olvidada en el empleo coloquial de la alocución “obligaciones *erga omnes*”; aquí su importancia la reviste la posibilidad discrecional del “ejercicio de un derecho”, sin que implique una obligación.

Si bien se reconoce que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens* tienen simultáneamente el carácter *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. La interpretación del concepto de normas *erga omnes* no ha sido siempre coincidente, siendo utilizado tanto para indicar las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con el resto de los Estados partes o para los terceros Estados, en referencia a la oponibilidad de las obligaciones dimanantes, o bien para extender la legitimación activa frente a sus violaciones. Es decir, su carácter implica, para todos los Estados, tanto obligaciones como derechos, aunque mayormente se emplea la expresión “obligaciones *erga omnes*” para hacer referencia a ambos aspectos.

La consagración de determinadas reglas como de *jus cogens* a través de lo que se han llamado “voceros oficiosos”, como la CIJ, CDI, AGNU, CSNU, nos permite afirmar que se trata de un concepto de desarrollo progresivo que debe ser analizado a la luz de los procedimientos de formación de la costumbre. Así, resulta de relevancia advertir no extender su contenido de manera irrestricta, pues podría tener impacto sobre temas muy controvertidos, por ejemplo relativos al abuso de la responsabilidad de proteger.

A la luz del análisis realizado, es posible sostener que los principios básicos del derecho humanitario, el derecho de los pueblos a autodeterminarse, la prohibición de la tortura y la prohibición del genocidio y la prohibición de amenaza o uso de la fuerza, la adquisición territorial por la fuerza, el *apartheid* y la discriminación racial son las normas de *jus cogens* invocadas con mayor frecuencia.

Asimismo, la coincidencia que existe en los sistemas de protección regional de derechos humanos en la protección de la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición del trabajo forzoso y la esclavitud como derechos no susceptibles de suspensión en situaciones extraordinarias, guarda relación, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. No obstante, la consolidación de determinadas normas de *jus cogens* en los contextos regionales debe interpretarse dentro de su propio marco convencional, y también limitado a su ámbito de aplicación territorial, personal y material. Es decir, como es sabido, el ejercicio de determinados derechos no pueden ser suspendidos, pero esto no es equivalente a decir que la totalidad de derechos con esta gradación representa normas de *jus cogens*, en el sentido universal del término, pues como se ha indicado, las normas de *jus cogens* son normas generales, excluyendo en su acepción las exclusivamente regionales.

El balance del estudio sobre la responsabilidad internacional del Estado por violación a normas imperativas nos permite afirmar que en el derecho internacional contemporáneo no existe un único régimen de responsabilidad bilateral aplicable universalmente a todo tipo de hecho internacionalmente ilícito, existe otro, de tipo multilateral, para violaciones graves de *jus cogens* con consecuencias adicionales.

Estas consecuencias adicionales se manifiestan en la posibilidad de cualquier Estado de: 1) exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición; 2) reclamar el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada; 3) tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación 4) exigir la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada; 5) el deber de los Estados de cooperar para ponerle fin a la obligación; 6) el deber de abstenerse a prestar ayuda o asistencia; 7) no reconocer ninguna situación creada en violación al *jus cogens* y 8) la imposibilidad de invocar circunstancias que excluyen la ilicitud.

También se advierte su impacto en la invocación de la responsabilidad, en especial en las normas secundarias relativas a la protección diplomática, pues no sería necesario el requisito de la nacionalidad tradicionalmente exigible. En este sentido, las reglas relativas a la invocación de la responsabilidad estarán determinadas por la regla primaria, bastará con determinar su carácter *erga omnes* para que cualquier Estado parte de un tratado pueda ejercer su legitimación activa en la reclamación, sin que sea necesario cumplir con el requisito de la nacionalidad que exige el instituto de la protección diplomática. Ahora bien, en cualquier caso se deberá atender a las reglas de procedimiento que permitirán o no iniciar una demanda ante la CIJ o cualquier otro órgano jurisdiccional que requiera el consentimiento del Estado que incumple, pues no es posible concluir que existe una regla que se aparte de la necesidad del consentimiento para el acceso a una jurisdicción internacional.

En materia de inmunidades, nos encontramos en una situación un tanto paradigmática. La costumbre internacional nos permite levantar las inmunidades de jurisdicción por actividades comerciales, cuestiones laborales, pero no cuando existe política sistemática del Estado fundada en la comisión de crímenes internacionales,

como actos de tortura, crímenes contra la humanidad o genocidio y/o frente a cualquier violación de una norma de *jus cogens*.

No obstante, la historia nos ha demostrado que los Estados no solo actúan en dos facetas —actos *iure imperii*/ *iure gestionis*—. Lamentablemente esta categorización ha sido superada por la comisión de actos *delicta imperii*, como indica Cançado Trindade. Sostener que algunas de las violaciones a las normas *jus cogens* forman parte del dominio de los *iure imperii* implicaría un retroceso del derecho internacional contemporáneo, en especial en sus manifestaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional penal. Sin perjuicio de ello, no existe una norma consuetudinaria que permita declinar las inmunidades estatales en casos de violaciones al *jus cogens*, a menos que el Estado perpetrador renuncie expresamente.

A la luz del derecho internacional consuetudinario en su forma actual, no existe una regla de derecho que afecte la inmunidad del Estado por razón del hecho de que se le acuse de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional de los conflictos armados (normas de *jus cogens*), y esto ha quedado bien determinado por la jurisprudencia reciente de la CIJ. Sin embargo, esto no significa que el reconocimiento de la inmunidad de un Estado extranjero, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario equivalga a reconocer como lícita una situación creada por la violación de una norma de *jus cogens*, o prestar ayuda y asistencia para mantener esa situación.

En suma, podemos decir que: 1) las inmunidades de jurisdicción del Estado se rigen por el derecho consuetudinario general; 2) las reglas relativas a las inmunidades estatales no poseen carácter de *jus cogens*, pues son renunciables; 3) las controversias que se han planteado en los foros internacionales versan sobre dos normas relativas a inmunidades: por un lado la norma que reconoce la inmunidad absoluta por actos *iure imperii*, y por otro una norma consuetudinaria en formación —con un efecto similar a la *opinio juris* en la doctrina y opiniones minoritarias, pero que carece del elemento objetivo, esa práctica común y reiterada— que es la excepción a la inmunidad jurisdiccional en caso de violaciones al *jus cogens*. En nuestra opinión, el contenido material del *jus cogens* no ha sido el principal objeto de las controversias.

En materia de inmunidades creemos que una restricción basada en la violación a normas *jus cogens* podría ser considerada como una consecuencia apropiada que fortalezca la eficacia del cumplimiento de estas normas. Mientras tanto, sería deseable que, los Estados renunciaran a su inmunidad en caso de violaciones al *jus cogens*, o que los tribunales nacionales rechazaran los planteos de inmunidad frente a estos supuestos, para poder empezar a encontrar el elemento objetivo de la costumbre, pues entendemos no debería haber ninguna prerrogativa o privilegio de la inmunidad del Estado ante crímenes internacionales, como las masacres de la población civil y la deportación de civiles, o los prisioneros de guerra sometidos a trabajo esclavo: se trata de graves violaciones de las prohibiciones absolutas de *jus cogens*.

Seguiremos en la búsqueda de la crisálida a la mariposa —como refiere, de modo poético, Julio Barboza—, que permita añadir aún más consecuencias a la responsabilidad internacional del Estado por violación a las normas imperativas, en especial aquellas que levanten las barreras de la inmunidad y permitan el acceso a una tutela judicial efectiva de las víctimas de estas violaciones. Mientras tanto, estaremos

atentos al accionar de los “voceros oficiosos” y al comportamiento de los Estados. En especial esperaremos con ansias la labor de la CDI, que ha decidido la inclusión del tema “*jus cogens*” en su programa de trabajo a largo plazo.

Uno de los desafíos del derecho internacional contemporáneo, será entonces establecer los estándares internacional para la determinación del *jus cogens*, pues colaborará con la precisión de su contenido material y permitirá avanzar en el desarrollo progresivo de las consecuencias de su violación.

## 12. FUENTES CONSULTADAS

### 12.1. Bibliografía general

- Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, Cedam, Padua, 1964.
- Arredondo, Ricardo (director), *Manual de Derecho Internacional Público*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- Barberis, Julio, *Formación de derecho internacional*, Ábaco Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1994.
- Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, 2ª Edición, Buenos Aires, 2007.
- Brownlie, Ian, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 7ª Edición, Oxford, 2008.
- de Vitoria, Francisco, *De Indis prior, de titulis legitimis*.
- de Vitoria, Francisco, *De potestate civili*, Teófilo Urbanos, BAC, Madrid, 1960.
- Díez de Velasco, Manuel *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 15ª Edición, Madrid, 2008.
- González Napolitano, Silvina S., Pulvirenti, Osvaldo D. (coords.), *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Errepar, Buenos Aires, 2011.
- González Napolitano, Silvina S., “Fuentes y normas del derecho internacional”, en *Lecciones de Derecho Internacional Público*, González Napolitano, Silvina S. (coord.), Errepar, Buenos Aires, 2015, Cap. 4, título 4.1.
- Grocio, Hugo, *The law of war and Peace*, 1625.
- Gutiérrez Posse, Hortensia D.T., *Guía para el conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, La Ley, 1ª Edición, 5ª reimpresión, Buenos Aires, 2009.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Moncayo, Guillermo, Vinuesa Raúl y Gutierrez Posse, Hortensia. D. T., *Derecho Internacional Público*, Zavalia, 3ª Reimpresión, Buenos Aires, 1990.
- Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires, 1984.
- Oltra Santa Cruz, Fernando, *Comunidad Internacional, Conflictos y Derecho*, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, La Matanza, 2010.
- Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Longmans Green &Co., Londres, 1912.
- Pastor Ridruejo, José A, *Curso de derecho Internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 13ª Edición, Madrid, 2009.
- Pinto, Mónica, *El derecho internacional vigencias y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, Buenos Aires, 2008.

- Shaw, Malcolm N, *International Law*, Cambridge, 5ª Edición, Cambridge, 2003.
- Simma, Bruno (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Travieso, Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig, 1899.
- Tunkin, Grigory Ivanovich, *Theory of international law*, Harvard, 1974.

## 12.2. Bibliografía específica

### 12.2.1. Libros

- Cançado Trindade, Augusto, *Os Tribunais internacionais contemporâneos*, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2013.
- Crawford, James, Pellet, Alain and Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Crawford, James, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- De Carvalho, André Ramos, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
- Dupuy, Pierre-Marie (dir.), *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des Etats*, Pedone, Paris, 2003.
- Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Fitzmaurice, Malgosia and Sarooshi, Danesh (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Canada y Estados Unidos, 2004.
- Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights - Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.
- Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Doctrina Jurídica, n. 147, Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1073>.
- González Napolitano, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, el autor, Buenos Aires, 2008.
- Grover, Sonja, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Springer, Berlin Heidelberg, 2010.
- Hafner, Gerhard, Kohen, Marcelo G. y Breaux, Susan (eds.), *State Practice regarding state immunities*, Martinus Nijhoff, Copublication with Council of Europe, La Haya, 2006.

- Huesa Vinaixa, Rosario (coord.), “Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: intersección de sistemas”, *Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Loucaides, Lukes, *The European Court of Human Rights - Collected Essays*, Martinus Nijhoff PUBLISHERS, La Haya, 2007.
- Ragazzi, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2005.
- Tochilovski, Vladimir, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights - Procedure and Evidence*, Martinus Nijhoff PUBLISHERS, La Haya, 2008.
- Urioste Braga, Fernando *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, Londres, 2009.

### 12.2.2. Artículos de revistas y de obras colectivas

- Abi-Saab, “The Third World and the future of the international legal order”, *Revue Egyptienne de Droit International*, v. 27, (1973), pp. 27-66.
- Akande, Dapo and Shah, Sangeeta, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, *EJIL*, vol. 21, (2011), pp. 815-852.
- Barboza, Julio,
  - “State Crimes: A Decaffeinated Coffe”, in in Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas ed., *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff, La Haya, Londres, Boston, 2001, pp. 357-375.
  - “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 1-14.
  - “Introducción”, *Temas recientes de la CDI*, CARI, Instituto de Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007.
- Bianchi, Andrea, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, *EJIL*, v. 19, n. 3, (2008), pp. 491–508.
- Bird, Annie “Third State Responsibility for Human Rights Violations”, *EJIL*, v. 21, (2011), pp. 883-900.
- Boerefijn, Ineke, “Establishing State Responsibility for breaching Human Rights obligations: avenues under UN human Rights treaties”, *Netherlands International Law Review*, v. LVI, n. 2, (2009), pp. 167-205.
- Brown Weiss, Edith, “Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century”, *AJIL*, v. 96, n. 4, (2002), pp. 798-816.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/3%20->



%20cancado.DM.MR.1-16.pdf

- Cassese, Antonio, "When May Senior State Officials be tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, *EJIL*, v. 13, n. 4, (2002), pp. 853-875.
- Conforti, Benedetto, "Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-law of the European Court of Human Rights", *The Italian yearbook of international law*, v. 13, (2003), pp. 3-10.
- Crawford, James
  - "El *ius standi* de los Estados: Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales n.º m. 1, 2000 (www.reei.org)*
  - "On re-reading the draft articles on state responsibility", *State Responsibility in Multiactor World, ASIL Proceedings*, pp. 295-300, 1998.
  - "The ILC's draft articles on state responsibility: Toward completion of a second reading", Pierre Bodeau and Jacqueline Peel, *AJIL*, v. 94, n. 4, (2000), pp. 660-674.
  - "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *AJIL*, v. 96, n. 4, (2002), pp. 874-890.
- Dawidowicz, Martin, "The obligation of non-recognition of an unlawful situation" en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (edits.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Del Castillo, Lilian, "Protección diplomática, asistencia consular y derechos individuales", *Revista Jurídica de Buenos Aires Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires Departamento de Publicaciones, Derecho Internacional Público*, (2012), 123-164.
- Dörmann, Knut y Geiß, Robin, "The implementation of grave breaches into domestic legal orders", *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 4, (2009), 703-721.
- Drnas de Clément, Zlata "Responsabilidad Internacional de los estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general", *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava, Santiago, Chile*, Librotecnia, v. 1, (2008), pp. 63-81.
- Dupuy, Pierre-Marie, "A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility", *EJIL*, v. 13, n. 5, (2002), pp. 1054-1081.
- Fassbender, Bardo, "Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order", en J.L. Dunoff y J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 133-147.
- Fleck, Dieter, "Shortcomings of the grave breaches regime", *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 4, (2009), 833-854.
- Gaja, Giorgio

- “Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A tentative Analysis of Three Related Concepts”, en Weiler, Joseph H., Cassese, Antonio y Spinedi, Marina J. (eds.), *International Crimes of States*, de Gruyter, Berlin, 1989.
- Should all references to international crimes disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?, *EJIL*, v. 10, n. 2, (1999), pp. 365-370.
- Gattini Andrea, “The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?”, *Leiden Journal of International Law*, v. 24, (2011), pp. 173-200.
- Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System In Quest Of Equity And Universality, Liber Amicorum*, Georges Abi-Saab, Martinus Nijhoff, La Haya/ London / Boston, 2001, pp. 357-375.
- Green, James A., “Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, v. 32, n. 215, pp. 215-255.
- Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Jurisdicciones Declarativas de Atribución, Punición y Reparación en los Sistemas Internacionales de Tutela de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario”, en *Libro homenaje a Fix Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, t. II, 1998, pp. 849-861.
- HB Jorgensen, Nina, “The obligation of non-assistance to the responsible state” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Henckaerts, Jean-Marie, “The grave breaches regime as customary international law”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 4, (2009), 683-701.
- Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.
- Jagota, Satya Pal, “State responsibility: circumstances precluding wrongfulness”, *Netherlands yearbook of international law*, v. 16, (1985), pp. 249-300.
- Koskenniemi, Martti, “The Politics of International Law”, *EJIL*, 1990, pp. 4-30.
- Malanczuk, Peter, “Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on States Responsibility”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 43, (1983), pp. 705-812.
- Mazzeschi, R. Pisillo "Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", en *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 333, (2008), pp. 175-506.
- Mclachlan, “The Principle of Systemic Interpretation and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, (2005), 279-319.

- Melzer, Nils, “The ICRC’s clarification process on the notion of direct participation in the hostilities under international humanitarian law”, *Curso de Derecho Internacional XXXVI*, Comité Jurídico Interamericano, Washington, 2009.
- Mènard, Maja, “Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on state responsibility: compliance with peremptory norms” en Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp.449-453.
- Milano, Enrico, “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 35 (2004), pp.85-142.
- O’Keefe, Roger, “The grave breaches regime and universal jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 4, (2009), 811-831.
- Paulus, Andreas, “*Jus Cogens* in a time of hegemony and fragmentation”, *Nordic Journal of International Law*, v. 74, (2005), pp. 297-333.
- Pastor Ridruejo, José Antonio, “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 12, (2011), pp. 267-286.
- Pellet, Alan,
  - “Article 38”, in: A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, 749-773.
  - “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *EJIL*, v. 10, n. 2, (1999), 425-434.
- Pinto, Mónica, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires Departamento de Publicaciones, Derecho Internacional Público*, (2012), pp. 03-22.
- Randelzhofer Albrecht y Tomuschat, Christian (eds.), *State responsibility and the individuals: reparation in instances of grave violations of human rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1999.
- Randelzhofer Albrecht y Tomuschat, Christian (eds.), *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law, en State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- Sabia de Barberis, Norma Gladys, (coord.), *La distinción entre “delitos” y “crímenes” internacionales de los Estados en la labor de la CDI*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1999.
- Sandoz, Yves, “The history of the grave breaches regime”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 4, (2009), 657-682.
- Schwarzenberger, Georg, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, *International Judicial Law*, v. IV, 1986, pp. 434-435.

- Scoobie, Ian, “The invocation of responsibility for the breach of obligations under peremptory norms of general international law”, *EJIL*, v. 13 No. 5, 2002, pp. 1201-1220.
- Shwelb, Egon, “The action popularis and international law”, *Israel Yearbook of Human Right*, v. 2, (1972), pp. 46-56.
- Sicilianos, Linos-Alexander, “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility”, *EJIL*, Vol. 13, No. 5, 2002, pp.1127-1145.
- Simma, Bruno, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 250, (1994), 229-249.
- Simma, Bruno, “Human Rights and State Responsibility”, en *The law of International relations: Liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *Eleven International*, Utrecht, 2007, pp. 359-381.
- Starace, Vincenzo, “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 153, (1980), pp. 274-308.
- Tomuschat, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 10, (2002), pp. 157-184.
- Toufayan, Mark, “A Return to Communitarianism? Reacting to ‘Serious Breaches of Obligations Arising under Peremptory Norms of General International Law’ under the Law of State Responsibility and United Nations Law”, *The Canadian Yearbook of International Law*, (2004), pp. 197-251.
- Turyn, Alejandro, “Art. 1 Obligación de respetar los derechos” en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Enrique M. Alonso Regueira (dir.), La Ley, Facultad de derecho, Buenos Aires, 2013.
- Vaughan, Lowe, “Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses”, *EJIL*, v. 10, n. 2, (1999), pp. 405-411.
- Verdross, Alfred,
  - “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *AJIL*, v. 60, n. 1, (1966), pp. 55-63.
  - “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties”, *AJIL*, v. 31, n. 4, (1937), pp. 571-577.
- Vermeer-Künzli A., “A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 56, (2007), pp. 553-581.
- Villalpando, Santiago
  - “The Legal Dimension of the International Community: How CommunityInterests Are Protected in International Law”, *EJIL*, v. 21, (2010), pp. 387-419.

- “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, Presses Universitaires de France, París, 2005.
- Weil, Prosper, “Towards relative normativity in international law?”, *AJIL*, v. 77, n. 3, (1983), pp. 413-442.
- Zlata Drnas de Clément, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina). Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

### **12.3. Jurisprudencia relevada (citada por tribunal y por orden cronológico)**

#### **12.3.1. Corte Permanente de Justicia Internacional**

- *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, (Grecia c. Gran Bretaña), 30/08/1924, A/2.
- *Oscar Chinn* (Reino Unido c. Bélgica), 12/12/1934, A/B 63.

#### **12.3.2. Corte Internacional de Justicia**

##### **12.3.2.1. Sentencias y providencias**

- *Nottebohm* (Principado de Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia, Excepción Preliminar, 18/11/1953.
- *Nottebohm* (Principado de Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia, Segunda Fase, 6/04/1955.
- *Aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños* (Israel c. Bulgaria), Sentencia, 28/11/1958.
- *África Sudoccidental* (Etiopía c. Sudáfrica) (Liberia c. Sudáfrica), Sentencia, Segunda fase, 18/07/1966.
- *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Bélgica c. España) Sentencia, Segunda Fase, Sentencia, 05/02/1970.
- *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. EE.UU.), Sentencia, Fondo del asunto, 27/06/1986.
- *Asunto relativo a Timor del Este* (Portugal c. Australia), Sentencia, 30/06/1995.
- *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), CIJ Excepciones Preliminares, Sentencia 11/07/1996.
- *Asunto relativo a la orden de detención* (República Democrática del Congo c. Bélgica), CIJ, Sentencia, 11/04/2000.
- *Orden de arresto del 11 de abril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia, 14/02/2002.
- *Actividades Armadas sobre el Territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia, Fondo del asunto, 19/12/2005.

- *Actividades Militares en el Congo* (República Democrática del Congo c. Ruanda), Sentencia, 03/02/2006.
- *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Sentencia, Fondo del asunto, 26/02/2007.
- *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia de asistencia penal* (Djibouti c. Francia), CIJ, Sentencia, 04/06/2008.
- *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, (Georgia c. Rusia), CIJ, Sentencia excepciones preliminares, 01/04/2011.
- *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia; Grecia interviniente), Sentencia, 03/02/2012.
- *Obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica c. Senegal), CIJ, Sentencia, 20/07/2012.
- *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia), CIJ, Sentencia, 03/02/2015.

#### 12.3.2.2. Opiniones Consultivas

- *Reparación por daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, 11/04/1949.
- *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 28/05/1951.
- *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudafrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, 21/06/1971.
- *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, 08/07/1996.
- *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 09/07/2004.
- *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, 22/07/2010.

### 12.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### 12.3.3.1. Sentencias y providencias

- *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de fondo, 29/07/1988.
- *Cantoral Benavides c. Perú*, Sentencia de fondo, 18/08/2000.
- *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25/11/2003.
- *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Sentencia de fondo, 29/04/2004.
- *Molina Theissen c. Guatemala*, Sentencia de reparaciones y costas, 03/07/2004.
- *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Sentencia de reparaciones, fondo y costas, 08/07/2004.
- *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 08/07/2004.

- *Caesar c. Trinidad y Tobago*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11/03/2005.
- *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 15/09/2005.
- *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22/09/2006.
- *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/09/2006.
- *Penal Miguel Castro Castro c Perú*, Sentencia de reparaciones y costas, 25/11/2006.
- *La Cantuta c. Perú*, Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29/11/2006.
- *García Prieto y otros c. c. El Salvador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20/11/2007.
- *Valle Jaramillo c. Colombia*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 02/11/2008.
- *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12/08/2008.

#### 12.3.3.2. Opiniones Consultivas

- *Otros tratados*, O. C. N°1/82, 24/09/1982.
- *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, O.C. N° 18/03, 17/09/2003.

#### 12.3.4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Ringeisen c. Austria*, 16/07/1971.
- *Al-Adsani c. Reino Unido de Gran Bretaña*, 21/11/2001.
- *Mcelbinney c. Irlanda*, 21/11/ 2001.
- *Fogarty c. Reino Unido de Gran Bretaña*, 21/11/2001.
- *Jorgic c. Alemania*, 12/07/2007.
- *Gashi c. Croacia*, 13/12/2007.
- *Demir And Baykara c. Turquía*, 12/11/2008.
- *Opuz c. Turquía*, 09/06/2009.
- *Bubic c. Croacia*, 09/07/2009.
- *Lelas c. Croacia*, 20/05/2010.
- *A. c. Países Bajos*, 20/07/ 2010.
- *Aljedda c. Reino Unido de Gran Bretaña*, 07/07/2011.
- *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina*, 07/02/12.
- *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23/02/2012.

- *Nada c. Suiza*, 12/09/2012.
- *C.N. c. Gran Bretaña*, 13/11/2012.
- *Margus c. Croacia*, 13/11/2012.
- *Jones y otros c. Reino Unido de Gran Bretaña*, 14/01/2014.

### **12.3.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

- *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea*, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda ampliada), Sentencia, 21/09/2005.

### **12.3.6. Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia**

- *Prosecutor c. Furundžija*, Sentencia, 10/12/1998.

## **12.3.4. Resoluciones e informes de Organizaciones Internacionales**

### **12.4.1. Organización de las Naciones Unidas**

#### **12.4.1.1. Asamblea General**

- Res. AGNU 2625 (XXV), 24/10/1970.
- Res. AGNU 68/262 (2014), 27/03/2014.
- Res. AGNU 2840 (XXVI), 18/12/1971.
- Res. AGNU 3074 (XXVIII), 03/12/1973.

#### **12.4.1.2. Consejo Económico y Social**

- Res. ECOSOC 1989/65, 24/05/1989.

#### **12.4.1.3. Consejo de Seguridad**

- Res. CSNU 216, 12/11/1965, 1258ª sesión.
- Res. CSNU 217, 20/11/1965, 1265ª sesión.
- Res. CSNU 218, 23/11/1965, 1268ª sesión.
- Res. CSNU 264, 20/03/1969, 1465ª sesión.
- Res. CSNU 283, 29/07/1970, 1550ª sesión.
- Res. CSNU 402, 22/12/1976, 1982ª sesión.
- Res. CSNU 418, 04/11/1977, 2046ª sesión.
- Res. CSNU 478, 20/08/1980, 2245ª sesión.
- Res. CSNU 476, 30/06/1980, 2242ª sesión.
- Res. CSNU 497, 17/12/1981, 2319ª sesión.
- Res. CSNU 541, 18/11/1983, 2500ª sesión.
- Res. CSNU 550, 11/05/1984, 2539ª sesión.



- Res. CSNU 661, 06/08/1990, 2933ª sesión.
- Res. CSNU 662, 09/08/1990, 2934ª sesión.
- Res. CSNU 1373, 28/09/2001, 4385ª sesión.
- Res. CSNU 2170, 15/08/2014, 7242º sesión.

#### 12.4.1.4. Comisión de Derecho Internacional

- Fitzmaurice, Gerald, *Cuarto informe sobre el derecho de los tratados*, Doc. A/CN.4/120. A/CN.4/SER.A/1959/Add.1
- Ago, Roberto, *Quinto Informe sobre Responsabilidad Internacional*, Anuario de la CDI, 1976, vol. II(1), A/CN.4/291 y Add.1 & 2 y Corr.1.
- Anuario de la CDI 1996, v. I, Actas resumidas de las sesiones del 48º período de sesiones, A/CN.4/SER.A/1996.
- Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, Anuario de la CDI, 1996, v. II.
- Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996), Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su quincuagésimo primer período de sesiones, preparado por la Secretaría. A/CN.4/479/Add.1.
- Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones 1998, (A/53/10).
- Crawford, James, *Segundo Informe sobre Responsabilidad Internacional*, 50º período de sesiones de la CDI (1998), A/CN.4/498/Add.
- Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (1999), Anuario de la CDI 1999, v. II, segunda parte, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2).
- Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones (2000), Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones, preparado por la Secretaría, A/CN.4/513.
- Dugard, John R., *Primer informe sobre Protección diplomática*, 52º periodo de sesiones de la CDI (2000), A/CN.4/506.
- Crawford, James, *Cuarto Informe sobre Responsabilidad Internacional*, 53º periodo de sesiones de la CDI (2001), A/CN.4/517.
- CDI, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83.
- Galicki, Zdzislaw Observaciones preliminares, La obligación de extraditar o juzgar ("*aut dedere aut judicare*") en derecho internacional, 2004.
- Informe del Grupo de Estudio de la CDI, Adición, Apéndice, Proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho*

*internacional*, 58º periodo de sesiones, (2006), A/CN.4/L.682/Add.1. Completado por Martti Koskenniemi.

- Informe de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 58º periodo de sesiones, (2006), A/61/10.
- Dugard, John R., *Séptimo informe sobre Protección diplomática*, 58 º periodo de sesiones de la CDI (2006), A/CN.4/567
- CDI, *Proyecto de artículos sobre protección diplomática*, adoptado por la CDI en su 58º período de sesiones (2006), y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea (A/61/10).
- Wood, Michael, *Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*, 65º período de sesiones de la CDI (2013), A/CN.4/663
- Informe final Grupo de Trabajo de la CDI, *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 66º periodo de sesiones, (2014), A/CN.4/L.844.
- Kolodkin, Roman Anatolevich, *Segundo informe sobre la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los Funcionarios del Estado*, 63º periodo de sesiones de la CDI (2011), [A/CN.4/631](#), Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones (2011), Resumen por temas, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo sexto período de sesiones, preparado por la Secretaría.
- Informe de la CDI, Anexo *Jus Cogens* (Iladi, Dire D.), 66º periodo de sesiones (2014), A/69/10.

#### 12.4.1.5. Otros

- Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 29, (2001), Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, 72º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev.1 corr., 22/10/2002.
- *Institut de droit International*, “Obligations and rights *erga omnes* in international law”, Reunión de Cracovia, 2005.

#### 12.5. Fuentes audiovisuales

- Pinto, Mónica, El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional Disponible en Audiovisual Library of International law, Naciones Unidas [http://legal.un.org/avl/ls/Pinto\\_CT\\_video.html](http://legal.un.org/avl/ls/Pinto_CT_video.html)

El estudio del régimen de responsabilidad internacional del Estado por violación a normas de *jus cogens* no puede hacerse en forma aislada, pues ha ido acompañado e impulsado por el desarrollo de conceptos tales como normas *erga omnes* y por los intentos por codificar el concepto de crimen internacional del Estado. De este modo, la creciente preocupación por los intereses comunes de la comunidad internacional impacta directamente en el régimen de responsabilidad del Estado.

Una de las cuestiones consiste en determinar si, en la práctica, existen consecuencias especiales en supuestos de violación de normas imperativas de derecho internacional y si, cuando los intereses de la comunidad internacional en su conjunto están en juego, cualquier Estado está legitimado para invocar la responsabilidad internacional del infractor.

Determinar cuáles son en concreto las normas de *jus cogens* y quién o qué órgano es el encargado de reconocer su existencia también ha sido objeto de discusión, en especial por la descentralización normativa propia de esta disciplina jurídica. Así, ante la dificultad de precisar el contenido material de estas normas, la interpretación de los tribunales internacionales, en el caso concreto, ha realizado grandes aportes en su consagración.

En virtud de lo expuesto, el objetivo general de este trabajo ha sido estudiar si las reglas de derecho internacional contemporáneo relativas a la violación de las normas de *jus cogens* generan consecuencias específicas frente a su violación en la teoría de la responsabilidad internacional del Estado.

SGN Editora

