

JUSTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL *JUS COGENS**

JUSTIFICATION AND DETERMINATION OF THE EXISTENCE OF JUS COGENS

*Zlata Drnas de Clément***

Resumen: El presente trabajo se refiere a la “justificación” del *jus cogens*, pretendiendo hallar el origen y la fundamentación de la convicción de que la existencia de la norma de *jus cogens*, perentoria, coactiva, inderogable, inalienable es un *jus necessarium omnium*. Busca las razones/argumentaciones que se han brindado para incorporar en el derecho positivo (convencional o consuetudinario) ese tipo de normas. Al ocuparse de la “determinación” del *jus cogens* indaga sobre las condiciones bajo las cuales se llega a probar su existencia y se admite su aplicación.

Palabras-clave: *Jus cogens* - Justificación - Determinación.

Abstract: This work refers to the "justification" of *jus cogens*, trying to find the origin and foundation of the conviction that the existence of a rule of *jus cogens*, peremptory, coercive, non-derogable, inalienable is a *jus necessarium omnium*. It also looks for the reasons / arguments that have been given to incorporate these types of norms into positive law (conventional or customary). When dealing with the "determination" of *jus cogens*, it investigates the conditions under which the existence of *jus cogens* is proven and its application is admitted.

Keywords: *Jus cogens* - Justification - Determination.

Sumario: I.- Introducción. II. Justificación del *jus cogens*. II.1. Doctrina. II.2. Práctica internacional. II.2.1 Responsabilidad internacional. II.2.2. Tratados. II.3. Reflexión final.

I. Introducción

Humphrey Waldock, Consultor Técnico de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, expresó en oportunidad de la Conferencia que: “*Si (la CDI) se decidió a redactar el Art. 50 fue por estar convencida de que (...) existen una serie de principios de derecho internacional que tienen carácter imperativo*”¹.

Cuando nos referimos a “justificación” del *jus cogens* pretendemos encontrar el origen y el fundamento de la convicción de que la existencia de una norma de *jus*

* Publicado en el *Cuaderno de Derecho Internacional XIII* (2019-2020), del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, JE Editores, Buenos Aires, 2021, pp. 131- 190.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

¹ Conferencia de las NU sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones (Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968). Doc. Oficiales. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, p. 362 (7 de mayo).

cogens, perentoria, coactiva, inderogable, inalienable, es un imperativo, una exigencia internacional, un *jus necessarium omnium*. La propia etimología de “justificación” pone a la vista esa condición: *justus*-justo, *facere*-hacer, *tio*-acción y efecto². Es decir, la justificación es la acción y efecto de hacer que algo sea justo. Es decir, pretendemos buscar las razones/argumentaciones que se brindaron para incorporar en el derecho positivo (convencional o consuetudinario) la existencia de ese tipo de normas. La construcción de argumentaciones no sólo se ha dado en el Derecho de los Tratados sin también -y muy especialmente- en el denominado Derecho de la Responsabilidad internacional.

Al decir “determinación” del *jus cogens* pensamos en la posibilidad de indagar sobre las condiciones bajo las cuales se llega a probar su existencia y se admite su aplicación.

La expresión *jus cogens* apareció de modo expreso por primera vez en el ámbito de las labores de la CDI sobre Derecho de los tratados en el tercer informe de Sir Gerald Fitzmaurice (octavo informe sobre el derecho de los tratados en general)³. En ese informe, el relator entendió que para la validez de un tratado “es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios (...) de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique una infracción de tales principios”⁴. Sin embargo, tácitamente ya estaba presente en el primer informe de Hirsch Lauterpacht⁵ quien consideraba nulo todo tratado cuando supusiera la ejecución de un “acto considerado ilícito en el derecho internacional” y cuando así lo afirmara la Corte Internacional de Justicia.

II. Justificación del *jus cogens*

II. 1. Doctrina

La mayoría de los doctrinarios buscan la justificación del *jus cogens* en el tipo superior y esencial de los valores y de las funciones/propósitos que ese tipo de normas consagra, que se consideran esenciales, fundamentales para la supervivencia de la sociedad⁶, concentrados en general y básicamente, en la noción de víctima o en el tipo de daño y la necesidad de no dejar impunes ese tipo de hechos⁷.

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

² Este sufijo forma sustantivos femeninos a partir de verbos con el supino en *-tum* para denotar la acción del verbo (GLARE, P. G. W. (editor,) *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1983).

³ Tercer informe sobre el derecho de los tratados de G. Fitzmaurice, Relator Especial, A/CN.4/115 y Corr. I, bajo el título “Licitud del objeto” (CDI. *Anuario 1958*, Vol. II, p. 28).

⁴ Ibidem.

⁵ Informe sobre el derecho de los tratados de H. Lauterpacht, Relator Especial, A/CN.4/63 (CDI. *Anuario 1953*, Vol. II, p. 154).

⁶ TERAYA, Koji. “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights”, *EJIL* 2001-5, pp. 917-941. El autor considera que el *jus cogens* tiene un “noyau flottant” (núcleo flotante), como lo es la propia comunidad internacional en su conjunto. V. asimismo nuestro trabajo “Las normas imperativas de Derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS-LERNER. *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Lerner Editora, Córdoba, 2002, pp. 647-680, al que seguimos en buena parte de este trabajo.

⁷ ROBERTS, Christopher. “On the definitions on crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations”, *20 U. Pa.J. L & Social Change*, 2017, pp. 1-27.

último propuso una jurisdicción supragubernamental para juzgar “los crímenes más graves”. Moynier hizo la propuesta al Comité Internacional de la Cruz Roja en reunión de 3 de enero de 1872. Así surgió el “Proyecto de convenio de establecimiento de un tribunal judicial para la prevención y represión de la violación del Convenio de Ginebra”, publicado el 28 de enero de 1872⁸.

Truyol ha entendido que, en el *jus inter gentes* de Vitoria y Grocio, la concepción de la existencia de normas imperativas de derecho internacional -al menos en forma parcial-, se halla en el *jus naturale* y en el *jus necessarium* por contraposición al *dispositivum*⁹. Son de destacar en la materia las tesis grocianas: a) los soberanos tienen el derecho a exigir castigo no sólo con relación a los perjuicios sufridos por ellos o sus súbditos, sino también en base a los perjuicios que no los afectan directamente pero que violan en exceso las leyes de la naturaleza o de las naciones con relación a cualquier persona en cualquier lugar; y b) los súbditos tienen el deber de obedecer a su soberano, pero ello cesa cuando se trata de actos manifiestamente injustos y repugnantes a la ley de Dios¹⁰.

Corneljus van Bynkershoek en su obra *Questionum juris publici (Libro segundo)* de 1737 ha señalado que “aucune autorité ne peut se prévaloir contre la *raison* (...)”¹¹.

De Vattel sostenía que la igualdad soberana de los Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). Es decir, sólo las violaciones a un verdadero derecho subjetivo eran reclamables de Estado a Estado¹², sin embargo, hizo referencia a un “*derecho de gentes necesario*”, definiéndolo como aquél del que no puede prescindirse, que no puede ser modificado unilateralmente, el que invalida toda convención voluntaria contraria a sus prescripciones¹³.

La distinción entre delitos y crímenes encuentra sus orígenes en la obra de Johann Caspar Bluntschli (1868)¹⁴, quien diferenciaba las violaciones ordinarias del Derecho internacional (DI) de aquellas que socavan los cimientos del orden jurídico,

⁸ HALL, Christopher K. “La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente”, *Revista ICRC*, 31 de marzo de 1998, Nº 145, pp. 63-82 (www.icrc.org); FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional: Soberanía vs. Justicia universal*, Ed. Temis, Zavalía, Buenos Aires, 2008, pp. 30-31.

⁹ TRUYOL y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público*, Versión española de Paloma García Picazo, Madrid, 1998, pp. 59 y 66.

¹⁰ GROCIO, H. *On the Law of War and Peace*, 1625 traducción al inglés, de *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, por A.C. Campbell, Batoche Books, Ontario-Canadá, Libro II, Cap, 2, 40 y Cap. 3, 9 (“IX. (...) (T)he people are bound to obey the king, as long as he governs well; but his government is subject to their inspection and control. If they were to say that his duty to the sovereign does not oblige any one to do an act manifestly unjust and repugnant to the law of God; they would say nothing but what is true and universally admitted (...)”).

¹¹ BYNKERSHOEK, Corneljus van. Cf VERDROSS, Alfred. “Le Fondement du Droit International”, en *RCADIH*, 16, 1927-I, p. 251.

¹² DE VATTEL, E. de *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, 1758, Vol. I, p. 348 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729/f1.item.r=Le+droit+des+gens,+ou+Principes+de+la+loi+naturelle.langES>).

¹³ “Es necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo (...); este derecho es inmutable y la obligación que impone, necesaria e indispensable; las naciones no pueden modificarlo en sus convenciones, ni dispensarse a sí mismas de él o recíprocamente una a la otra”. DE VATTEL, E. cit. párrs. 7-9 y Vol. II, párr. 16. Cf. DE LA GUARDIA, Ernesto. “Derecho de los Tratados Internacionales”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 75.

¹⁴ BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Wördlingen, 1868, p. 53 y ss. (<https://archive.org/stream/dasmodernevölker00blungoog#page/n10/mode/2up>).

“atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”¹⁵. Ello llevó mucho más tarde al reconocimiento de obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens*.

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

Franz Ritter von Liszt, a pesar de haber sido un causalista naturalista en el ámbito del derecho penal, ha afirmado que “el Derecho internacional es derecho dispositivo”, voluntario, pero con exclusión de toda norma superior imperativa o necesariamente obligatoria¹⁶.

El positivismo se vio obligado a recurrir a fuentes extrapositivas. Así, debió exceptuar de tal rigor al menos al principio *pacta sunt servanda*, básicamente, por razones teórico racionales como es la imposibilidad lógica de su derogación. Así, la *Grundnorm*, norma hipotética lógicamente necesaria kelseniana fue colocada en la cima de la pirámide normativa¹⁷.

Además, algunos positivistas del XIX, sostuvieron, de una manera u otra, una limitación de la voluntad de los Estados basada en la necesidad de “licitud” del objeto del acuerdo¹⁸. Así, Dionisio Anzilotti reconoció que un tratado internacional puede ser nulo por la ilicitud moral de su objeto¹⁹. Marcel Sibert se pronunció por un “orden público internacional” de bases positivas, entendiendo por orden público al conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos²⁰⁻²¹.

¹⁵ BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, versión francesa titulada *Le Droit International Codifié*, 2da. edición, Guillaumin et Cie., París, 1874. En particular, expresa: “serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”.

¹⁶ LISZT, Franz von. *Das Völkerrecht: Systematisch dargestellt*, Haering, 1898. V. asimismo DE LA GUARDIA, Ernesto. “Derecho de los (...)”, Op. Cit., p. 75.

¹⁷ Es de tener presente que el profesor checo, positivista que abandonó el voluntarismo puro, expresó: “El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen, pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de *jus cogens* (...)” (traducción libre). KELSEN, Hans. *Principles of International Law*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2003 (Primera edición 1952), pp. 322-323.

¹⁸ *Ibidem*, p. 78-79.

¹⁹ ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International Public*, trad. francesa de la 3ª edición italiana, Sirey, París, 1929, t. 1, p. 89. Cf. GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio. “Jus Cogens y Jus Naturale”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, N° 81, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 21 y ss., p. 24.

²⁰ SIBERT, Marcel. *Traité de Droit International Public*, Dalloz, París, 1951, T. I, pp. 16 y 17; T. II, pp. 212 y 213. Cf. DE LA GUARDIA, Ernesto. Cit., p. 80.

²¹ Hasta la actualidad numerosos doctrinarios, especialmente los positivistas, identifican el *jus cogens* con el orden público. Por ejemplo: el diccionario de Jean Salmon ha definido al orden público internacional como el conjunto de “reglas fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto a las que los Estados no podrían, so pena de nulidad, derogar por convenciones que le sean contrarias” (traducción de ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Introducción al estudio de las normas de *jus cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Vniversitas*, N° 123, julio-diciembre de 2011, p. 85 (SALMON, Jean (ed.). *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, AUF, Bruselas, 2001, p.789. Igual posición identificatoria sostiene Antonio Gómez Robledo (GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Jus cogens internacional. Estudio histórico crítico*, UNAM, México, 2003, p. 41). Según Forde, el orden público (“ordre public”, “public policy”) en el “common law” implica que los tribunales no aplican los acuerdos particulares que contravienen principios morales fundamentales o dañan algún interés público superior. En el derecho continental codificado indica normas legislativas, de autoridad que enuncian normas perentorias. Así recuerda que, en Francia, el complejo normativo de

Tras la primera Guerra Mundial renació el convencimiento de que el derecho positivo no puede constituir el único cuerpo normativo de la sociedad. En Versalles se señaló que el Alto Tribunal actuaría “de conformidad al derecho de gentes tal como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”²².

Saldaña en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya señaló que “es la conciencia internacional de daño criminal internacional la que lleva, en el plano universal, a regular la criminalidad internacional”, agregando que “desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un ‘delito natural universal’”²³.

Verdross, inicialmente positivista, reconoció que al menos existe una norma que escapa a la voluntad de los Estados: “pacta sunt servanda”, que pertenece a la esfera de los valores absolutos, ya que, a más de ser una norma jurídica incorporada al derecho

protección laboral es de orden público y no puede ser recortado por voluntad particular. Hace presente que el término "orden público internacional" posee dos tintes diferenciados: uno negativo y otro positivo. Por un lado, abarca la excepción de "orden público" del análisis post-savignyano al "conflicto de intereses", de conformidad al cual una ley extranjera que en un caso particular sería aplicable, no se aplicará en virtud de los principios generales del derecho internacional por ofender a normas fundamentales del foro. Sobre esta base, por ejemplo, los tribunales ingleses se han negado a hacer valer las pretensiones de propiedad sobre esclavos, los tribunales franceses han denegado la ejecución de contratos vinculados a golpes de Estado o a venta de armamentos de guerra entre entidades privadas. En esos casos, el orden público internacional desempeña un papel esencialmente defensivo o negativo. En el derecho internacional privado de algunos países europeos continentales el orden público internacional también realiza una función positiva o asertiva, ya que, en algunas circunstancias, transacciones o acontecimientos de carácter transnacional, que en virtud de las normas tradicionales de elección de foro se regirían por una legislación extranjera, se consideran sujetos a las normas del foro local (FORDE, M. “The ‘Ordre Public’ Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 2/3 (Apr. - Jul. 1980), pp. 259-273. Bewes recuerda que el artículo 6 del Código Civil Francés disponía: “*On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*” (BEWES, Wyndham A. “Public order (Ordre Public)”, *Law Quarterly Review*, 1921, Vol. 37, Issue 3, pp. 315-322. Gerhart Husserl ya en 1939 habló de “jus cogens”, usando ese término: “*jus cogens, i.e. compulsory laws which impose a restriction upon the autonomy of will of individuals and cannot be derogated from by agreements of private persons*”. Efectuó distinciones con el orden público en el ámbito del derecho interno (HUSSERL, Gehart. “Public policy and ordre public”, *Virginia Law Review*, 1938-1939, Vol. 25, Issue 1, pp. 37-67, p.38). El orden público ha sido receptado con distintos matices en el derecho francés con la designación de *ordre public*. Esa misma concepción, en el sistema jurídico italiano fue llamada *ordine pubblico*, en el alemán: *Vorbehaltsklausel*, en el angloamericano: *public policy*²¹ (FERRER SANCHÍS, Pedro Antonio. “Los Conceptos *Jus Cogens* y *Jus Dispositivum* y la Labor de la Comisión de Derecho Internacional”, *REDI*, N° 21, 1968, pp.778-779). La CDI ha puesto poco acento en la diferenciación entre *jus cogens* y orden público, tendiendo a equipararlos (CDI *Anuario*, 1963-I, p. 67). Para nosotros el *jus cogens* es siempre una norma consuetudinaria general aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto en el carácter de tal (esencial para la salvaguarda de los valores e intereses esenciales de la comunidad internacional, es decir, los que hacen a su subsistencia), en cambio, el orden público es una norma positiva que forma parte del ordenamiento explícito de un sistema jurídico, expresando los principios constitucionales del orden internacional, obligatorios, no derogables por la voluntad de las partes, siguiendo el orden establecido *erga omnes* o *erga omnes partes*, tal el caso del orden público que se expresa en el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en parte de las normas del DIH, en parte del derecho del mar, del derecho diplomático, del derecho de los tratados, etc. Todas las normas de *jus cogens* son de orden público, pero no todas las normas de orden público son normas de *jus cogens*. Los positivistas admiten al *jus cogens* sólo en calidad de norma receptada en el derecho positivo escrito del orden público.

²² *La Paix de Versailles*, p. 400 a 403. GRAVEN, J. “Les crimes contre l’humanité”, *RCADIH*, Vol. 76 (1950), pp. 427-608, p. 451.

²³ SALDAÑA, Quintiliano. “La Justice Pénale Internationale”, *RCADIH*, Vol. 10,1925-V, p. 288.

positivo, también es una regla ética²⁴. Verdross ha titulado al primer capítulo de su curso de la Academia de La Haya de 1927 “La Morale universelle comme base du Droit des Gens positif”. En sus primeras expresiones recuerda al barón Serge A. Kroff, quien en el primer curso de la Academia (1923-I, p. 5) entendió que el Derecho internacional es una *conciencia necesaria e inevitable de toda civilización*²⁵. Truyol y Serra hace presente que Verdross se remitió a una filosofía de los valores que concilia el carácter absoluto de los valores con la relatividad de su aprehensión por parte del hombre, representando el derecho positivo un valor relativo, que varía con el desarrollo de la civilización, pero que se funda en el valor absoluto de la idea de justicia²⁶. El profesor vienés criticó la “revolución” causada por el positivismo ilimitado, señalando la incapacidad del mismo para responder en último término al problema filosófico final del derecho: su fundamento, el *deber* de los Estados en sus relaciones recíprocas. Además, observó que la afirmación de la soberanía absoluta de los Estados implica como tal la negación misma del Derecho de Gentes²⁷.

Brierly, en el curso de 1928 de la Academia de La Haya, expresó al término de su exposición: “*Nous sommes tous contraints d’agir comme si nous étions convaincus de la réalité d’un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théoriciens d’un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d’espoir à la science juridique*”²⁸.

Como señalara Virally²⁹ esas normas están destinadas a *proteger intereses que trascienden el interés individual de los Estados*, que deben ser *respetados en toda circunstancia* y cuya *violación repugna a toda la sociedad internacional*, exigiendo que no queden *impunes*. Poseen un *valor ético que torna moralmente inaceptable su desconocimiento* (“*jus sacrum*”), limitando así la soberanía de los Estados. Se trata de normas cuya violación entraña la *destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales, de la comunidad internacional*. Según Hansbury³⁰ las normas de *jus cogens* son el centro de cohesión de la sociedad internacional, trascendiendo la mera cooperación y poniendo en evidencia un interés superior común de la humanidad.

Abi Saab las llama “*jus necessarium omnium*”, *indisponible*³¹. Carrillo Salcedo³², por su parte, ha señalado que la cohesión del derecho internacional, en cuando conjunto normativo exige el reconocimiento por parte de sus sujetos de un *mínimum de reglas imperativas*, es decir reglas que no se pueden derogar sin poner en peligro la supervivencia misma del orden internacional. Por ello son principios comunes a todos los órdenes jurídicos, jerárquicamente superiores, que responden a necesidades propias de la sociedad internacional. Esa necesidad se consolida en una sociedad que ha alcanzado un cierto desarrollo y se ha alejado del estado primitivo de naturaleza. Robert Kolb, como muchos otros, recuerda expresiones de los Jueces Eyssinga y Schücking en

²⁴ VERDROSS, Alfred. Op. Cit., “*Le fondement (...)*”, pp. 257 y ss.

²⁵ Ibidem, p. 251.

²⁶ TRUYOL y SERRA, Antonio. Op. Cit., “*Historia (...)*”, p.143.

²⁷ VERDROSS, Alfred. Op Cit., “*Le fondement (...)*”, pp. 261 y 311.

²⁸ BRIERLY, J.-L. “Le fondement du caractère obligatoire du droit international”, *RCADIH*, Vol. 25, 1928-III, pp. 463-552.

²⁹ VIRALLY, Michel. “Réflexions sur le ‘*jus cogens*’”, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, volume 12, 1966, pp. 5-29.

³⁰ HANSBURY, Elise. “Le juge interaméricain et le ‘*jus cogens*’”, *Cahiers de l’Institut*, Graduate Institut Genève, 2011 (obtenible en <http://books.openedition.org/iheid/380>).

³¹ ABI-SAAB, Georges “Prefacio”, en KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international*. Graduate Institut, Genève, 2001 (<https://books.openedition.org/iheid/4834?lang=en>).

³² CARRILLO SALCEDO, José Antonio. “Droit international et souveraineté des Etats”, *RCADIH* 1996, V. 257, pp. 135-136.

el caso Oscar Chinn³³, posiciones de McNair, Miaja de la Muela, Barberis, entre otros, que señalan que no es posible imaginar una sociedad de individuos o de Estados cuyo orden normativo no imponga ciertos límites a la libertad de obrar o pactar³⁴. Derecho *intransgredible, socialmente indispensable o lógicamente imperativo*, señala Alain Pellet; *elementales consideraciones de humanidad, intereses centrales de la comunidad en su conjunto*, invoca Thierry³⁵.

Entre los críticos del *jus cogens*, Prosper Weil señalaba que se pretendía lograr una “buena sociedad ya”, pero no se sabía cómo empezar con eso³⁶. Umut Özsü³⁷ funda el rechazo de los positivistas y criticistas al *jus cogens* en tanto lo consideraban una vuelta al derecho natural, una caja vacía, una manifestación infantil y vulgar dirigida a alcanzar por arte de magia una sociedad más humana y más justa³⁸. Michael Glennon³⁹, otro crítico, estima que es poco posible determinar objetivos comunes de la comunidad internacional, además, señala lo absurdo que es pensar que el mismo sujeto que determina la norma es el que debe obedecerla y, al mismo tiempo tiene facultades para modificarla. Antony D’ Amato⁴⁰ señala que el “El *jus cogens* no tiene contenido sustantivo; es simplemente una imagen insustancial de una norma, que carece de carne y hueso”.

Olivier Deleau, representante francés en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), recuerda⁴¹ que la CVDT fue adoptada con un solo voto en contra, el de Francia (país que a septiembre de 2021 no adhirió a la Convención)⁴². La CVDT cuenta con 45 suscripciones, alcanzadas en tiempos en que las Naciones Unidas tenían 126 miembros. Deleau considera que aceptar el *jus cogens* es dar un cheque en blanco a un fantasma y se pregunta, ¿cómo podría una norma concreta ser de *jus cogens* si la propia existencia del *jus cogens* no ha alcanzado la aceptación general? La CVDT cuenta a septiembre de 2021 con 116 Estados Parte (EP), y las reservas a los artículos 53, 64 y 66 (que consagran el carácter del compromiso y la posibilidad de la determinación del *jus cogens*) superan los 35 Estados. Entre los países que efectuaron reservas al art. 53 y al art. 64 figuran Bélgica, URSS, Alemania, Hungría, Mongolia, etc. A título ejemplificativo, EE.UU. sólo ha suscripto la CVDT, India no ha suscripto, ni es parte. La China que ha ratificado en 1997 es la que participó de la Conferencia de

³³ CPJI-Asunto Oscar Chinn (Reino Unido c. Bélgica), sentencia de 12 de diciembre de 1934: “(...) No es posible imaginar que la Sociedad de Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del Derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear en esa materia un *jus cogens* (...)”. “Jamás la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres”. CPJI, Serie A/B, N° 63, pp. 149-150.

³⁴ KOLB, Robert, *Peremptory International Law - Jus cogens: A general inventory*, Hart Publishing, Oxford-UK and Portland-USA, 2015.

³⁵ THIERRY, Hubert. “Cours Général de Droit International Public”, *RCADIH*, 222, 1990-III, p. 67.

³⁶ WEIL, Prosper. “Towards Relative Normativity in International Law”, *77 AJIL*, 1983, p. 413 y ss.

³⁷ ÖZSÜ, Umut. “An Anti - Imperialist Univeraslism? *Jus cogens* an the Politic of International Law”, en KOSKENNIEMI, M.- RECH, W. -JIMÉNEZ FONSECA, M. (Eds.). *International Law and Empire. Historical explorations*, Oxford University Press, Oxford UK, 2017, p. 295 y ss.

³⁸ V. asimismo, KOSKENNIEMI, Martti, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *16 EJIL*, p. 113 y ss.

³⁹ GLENNON, Michael J. “De l’absurdité du droit impératif (*jus cogens*)”, *110 Revue Générale de Droit International Public* (2006), p. 529.

⁴⁰ D’AMATO, Anthony. “it's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*!” (2010). Faculty Working Papers, Northwestern University School of Law, Paper 61, (<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>)

⁴¹ DELEAU, Olivier. “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, *14 AFDI* (1969), pp. 7, 14-20.

⁴² Otros países del sistema europeo son partes en el Convenio, v.g. RU, Italia, España, Rusia.

Viena en 1968-1969, República China (Taiwan), lo que fue observado por la URSS y la República Popular de China.

Por su parte, Andrea BIANCHI⁴³ recuerda que Abi Saab en su artículo “The Third World and the Future of the International Legal Order” (29 *Revue Egyptienne de Droit International* (1973) 27, p.53) señalaba que, aun cuando el *jus cogens* fuera una caja vacía, sería útil, ya que se podría llenar. De no haber caja no se podría poner nada adentro.

II.2. Práctica internacional

Si bien se suele decir que el *jus cogens* es un instituto nuevo, la idea de un derecho “necesario” hunde sus raíces en el derecho romano y sus nociones de *derecho público*, derecho no derogable por la voluntad de las partes y la concepción del “*jus necessarium*” en contraposición al “*jus dispositivum*”⁴⁴.

Deberíamos tratar la justificación del *jus cogens* en la práctica dentro del *sistema del derecho de los tratados* en primer término, ya que, en la secuencia real de los hechos, la existencia de una norma (tratado, costumbre, principio general del derecho de conformidad al art. 38 del Estatuto de la CIJ) antecede al nacimiento de la responsabilidad por su violación. Sin embargo, trataremos primero la justificación del *jus cogens* en el sistema de la *responsabilidad internacional* ya que el peso de las consecuencias que la violación de una norma de *jus cogens* conlleva un tipo de responsabilidad especial que permite percibir el peso propio de la norma con más visibilidad que el texto desnudo de la norma misma. Además, recordamos que Thierry hace presente que la aplicación del *jus cogens* en materia de derecho de los tratados tiene más importancia teórica que práctica, ya que aparece como poco probable que los Estados concluyan tratados de agresión o genocidio⁴⁵.

II.2.1. Responsabilidad Internacional

En el plano de la *responsabilidad internacional* en la relación entre entes soberanos, ya en la Edad Media encontramos esporádicos juzgamientos internacionales a causa del desencadenamiento de una *guerra injusta* (agresión)⁴⁶ o por graves actos

⁴³BIANCHI, Andrea. “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, *EJIL* (2008), Vol. 19 No. 3, 491-508.

⁴⁴ Debe recordarse que la compilación conocida como *Pandectae* o *Digesto* (designación dada por Justiniano a la vasta compilación de fragmentos de la jurisprudencia clásica que realizó una comisión presidida por Triboniano en cincuenta libros), parte integrante del *Corpus Juris Civilis* romano, se aplicó hasta inicios de la Edad Media.

⁴⁵ Thierry cita a Gaja (GAJA, Giorgio. “*Jus cogens* beyond the Viena Convention”, *RCADIH*, 172, p. 288), quien recuerda la reclamación del representante de Chipre ante el Consejo de Seguridad en relación al Tratado de Garantía de 16 de agosto de 1960, en caso de querer ser interpretado como otorgando a Turquía un derecho de intervención militar. También hace presente que sólo dos casos de denuncia por derecho de intervención se dieron durante las interguerras mundiales (Irán contra Rusia por el Tratado de 1921 y el de Etiopía contra Italia por el Tratado de 1928).

⁴⁶ En Nápoles (1268), un tribunal internacional juzgó a Conradin von Hohenstaufen -duque de Suabia, rey de Sicilia y rey nominal de Jerusalén- por haber iniciado una guerra injusta y lo condenó a ser decapitado (BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, p. 1047-1048). Sin embargo, llama la atención el hecho de que el duque al momento de su ejecución contara con 16 años de edad y la presunta “guerra de agresión” sólo era un intento de recuperar el reino de Sicilia usurpado por Carlos de Anjou.

inhumanos en tiempo de guerra calificados como “*violaciones al derecho de Dios y de los hombres*”⁴⁷.

La “*Cláusula Martens*”, contenida en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899, sobre Leyes y Costumbres de Guerra, expresa -tal como ya lo señaláramos-: “*Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”. Esta norma, primer documento internacional vinculante que aparece en la comunidad internacional relativo a la idea de sanciones especiales para violaciones extremadamente graves del derecho internacional y de establecimiento de una jurisdicción penal internacional⁴⁸, se reiteró en la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y fue incorporada en términos equivalentes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, disponiéndose que *la denuncia de los Convenios “no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”*⁴⁹.

En 1914 una *Comisión holandesa* presentó al gobierno una propuesta dirigida al establecimiento de un juez criminal internacional en La Haya, con competencia para conocer de las “*injusticias y crímenes de los Estados*”⁵⁰. El Presidente de la *Comisión de los Quince*, encargada de examinar la cuestión relativa a las responsabilidades de los “autores” de la Primera Guerra Mundial (André Tardieu), en la sesión inaugural de las labores de la Comisión señaló la dificultad de la tarea que le fuera encargada, la que podía ser considerada como *la puesta en vigor de los principios de justicia y de paz que los pueblos pretenden realizar en la búsqueda de un nuevo equilibrio*. En base a la recomendación de la Comisión de los Quince, la *Comisión de Responsabilidades y Sanciones* señaló que *los vencidos debían rendir cuentas de los métodos bárbaros o ilegítimos, en violación de las leyes y costumbres de guerra y de los principios elementales de humanidad*⁵¹. La Conferencia de Paz señaló que el Tribunal internacional actuaría “*d’après les principes du droit des gens, tel qu’il résulte des*

⁴⁷ En 1474, en Breisach-Alemania, un tribunal de veintiséis elegidos en el ámbito jurisdiccional de cuatro ciudades libres del Sacro Imperio Romano Germánico, juzgó y condenó a muerte a Peter von Hagenbach por los atroces actos cometidos al servicio del Duque franco de Burgundia-Alsacia en calidad de conductor de mercenarios (*condottiere*) de origen alemán durante la ocupación de la ciudad de Breisach (1469-1474). Bassiouni resalta que Peter pretendió invocar a su favor en el juicio las órdenes escritas del Duque franco de Burgundia, pero no se le permitió por entenderse que no debió haber ejecutado “órdenes manifiestamente contrarias a la ley de Dios y de los hombres” (BASSIOUNI, M. Cherif. *Introducción to International Criminal Law*, Ob. Cit., p. 1048). V. asimismo, GORDON; Gregory S. “The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law”, *The Chinese University of Hong Kong (CUHK)*, Faculty of Law, 2012 (<http://ssrn.com/abstract=2006370>).

⁴⁸ THUAN, Cao-Huy - FENET, Alain. *Mutations Internationales et Évolution des Normes*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 138.

⁴⁹ V. Arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios de Ginebra de 1949 I, II, III y IV, respectivamente.

⁵⁰ VOLLENHOVEN, Cornelis van. *Les trois phases*, M. Nijhoff, La Haya, 1919, p. 79. Cf. SALDAÑA, Quintiliano. “La Justice Pénale Internationale”, *RCADIH*, 10, 1925-V. V. asimismo, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties”, *American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920), pp. 95-154 (<http://www.jstor.org/stable/2187841>).

⁵¹ GRAVEN, J. “Les crimes contre l’humanité”, *RCADIH*, 76, 1950-I, 446-447.

uisages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, et des exigences de la conscience publique"⁵². El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, en su Art. 227 establecía la constitución de un tribunal internacional, el que debía guiarse por los más altos principios de la política internacional, con miras a defender las *obligaciones solemnes que entrañan los compromisos internacionales y la moral internacional*. Si bien el tribunal versallense no llegó a constituirse por varias causas⁵³, el establecimiento de una institución permanente de ese tipo fue considerado en la Sociedad de Naciones, basándose en las definiciones de Versalles y la idea de *tres tipos de violaciones*: "*ofensas a la moralidad internacional*" (conocidas más tarde como "crímenes contra la humanidad"); "*ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados*" (posteriormente, en el tribunal de Nuremberg, en los tribunales para la ex Yugoslavia, para Ruanda, en el Estatuto de Roma han sido designadas "crímenes contra la paz" o "agresión") y "*acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra*" (más adelante conocidas como "crímenes de guerra").

También se ocuparon más tarde de las *responsabilidades especiales* que correspondían a esos tipos de violaciones, *i.a.*, el *Sub-Comité del Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional de la Sociedad de Naciones* (Informe del salvadoreño José Gustavo Guerrero); la *Tercera Comisión de la Sociedad de Naciones* (Proyecto de Tribunal Criminal Internacional, 1920); la *Conferencia de la Sociedad de Naciones sobre el Terrorismo para la creación de una Corte Penal internacional* (1937); las Potencias Aliadas en *documentos previos a la creación de las Naciones Unidas*⁵⁴, en particular, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial el *Acuerdo de Londres* de 8 de agosto de 1945 entre los gobiernos de EE.UU., RU, URSS y el Gobierno Provisional de la República Francesa (suscripto además, por Australia, Bélgica, China, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela), que aprobó el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional*⁵⁵. Este Tribunal juzgó y castigó a los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en conexión con cualquiera de los primeros⁵⁶. El Estatuto se elaboró sobre la

⁵² Ibidem, p. 451.

⁵³ V. nuestro trabajo "Jurisdicción Internacional Penal", en *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Argentina, Nueva Serie, Vol. 2, N° 4, 1997, p. 157.

⁵⁴ Entre esos documentos figuran: Declaración de Londres de 13 de enero de 1942 que hacía referencia a "castigo" a través de una justicia organizada; Declaración de Naciones Unidas de 1 de enero de 1942 (necesidad de punición por los actos de pillaje en territorios ocupados); Declaración Conjunta de los gobiernos de Bélgica, EE.UU. Grecia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Reino Unido, URSS, Yugoslavia y Comité Nacional Francés de 18 de diciembre de 1942 relativa a la sanción al exterminio de la población judía en Europa; Declaración de Londres de 20 de octubre de 1943 que constituyó la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de Guerra, la que a su vez creó las Oficinas Nacionales y estableció el Registro Central de Criminales de Guerra y personas sospechadas; Declaración sobre Responsabilidad de los Hitlerianos por los Crímenes Perpetrados de 30 de octubre de 1943 que reitera la necesidad de castigo y enuncia la preparación de listas de criminales en territorios ocupados (los crímenes vinculados a un territorio serían juzgados en ese país, los no relacionados a un punto geográfico definido, sería castigados por decisión conjunta de los Aliados y, en 1944, EE.UU. obtuvo de parte de los países neutrales, como Argentina, España, Islandia, Portugal, Suecia Suiza y Turquía garantías de no concesión de asilo a los criminales escapados); Declaración de Yalta de 11 de febrero de 1945, Declaración de Potsdam de 2 de agosto de 1945.

⁵⁵ Es de observar la preferencia -afirmada en el tiempo- de designarlo como Tribunal de Nuremberg para evitar las limitaciones y parcialidades que podrían ser percibidas en la expresión "Tribunal Militar".

⁵⁶ También se ocuparon de la responsabilidad penal internacional en 1951 (Ginebra) y 1953 (Nueva York) los Comités sobre Jurisdicción Criminal Internacional de la AG NU. (AG NU 7mo. Período de Sesiones. Supp. N° 11 (A/2136, para. 91) y AG NU 9no. Período de Sesiones. Supp. N° 12 (A/2645,

base de la *Declaración de Moscú* de 30 de octubre de 1943. Uno de los redactores fue Robert H. Jackson (Juez de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.) quien, en oportunidad de la suscripción, expresó: “Por primera vez⁵⁷ las cuatro Potencias se han puesto de acuerdo no sólo en relación al principio de castigar los crímenes de guerra, sino también sobre el principio de responsabilidad individual en el atentado criminal a la paz internacional (...). Si podemos difundir en el mundo la idea de que los preparativos bélicos con fines agresivos constituyen un camino a la prisión y no a la gloria habremos hecho algo en pro de asegurar la paz”. El Estatuto ha sido una de las principales bases para la construcción por parte de las NU de los distintos sistemas de jurisdicción penal internacional que habrían de sucederle, v.g. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998).

La Asamblea General de Naciones Unidas (AG UN) en su primer período de sesiones, *Res. 95 (I)* “confirmó” los principios de Derecho Internacional del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias del Tribunal, encomendando a la CDI la codificación de *los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad* o de un *Código Criminal Internacional* que contenga esos principios. Por su parte, la *Res. 96 (I)* del mismo órgano de las NU afirmó que el crimen de genocidio es una *negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros que conmueve la conciencia humana y es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas*. Agrega que el castigo es un *asunto de preocupación internacional* y que los autores y cómplices deben ser castigados sean individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y cualquiera haya sido el motivo. La *Res. 177/II* de 21 de noviembre de 1947 solicitó a la CDI que: **formulara los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de agosto de 1945 y las sentencias del Tribunal de Nuremberg*⁵⁸ y ** preparara un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. Al año siguiente, por *Res. 260-B/III* de la AG NU de 9 de diciembre de 1948⁵⁹, pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de creación de un *Tribunal penal internacional para juzgar delitos contra la humanidad determinados en convenciones internacionales*. La CDI, designó como Relator especial a Jean Spiropoulos, quien elaboró un *Proyecto de Principios y Delitos* en 1950, sin alejarse de los “principios de Nuremberg” y en 1954 *el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. Debe tenerse presente que los comportamientos que Spiropoulos denominó “delitos”, se consideran hoy “crímenes” y conforman el núcleo duro de las

para. 88) respectivamente) Véase GARCÍA AMADOR, F.V. “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 408, nota 1. V. ALAIN PELLET. “Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des États”, *AFDI*, 1996, p. 7.

⁵⁷ El Derecho Internacional clásico no admitía la responsabilidad penal de los Estados por ilícitos internacionales ni reconocía subjetividad internacional alguna al individuo. Con ello (salvo contadísimas excepciones), violaciones graves que conmovieron a la humanidad y crearon la conciencia de imposibilidad de tolerar pasivamente esos actos, hoy conocidas por la comunidad internacional como crímenes, quedaban impunes.

⁵⁸ Sentencia de 30 de septiembre de 1946 en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* (Núremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), Vol. 22 (1948), pp. 466 y ss. Es de destacar que sólo se consideran “principios de derecho internacional” los contenidos en la parte sustancial del Estatuto del Tribunal Militar (Arts. 6 a 8 incl.) y los contenidos en la sentencia de 30 de septiembre de 1946, no así las sentencias de los doce procesos seguidos también en Nuremberg entre el 18 de octubre de 1946 y el 17 de febrero de 1947. V. nuestro trabajo “Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, 2000, pp. 177 y ss.

⁵⁹ Ese mismo día, la AG adoptó por *Res. 260/A(III)* el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

violaciones a normas imperativas de derecho internacional general. La AG por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, decidió aplazar el examen del Proyecto de Código, por considerar que estaba íntimamente vinculado a la definición de agresión, cuestión que había encomendado a una Comisión Especial. El tema, en el marco de este enfoque de la CDI, recién fue retomado en 1981⁶⁰, año en que la AG invitó a la CDI a ocuparse nuevamente de la cuestión. La CDI designó Relator a D. Thiam, quien presentó entre 1983 y 1991, nueve informes. El Proyecto fue aprobado en primera lectura en 1991. Durante 1992 y 1993 D. Thiam, de conformidad a lo encomendado por la AG en su Res. 45/41 de 28 de noviembre de 1990, produjo dos informes sobre el Proyecto de Establecimiento de Tribunal Penal Internacional, culminando su labor en 1994 con la aprobación por la CDI del Proyecto y la recomendación a la AG de convocar a una conferencia internacional para su adopción como convención. 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 Humanidad⁶¹. El Estatuto de Tribunal Penal Internacional con importantes modificaciones, fue adoptado en la Conferencia de Roma de 17 de julio de 1998 con el nombre de Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En una línea de trabajo con características conexas pero diferentes a la tarea referida en el párrafo anterior, en su primer período de sesiones (1949), la CDI seleccionó el tema *Responsabilidad de los Estados*, como tópico idóneo para la codificación. La AG NU por Res. 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, solicitó a la CDI que procediera a la codificación de los *principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados*. La CDI comenzó en 1955 sus labores en el tema, designando a través de varias décadas de trabajo diversos relatores⁶². En los

⁶⁰ A pesar de que la Res. 3314 (XXIX) Definición de la Agresión fue adoptada el 4 de diciembre de 1974.

⁶¹ Es de observar que este Proyecto, a diferencia del de Spiropoulos, incluyó un alto número de “crímenes”, colocando en un idéntico nivel de tratamiento a violaciones de distinta gravedad. V. nuestros trabajos: “Jurisdicción Penal Internacional”, en INFANTE, María Teresa - CAVE, Rose. *Nuevos Estudios de Derecho Internacional Humanitario*. Instituto de Estudios Internacionales (Universidad de Chile). Comité Internacional de la Cruz Roja, Chile, 1998, pp. 26 y ss. y “La Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, en *La Política Internacional, el Derecho y el Territorio Nacional. Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1997, p. 379.

⁶² Francisco V. García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz y James Crawford. La CDI en 1955 inició las labores para la elaboración del Proyecto y designó Relator al cubano García Amador, quien trabajó sobre la base del proyecto preparado en el ámbito de la Sociedad de Naciones sobre Responsabilidad por daños a personas y bienes de extranjeros. Presentó seis informes entre 1956 y 1961, de los cuales sólo uno fue considerado y mal recibido por la Comisión. Gutiérrez Espada lo apodó “El Inatendido” (GUTIÉRREZ ESPADA, C. “¿Quo vadis responsabilidad? (La revisión del Proyecto de la CDI)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. V, 2001, 396 y ss.). Una sub-comisión presidida por Roberto Ago, en 1962, recomendó a la Comisión que se centrara en la definición de las reglas generales de la responsabilidad internacional. En 1963 fue designado Relator Ago (“El Revolucionario”, según el Prof. Gutiérrez Espada en el referido trabajo), quien hizo desaparecer del tradicional enfoque de la responsabilidad internacional al daño y a la relación de causalidad, centrando la responsabilidad en el ilícito. Sus ocho informes fructificaron en la aprobación por la CDI de la Primera Parte del Proyecto, relativo a Principios Generales (43 artículos, que contenían una importante división de los ilícitos por su naturaleza: delitos y crímenes). En 1980 se designó Relator al holandés Riphagen, apelado por Gutiérrez Espada en el citado trabajo como “El Oscuro”, por su enfoque abstracto, su parquedad y la ausencia de comentarios al articulado propuesto. A lo largo de los seis años de labor Riphagen sólo logró la adopción de cinco artículos de la segunda parte del proyecto. De ellos, sólo uno subsiste en el proyecto aprobado en 2001. En 1987, la CDI designó como relator a Arangio Ruiz (“El Idealista”, según Gutiérrez Espada por su vigorosa argumentación institucional y por su confianza en la aceptación por parte de los Estados de una solución jurisdiccional

debates de la AG NU de los años 1960 a 1962, en oportunidad de considerarse los informes de la CDI, particularmente el relativo a la responsabilidad de los Estados, la URSS y otros países socialistas y del Tercer Mundo observaron al Proyecto de García Amador la falta de previsiones especiales para violaciones graves que impactaban sobre los fundamentos mismos del derecho de gentes, como la agresión. Recogiendo esa crítica, el Relator Roberto Ago consideró viable un tratamiento dual que distinguiera las violaciones que afectaban a la comunidad en su conjunto de otras violaciones (CDI Anuario, 1969, Vol. 1, p. 257)⁶³. En 1976, la CDI incorporó la distinción entre delitos de crímenes internacionales en el Art. 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados⁶⁴. En los Comentarios al Art. 19 (28º Período de sesiones-1976)⁶⁵, el Relator hizo presente, en el punto 15, que “(l)a necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir (...) más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial (...)”. En el punto 16, ha señalado que “(t)res circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción,

arbitral). Su propuesta de articulado contemplaba el derecho de recurrir al arbitraje que tenía el Estado contra el cual se adoptaran contramedidas. El proyecto de Arangio Ruiz fue aprobado con sus tres partes en 1996. Es de observar que la Primera Parte del proyecto, tal como fuera dibujada por Ago, se mantuvo intacta en el Proyecto aprobado por la CDI en 1996. En 1997 fue designado Relator el australiano Crawford (“El Pragmático”), quien trató de conciliar a objetivistas y subjetivistas. Su principal meta fue suprimir la distinción entre delitos y crímenes. Sin embargo, la diferencia se mantiene ya que, al hacer referencia a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*), hay una coincidencia sustantiva de hecho con los “crímenes” ejemplificados en el proyecto de Ago. Crawford vació de contenido a las regulaciones en materia de normas imperativas y, como consecuencia de ello y su rechazo a la posición objetivista, aparecieron incoherencias en el proyecto, en particular a la hora de consagrar las consecuencias especiales que debieran conllevar para EL Estado al que se le atribuye una violación al *jus cogens*. (V. nuestro trabajo “Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general”, obtenible en www.acaderc.org.ar).

⁶³ JULIO BARBOZA. *Derecho Internacional Público*, Zavallá, Buenos Aires, 2001, p. 364. Es de observar que el hecho de que García Amador no incluyera la distinción en sus Informes no significa que no haya tenido presente la conveniencia de contemplar un régimen diferenciado para las violaciones más graves al Derecho internacional. Así, en el Curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya ha señalado: “Particularly since the Second World War, the idea of international criminal responsibility has become so well defined and so widely acknowledged that it must be admitted as one of the consequences of the breach or non-observance of certain international obligations”. GARCÍA AMADOR, F.V. “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 397.

⁶⁴ Art. 19. *Crímenes y delitos internacionales* “1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a)-de una violación grave de una norma internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye delito internacional”.

⁶⁵ CDI. Anuario, 1976-II, p. 94 y ss.

consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) *el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado (...)*; c) el hecho de que la Carta de las NU atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (...). En el punto 59 del Comentario explica que ha optado por la denominación “crimen internacional” por haberse convertido en una expresión de uso corriente en la práctica de los Estados, en las obras científicas contemporáneas, en resoluciones de la Sociedad de Naciones y de las NU, como así también en instrumentos internacionales relevantes. En ese mismo punto subraya que no debe confundirse “crimen internacional” (atribuible al Estado) con “crimen de derecho internacional” (imputable al individuo que cometió el hecho). La primera parte del proyecto (origen de la responsabilidad internacional) fue aprobada en primera lectura en 1980. La segunda parte (contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional) y la tercera (solución de controversias y modalidades de hacer efectiva la responsabilidad), fueron aprobadas en 1996, permaneciendo la “distinción entre delitos y crímenes internacionales”. El proyecto aprobado en segunda lectura en el 53º período de sesiones de la CDI (2001), con su titulación renovada: Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, se ocupa *en la primera parte, del hecho internacionalmente ilícito del Estado; *en la segunda parte, del contenido de la responsabilidad internacional de Estado; *en la tercera parte, de los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado; *en la cuarta parte, de las disposiciones generales. En este Proyecto desapareció la distinción entre “delitos y crímenes”, no obstante, el Art. 26 hace referencia a las normas imperativas de derecho internacional general, estableciendo que: “Ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”. La Comisión elevó el Proyecto de 2001 a la AG recomendándole tome nota del Proyecto y lo incorpore como Anexo a la resolución. También recomendó a la AG viera la posibilidad de convocar a una conferencia de plenipotenciarios con miras a la adopción de una convención sobre el tema.

Los crímenes internacionales -en el plano de la responsabilidad internacional- implican consecuencias sustanciales y procesales particulares tanto para el infractor como para la comunidad internacional, *i.a.*: *la obligación de prohibir, prevenir, juzgar y castigar ese tipo de crímenes independientemente de las prescripciones de su derecho interno y aplicar la jurisdicción universal de presentarse el caso; *el deber de extraditar al inculcado haya o no acuerdo de extradición con el Estado solicitante; * la imposibilidad de invocar el carácter político del acto como causa de denegación de la extradición solicitada; *la imprescriptibilidad del crimen; *la imposibilidad de invocar inmunidad alguna en razón de función pública; *la posibilidad de juzgamiento del criminal por tribunales internacionales.

La CDI en su 67º período de sesiones (2015) nombró Relator Especial a Dire Tladi en el tópico *Jus cogens*, quien en su primer informe se preguntaba si la Comisión debía elaborar una *lista* ilustrativa de normas que ya hubieran alcanzado el estatus de normas de *jus cogens*. Algunos Estados respaldaron esa idea. Otros en cambio,

manifestaron serias dudas al respecto por el temor que la lista pudiera ser considerada *numerus clausus* al menos al momento de su proposición⁶⁶⁻⁶⁷.

La gravedad de la violación de una norma de *jus cogens*, que no admite limitaciones o debilitamientos de la responsabilidad *ratione personae*, se observa en el art. 26 del proyecto de responsabilidad de la CDI de 2001 sobre hechos ilícitos: *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*. Si esas normas imperativas de *jus cogens* sólo requirieran la responsabilidad del individuo se estaría premiando al Estado en lugar de aplicarle una sanción calificada por la gravedad del hecho. Algunos han pensado que hay suficientes precedentes para pensar en incluir entre las sanciones, las económicas reparatorias (incluyentes de los daños psicológicos sufridos por las víctimas), la administración del Estado por un tiempo adecuado por la comunidad internacional a través del sistema de Naciones

⁶⁶ El Relator Especial presentó tres informes entre 2016 y 2018, que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 68º a 70º (2016 a 2018) respectivamente. Tras los debates sobre esos informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión contenidos en ellos. La CDI examinó el cuarto informe del Relator en 2019 y aprobó en primera lectura el *proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*. En la Conclusión 3 relativa a Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) estableció: *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables*. En la Segunda parte relativa a la Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) fijó: *“Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios: a) es una norma de derecho internacional general; y b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*. Al ocuparse de las bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) recordó que el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pero que las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Destacó que el requisito de “la aceptación y el reconocimiento” como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general. Sin embargo, recordamos que, al momento de la adopción de la CVDT se entendió que las expresiones “aceptación” y “reconocimiento” se habían incorporado para dar satisfacción -respectivamente- a los positivistas y a los naturalistas. El proyecto de la CDI al referirse a la prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) señaló una variedad de formas, *i.a.*: declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; publicaciones oficiales; dictámenes jurídicos gubernamentales; correspondencia diplomática; actos legislativos y administrativos; decisiones de las cortes y tribunales nacionales; disposiciones de los tratados; resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental). Como medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general señaló las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, y la labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas (v. <https://legal.un.org/ilc/Reports/2019/spanish/chp5.pdf>; https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf). El tratamiento del tema poco agregó a lo ya construido y establecido por la propia CDI en la primera etapa de sus labores setenta años atrás. Al respecto, véase en particular: “Las vías y medios para hacer evidente al Derecho internacional consuetudinario”, que la propia Comisión en respuesta al mandato de la AG inició ya en 1949 (CDI, *Anuario* 1950, Vol. II, p. 31 y ss.; https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf).

⁶⁷ V. *infra* “Determinación”.

Unidas u otra modalidad (ejemplos post primera y segunda Guerras Mundiales, post ocupación de Irak y otros).

En resumen, lo expuesto pone en evidencia cómo a través de los tratamientos de la responsabilidad internacional en distintos proyectos de la CDI se fue aportando a la justificación y al contenido sustantivo particular del *jus cogens*, abonando la percepción de la CVDT.

II.2.2. Tratados

La CDI inició la codificación del derecho de los tratados en 1949 designando primer relator a James L. Brierly. Hersch Lauterpacht, el segundo relator en el *Proyecto sobre Derecho de los Tratados* abordó en 1953 la cuestión relativa a la existencia de normas imperativas. El Art. 15 de su proyecto de artículos establecía: “Un tratado será nulo cuando su ejecución suponga un acto que el Derecho internacional reputa ilícito”⁶⁸. Para Lauterpacht, la ilicitud se fundaba en el hecho de que esos tratados infringen normas que han adquirido “la naturaleza de normas de derecho internacional generalmente aceptadas y, como tales, consuetudinarias”⁶⁹.

La CDI al considerar el tema tratados no ha construido una verdadera justificación del *jus cogens*, no se basó en argumentaciones históricas ni en fundamentos jusnaturalistas. Más bien un derecho positivo en base a la producción de la norma y no por el contenido de ella.

El Tercer informe del tercer Relator, Gerald Fitzmaurice, trató el tema del *jus cogens* en los Arts. 16 a 20 del Proyecto, sin definirlo⁷⁰. El cuarto Relator, Humprey Waldock, en el Proyecto de Artículos correspondiente a su segundo informe de 1963, contempló el *jus cogens* y dio ejemplos de tratados nulos por infracción de una norma o principio general de Derecho internacional de tal carácter⁷¹. En el comentario, Waldock

⁶⁸ *Yearbook of the ILC*, 1953-II, p. 123.

⁶⁹ Primer informe sobre el *jus cogens* preparado por Dire Tladi, Relator Especial, A/CN.4/693 (CDI. 68 Período de Sesiones, p. 17).

⁷⁰ Art. 16. *Licitud del objeto*

“1. (...)”

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

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

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

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

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

⁷¹ Art. 13. *Tratados nulos por ilicitud*

“1. Un tratado será contrario al Derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*.

2. En particular, un tratado será contrario al Derecho internacional y nulo si su objeto o ejecución entraña:

a)-El uso o la amenaza de la fuerza, en contravención de los principios de la Carta de la ONU.

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

c)-Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el Derecho internacional.

destacó que era necesario distinguir entre *jus cogens* y normas inderogables por la voluntad de las partes. Durante los debates en la CDI⁷² se pudo observar una clara disposición a la inclusión del *jus cogens* por parte de los miembros de la Comisión⁷³.

En el Informe de la CDI a la AG. UN. (1963. Doc. A/5509), la inclusión del *jus cogens* se hallaba contemplada en los Arts. 37 y 45. Sin embargo, la formulación ya no contenía el concepto de *jus cogens*, ni ejemplos del mismo. En 1966, la CDI volvió a ocuparse del *jus cogens*, limitándose a cuestiones terminológicas, ubicación de la cuestión en el Proyecto (Arts. 50, 61 y 67 relativo este último al procedimiento-consecuencias). El único miembro de la CDI que manifestó claramente su oposición a la inclusión del *jus cogens* fue el luxemburgués por no reconocer normas superiores a los acuerdos entre Estados⁷⁴. No se incluyeron enunciaciones de ejemplos ante el temor de que *expressio unius exclusio alterius*.

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

No puede dejar de señalarse que en, los comentarios de 1966 al proyecto de art. 50⁷⁵, se hizo referencia a que es cada vez más difícil sostener el libre albedrío ilimitado de los Estados al celebrar tratados y negar la existencia de normas de *jus cogens*. Y, si bien hace a la determinación más que a la justificación, hizo referencia a que varios gobiernos en sus comentarios habían señalado la conveniencia de que el artículo fuera acompañado de una disposición relativa a una adjudicación independiente⁷⁶ (art. 66 a) de la CVDT). Con relación a la “justificación”, la CDI ha expresado que no es correcto decir que una disposición de un tratado posee el carácter de *jus cogens* simplemente porque las partes han estipulado que no debe permitirse ninguna excepción a dicha disposición. Tal estipulación podría insertarse en cualquier tratado con respecto a cualquier materia por cualquier motivo que se les ocurriera a las partes, pero no acarrearía nulidad absoluta por no constituir norma de tal carácter. Bien señala en ese mismo párrafo la CDI que: “No es la forma de una regla general de derecho

3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, sólo esa estipulación será nula.

4. Las disposiciones de este Artículo no serán aplicables sin embargo a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *jus cogens*.

El Art. 21.4 establecía: “Cualquier Parte podrá pedir que se dé por terminado el tratado, si después de su entrada en vigor, el establecimiento de una nueva norma de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* ha hecho que la ejecución sea ilícita en el Derecho internacional”.

⁷² Anuario de la CDI, 1963-I. Actas resumidas, p. 66 y ss.

⁷³ Entre los que apoyaban la inclusión del Art. 13 se contaban Bartoš, Castrén, de Luna, Jiménez de Aréchaga, Pal, Tabibi, Tsuruoka, Waldock, Yasseen. Entre los que requerían mayor precisión en la formulación estaban Ago, Amado, Briggs, Gros, Lachs, Rosenne, Tunkin.

⁷⁴ Turquía consideró que se trataba de un concepto teóricamente valioso, pero de difícil aplicación en la práctica, no admitiendo la formulación de superveniencia. Gran Bretaña, a pesar de haber sido de nacionalidad británica los cuatro Relatores del tema, manifestó su inclinación por una aplicación restringida del concepto. Estados Unidos manifestó sus dudas en lo que hace a la aplicación del enunciado. Varios países solicitaron mayor precisión en la enunciación, entre ellos: Holanda, Israel y Uruguay. Un importante número de Estados se manifestó satisfecho con la inclusión del *jus cogens* entre las causas de nulidad, entre ellos: Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Ecuador, España, Filipinas, Francia (recuérdese que en la Conferencia de Viena que adoptó la Convención, el único Estado que votó en contra fue Francia por considerar que era una “carta en blanco” por la falta de precisiones y ejemplificaciones), Ghana, Guatemala, Hungría, Indonesia, Irak, Italia, Marruecos, Panamá, Polonia, República Árabe Unida, Rumania, Siria, Tailandia, Venezuela, Yugoslavia (Anuario de la CDI, 1966-II, pp. 22 y ss.).

⁷⁵ ILC. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, p. 247.

⁷⁶ Ibidem.

internacional (la que hace que sea *jus cogens*), sino la naturaleza particular del tema de que se trata”⁷⁷.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969) adoptó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que consagró al *jus cogens* en el derecho internacional convencional al incorporarlo expresamente en sus Arts. 53, 64⁷⁸ y correlativos como el 66⁷⁹ - 80, si bien son muy pocos los casos en los que se haya invocado la nulidad de un tratado por violación del *jus cogens*. Es de tener en cuenta que, en el segundo período de la Conferencia (1969) el artículo fue aprobado por 87 votos (incluida Argentina), 8 en contra y 12 abstenciones, de modo similar, al artículo relativo al *jus cogens* sobreviniente 84 votos a favor, 8 en contra y 16 abstenciones⁸¹.

III.-Determinación del *jus cogens*

Como señala Roberto Puceiro Ripoll⁸², la propia Comisión debió reconocer las dificultades para establecer el concepto preciso del *jus cogens* e individualizar este tipo de normas, presentando a la Conferencia de Viena un proyecto que no estableció el contenido de aquél sino simplemente sus caracteres y efectos. Así la CDI reconoció que el enunciado del art. sobre el *jus cogens* “no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional con ese carácter”.

Tipo de norma

Tal como lo establece el art. 53 de la CVDT, el *jus cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general, es decir una norma consuetudinaria

⁷⁷ Ibidem, p. 248.

⁷⁸ Art. 53. *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')*. “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Art. 64. *Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')* “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

⁷⁹ Art. 66. *Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación*. “Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje; b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la Convención presentando al Secretario general de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto”.

⁸⁰ Es de recordar que la Convención de Viena sobre *Derecho de los Tratados entre Estados o entre Organizaciones Internacionales entre Sí* de 1986, mantiene la misma formulación normativa que la Convención de 1969.

⁸¹ DE LA GUARDIA, E. Ob. Cit., p. 291.

⁸² PUCEIRO RIPOLL, R. “las normas de *jus cogens* ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?”, *XXVII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría de la OEA, 2000, p. 388.

general. Sabemos que un tratado puede devenir obligatorio para un tercer Estado si refleja norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (art. 38 de la CVDT).

Numerosos tratadistas -entre ellos Bassiouni⁸³- consideran que el *jus cogens* más que norma consuetudinaria internacional es un principio general, ya que no sólo surge de la práctica con *opinio juris* en el plano internacional, sino que se asienta en las convicciones de las más mínimas organizaciones sociales locales y nacionales, impregnando todos los niveles de la sociedad humana.

Ninguna norma se presta tanto como el *jus cogens* para poner en evidencia la interacción e interpenetración simultánea de las fuentes de derecho internacional: puede estar reflejado en un tratado, en una norma consuetudinaria de carácter general, en un principio general del derecho internacional, en un principio general del derecho.

Andrea Bianchi⁸⁴ considera de particular interés el debate sobre la cuestión de cómo las normas perentorias devienen tales. El aura de misterio en torno a este tema, nutrido por la ambigüedad dejada por la CDI, ha generado una panoplia de escritos. En particular, la posibilidad de que el *jus cogens* pueda ser creado por el tratado contrasta con la opinión de que las normas imperativas sólo pueden surgir del derecho consuetudinario. Esta última interpretación se centra en la redacción del artículo 53, que hace referencia expresa a que las normas perentorias forman parte del derecho internacional general. En cuanto a los derechos humanos, se ha sostenido que su constitución como normas generales del derecho internacional no se produciría por medio del derecho consuetudinario con su dependencia de la práctica estatal, sino más bien por principios generales. Los principios generales serían establecidos por un proceso similar -pero no totalmente análogo- al que conduce a la costumbre. De hecho, la aceptación general requerida no tendría que basarse en la práctica estatal, tal como se entendía tradicionalmente. Más bien, resultaría de una variedad de manifestaciones "en las que consideraciones morales y humanitarias" encontrarían una expresión en forma legal "más directa y espontánea".

Briggs ha señalado que se plantea un problema igualmente grave en relación con el artículo 37 [Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)] -artículo 53 en la CVDT-, ya que no se establece ningún procedimiento para determinar qué es una norma de *jus cogens*. La inexistencia de tal procedimiento influye en la aplicación de las disposiciones del artículo 45 (Establecimiento de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) (artículo 64 de la CVDT)⁸⁵. Al respecto, Ago señaló que cuando la Comisión afirma la existencia de normas imperativas o *de jus cogens* no hace sino definir un principio ya existente y reconocido en conciencia por los Estados. Las normas de fondo no pierden por tanto validez alguna tan sólo porque no existan normas de procedimiento

⁸³ Bassiouni ha señalado que si bien muchos doctrinarios consideran al *jus cogens* norma consuetudinaria para otros se trata de un principio general del derecho. BASSIOUNI, Cherif. "La Expresión de Crímenes Internacionales *Jus cogens* y *obligatio erga omnes*", en *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario (Sistemas Romano-Germánicos)*, Informe de la Reunión de Expertos (Ginebra 23-25 de septiembre de 1997), Servicio de Asesoramiento en DIH, Comité Internacional de la Cruz Roja, Suiza, 1999, p. 31. En la misma Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Delegado mejicano Eduardo Suárez, opinó que las normas de *jus cogens* derivan de principios que la conciencia jurídica de la humanidad considera absolutamente esenciales para la coexistencia de esa comunidad en determinado estadio de su desarrollo histórico. V. United Nations Conference on the Law of Nations, First Session, 26/III to 24/V 1968 p. 294 (http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf).

⁸⁴ BIANCHI, Andrea, Ob. Cit., p. 493.

⁸⁵ CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. I, parte II, p. 4 (https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v1_p2.pdf).

correspondientes, aun cuando el desarrollo del derecho internacional sustantivo venga a poner inevitablemente de relieve la necesidad de un desarrollo paralelo del derecho procesal internacional⁸⁶.

La CDI, en su primera reunión, celebrada en 1949, comenzó a examinar *Los medios de hacer más accesible la prueba del derecho internacional consuetudinario*. En su segundo período de sesiones, celebrado en 1950, la Comisión concluyó el examen de este tema y presentó un informe a la Asamblea General, en el que se indicaban las vías y medios sugeridos por la CDI⁸⁷. La Comisión recomendó que se distribuyeran lo más ampliamente posible las publicaciones relativas al derecho internacional emitidas por los órganos de las Naciones Unidas, en particular, las sentencias y otras publicaciones de la Corte Internacional de Justicia, los tratados registrados ante las Naciones Unidas y los fallos de Arbitraje Internacional. La Comisión también recomendó que la Asamblea General autorizara a la Secretaría a preparar las siguientes publicaciones en el contexto de los medios que hacen a la prueba del derecho consuetudinario:

- Un Anuario Jurídico, en el que se expongan, *i.a.*, importantes acontecimientos legislativos en diversos países, los fallos arbitrales dictados por tribunales internacionales *ad hoc* a medida que se vayan produciendo y las decisiones importantes de los tribunales nacionales relativas a los problemas del derecho internacional;
- Una serie legislativa que contenga los textos de la legislación nacional vigente sobre cuestiones de interés internacional y, en particular, la legislación que aplica acuerdos internacionales multilaterales;
- Una colección de las constituciones de todos los Estados, con volúmenes suplementarios que se publicarían de vez en cuando para mantener actualizada la colección;
- Una lista de las publicaciones de los gobiernos de todos los Estados que contengan los textos de los tratados concertados por ellos, completadas por una lista de las principales colecciones de textos de tratados publicados bajo auspicios privados;
- Un índice consolidado de la Serie de Tratados de la Sociedad de Naciones;
- Volúmenes ocasionales de los índices de la serie de tratados de las Naciones Unidas;
- Un repertorio de la práctica de las Naciones Unidas con respecto a las cuestiones de derecho internacional;
- Serie adicional de los Informes de los fallos Arbitrales Internacionales, de los cuales ya se había publicado una primera serie en tres volúmenes.

Además, la Comisión recomendó:

⁸⁶ Ibidem p. 6.

⁸⁷ "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available" Report of the International Law Commission 1950 (obtenible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/Reports/1_4_1950.pdf&lang=E). El informe se encuentra en el Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II. Document A/1316, paras. 24-94. DOCUMENT A/CN.4/16 Working Paper* by Manley O. Hudson, Special Rapporteur. El Trabajo recuerda el art. 24 del Estatuto de la CDI (1947), el que establece: "*The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter.*"

- que la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia publicara ocasionalmente resúmenes de los informes judiciales;
- que la Asamblea General señalara a los gobiernos la conveniencia de que publiquen resúmenes de su correspondencia diplomática y otros materiales relacionados con el derecho internacional;
- que la Asamblea General considerara la conveniencia de un convenio internacional relativo al intercambio general de publicaciones oficiales relativas al derecho y las relaciones internacionales.

Desde que se formularon estas recomendaciones, la Asamblea General autorizó al Secretario General a publicar la mayoría de las publicaciones sugeridas por la Comisión y algunas otras publicaciones pertinentes a las recomendaciones de la Comisión. Los Gobiernos de varios Estados Miembros publican o preparan sus propios materiales relativos al derecho internacional. La Conferencia General de la UNESCO aprobó en 1958 dos convenios -el Convenio relativo al intercambio de publicaciones oficiales y documentos gubernamentales entre Estados y la Convención sobre el intercambio internacional de publicaciones.

En 1976 la CDI señaló que -en realidad- en el ordenamiento jurídico internacional no había una fuente especial de creación para los principios constitucionales o fundamentales de la sociedad internacional⁸⁸⁻⁸⁹.

En el *Caso de la Acciones militares en y contra Nicaragua (Nicaragua c/ EE.UU.)*, la CIJ entendió que la norma perentoria que proscribe el uso de la fuerza está basada en las fuentes más usuales: tratados y costumbre⁹⁰.

Los argumentos de Etiopía y Liberia como demandantes ante la CIJ, en el caso del *África Sudoccidental*⁹¹, se asemejaron mucho al concepto de *jus cogens*, tal como lo señala Danilenko⁹². Las demandantes alegaron que Sudáfrica “no puede solicitar la exención de una norma jurídica que ha sido creada por el abrumador consenso de la comunidad internacional comunidad, próximo a la unanimidad”. Así, expresaron: “351. (...) *the norm of non-discrimination and non-separation involves the promotion of common interests and collective interests of states, and of the organized international community as a whole. There are, moreover, common interests which rest upon a widely shared and deeply felt and often eloquently expressed humanitarian conviction. In this respect apartheid corresponds to genocide, and the nature of the law-creating process in response to both has been remarkably similar- one in which the collective will of the international community has been shocked into virtual unanimity, and in which the moral basis of law is most visible. It is precisely because there is an offender that there has been a drive to create a norm. If the offender is allowed to avoid the legal condemnation of his action by stating a protest, then international law is rendered impotent in the face of a grave challenge to the values underlying the international social order.*”

En lo que hace a la interpretación de las palabras “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto” (art. 53 CVDT), el Presidente

⁸⁸ CDI. *Yearbook* 1976 – I, p. 86.

⁸⁹ V. *supra* lo referido a los tratamientos de la CDI en 1949 y 2018.

⁹⁰ ICJ *Reports* 1986, 97, 100.

⁹¹ ICJ Pleadings, *South West Africa Cases 305 (Vol. 9) (statement by E.A. Gross, agent for the Governments of Ethiopia and Liberia)*.

⁹² DANILENKO, Gennady M. “International *Jus cogens*: Issues of Law-Making”, 2 *Eur. J. Int'l L.* 1991, p. 42 y ss.

del Comité de Redacción M.K. Yasseen señaló que la frase “en su conjunto” no implicaba que fuera necesaria la aceptación universal para el reconocimiento de una norma de *jus cogens* y que, precisamente por eso se agregó esa expresión. No se trata de exigir que una regla sea aceptada y reconocida como perentoria por todos los Estados. Sería suficiente si una gran mayoría lo hiciera. Ello significaría que, si un Estado aislado se niega a aceptar el carácter imperativo de una norma, o si ese Estado es apoyado por un número muy reducido de Estados, la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de la norma por parte de la comunidad internacional como un conjunto no se vería afectado. Yasseen también enfatizó que 'ningún Estado individual debe tener el derecho de veto, y, por eso el Comité de Redacción incluyó las palabras "en su conjunto", lo que dejaba de lado la posibilidad del objetor persistente. Ago por su parte, señaló que se requiere que la convicción sobre el carácter imperativo de la norma sea compartida por los componentes esenciales de la comunidad internacional y no por ejemplo sólo por los del Oeste o del Este, desarrollados o en vías de desarrollo, de un continente o del otro'⁹³.

En la misma conferencia de Viena, James Crawford recordó las expresiones de Gerald Fitzmaurice en su voto disidente en el caso de Namibia (1971): la "comunidad internacional en su conjunto" es una abstracción. No existe una entidad legal con ese nombre". “La llamada comunidad mundial organizada no es una entidad jurídica separada con personalidad propia y por encima de las organizaciones internacionales. La idea de ella puede encontrar expresión real en la ONU que está formada por la casi totalidad de los Estados Mundo, que refleja para ciertos fines las opiniones o actos en nombre de su Estados miembros. En este sentido, la ONU representa la comunidad. Pero si lo hace, lo hace de modo contingente, no general. Debe tenerse en cuenta que ha habido notables casos en los que las Naciones Unidas no han actuado cuando situaciones que, desde cualquier punto de vista, eran de interés general y una afrenta a la conciencia de la humanidad".

Asimismo, James Crawford⁹⁴ ha recordado que la CIJ en el caso *Barcelona Traction* en 1970, se refirió a "una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática"⁹⁵. La Corte también consideró en tal carácter a la prohibición de actos de agresión y de genocidio", como también “los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial"⁹⁶.

En varias ocasiones posteriores la CIJ ha aprovechado la oportunidad para afirmar el concepto de obligaciones *erga omnes* y *jus cogens*⁹⁷, aunque lo ha hecho con gran cautela.

Así, en el *asunto sobre Timor Oriental*, la CIJ dijo: “La afirmación de Portugal de que la libre determinación de los pueblos (...) tiene un carácter *erga omnes* (...) es irrefutable. El principio de autodeterminación (...) es uno de los principales

⁹³ AGO, Roberto. “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, 134 *RCADIH* (1971-III) pp. 237, 323.

⁹⁴ CRAWFORD, James. “Responsibility to the International Community as a Whole” (Lecture at the Indiana University School of Law-Bloomington on April 5, 2000), 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* (2000-2001), p. 303.

⁹⁵ Case Concerning *the Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)*, 1970 L.C.J. 32 (Feb. 5) (Second Phase).

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ En líneas generales, se ha entendido que las normas *erga omnes* constituyen el género mientras las *jus cogens* son la especie. Toda norma *jus cogens* es *erga omnes*, pero no toda norma *erga omnes* es *jus cogens*.

principios del derecho internacional contemporáneo⁹⁸. En la *opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio*, dijo que "los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son *erga omnes*"⁹⁹. Esa afirmación contribuyó en el caso contencioso relativo a la Convención sobre el Genocidio a su conclusión de que su jurisdicción temporal sobre la reclamación no estaba limitada al tiempo posterior al que las partes quedaron vinculadas entre sí por la Convención¹⁰⁰. Es de observar, que la Corte en el *caso de la obligación de juzgar o extraditar* a pesar de haber declarado a la tortura un crimen de *jus cogens*, sólo admitió el compromiso para el período posterior a la condición de Partes en la misma de los contendientes, lo que contradice la naturaleza de la norma imperativa¹⁰¹.

Virally¹⁰² señala que la CDI consideró necesario aclarar que la norma de *jus cogens* se puede cambiar por una norma de la misma naturaleza, lo que prueba que no es una norma de derecho natural. Cambia de acuerdo a los cambios socio-históricos de la sociedad internacional y los cambios en las concepciones políticas, éticas, filosóficas, ideológicas correspondientes. En otras palabras, las normas de *jus cogens* son normas de derecho positivo; no constituyen una categoría separada y, por lo tanto, se integran en el sistema legal por el sistema de juego de las fuentes, al igual que otras normas que lo integran. Por nuestra parte, consideramos que los valores que están en la base de la formulación consuetudinaria, convencional o principialista del *jus cogens* son eternos, inmutables; lo que varía es la formulación positiva siempre perfectible y adecuado al momento. Es más, compartimos con ciertos autores que, ajustadamente, la CDI habló de "modificación" ya que esto no importa ruptura de base, destrucción absoluta, cambio en esencia, sino una adecuación en sus caracteres complementarios y su bajada a la realidad del momento.

En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario" en su programa de trabajo y en designó a Michael Wood como Relator Especial. La Comisión, tras sucesivas labores, examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.908) en su 3412ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 2018, y aprobó, en segunda lectura, el proyecto de conclusiones sobre la "Identificación del derecho internacional consuetudinario". La Conclusión 1. Alcance expresa: "El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario". La Conclusión 6 Formas de práctica señala: "1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. Puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción. 2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones "sobre el terreno"; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. 3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica". Sin embargo, en la Conclusión 15 Objeto persistente expresa en el

⁹⁸ *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, 1995 I.C.J. 102 (June 30).

⁹⁹ *Reservations on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 I.C.J. 15 (May 28) (Advisory Opinion).

¹⁰⁰ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, 1996 I.C.J. (July 11) (Preliminary Objections).

¹⁰¹ *V. infra*.

¹⁰² VIRALLY, Michel. "Reflexions sur le *jus cogens*", Ob. Cit.

comentario: “El párrafo 3 establece de manera expresa que el proyecto de conclusión 15 se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). En el comentario al proyecto de conclusión 1 ya se deja claro que todos los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de las cuestiones de jerarquía entre las normas de derecho internacional, incluidas las relativas a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones”.

En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Jus cogens” y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi, quien en el Primer Informe incluyó el *Proyecto de conclusión 2. Modificación, derogación y abrogación de las normas de derecho internacional*:

“1. Las normas de derecho internacional pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados a los que la norma sea aplicable, a menos que tal modificación, derogación o abrogación esté prohibida por la norma en cuestión (*jus dispositivum*). La modificación, derogación o abrogación pueden tener lugar mediante un tratado, derecho internacional consuetudinario u otro acuerdo.

2. Las normas imperativas de derecho internacional general, que solo pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por normas que tengan el mismo carácter, constituyen una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1.

Cabe preguntarse, cómo -en los hechos- una norma de *jus cogens* podría ser abrogada o derogada por una norma consuetudinaria general de igual carácter si toda práctica en contrario debe considerarse violación criminal o acuerdo nulo. Por ello, la CDI y el tratado han usado la palabra “modificación”, que indica adecuación, acomodación, adaptación. Tal sería el caso si al crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, se le agregara un nuevo tipo de comportamiento ajustando la figura a nuevas modalidades de la ciencia, la tecnología o las conductas. No es la sustancia del crimen la que cambia son los modos de configurar la violación¹⁰³.

La CDI, en ninguno de sus proyectos ha dicho cómo se forma, se crea la norma de *jus cogens*. Virally¹⁰⁴, recordando a Suy hace presente que por definición -ya que pertenece al derecho internacional general- el *jus cogens* se escapa -desde el punto de vista de su creación- a la voluntad de los Estados individuales e informa exclusivamente un proceso colectivo en el que actúa la sociedad internacional entera. No basta, por tanto, que un Estado declare que una regla en particular es de *jus cogens*. Debe proporcionar prueba de que su reclamo es válido, demostración que es particularmente difícil¹⁰⁵.

La prueba de que la agresión constituye violación a norma de *jus cogens* ha alcanzado amplia aceptación y reconocimiento en la sociedad internacional. Al igual que el genocidio, ciertas figuras del crimen de lesa humanidad, las graves infracciones al derecho de guerra y por equivalencia, ciertas violaciones graves de los derechos humanos, pero no abarca todo el complejo de los derechos humanos ni todos los comportamientos previstos en Estatuto de la Corte Penal Internacional. No debe considerarse que todo crimen al que corresponde sanción penal internacional deba ser considerado violación de norma de *jus cogens* internacional. Debe probarse que ese

¹⁰³V. *infra*.

¹⁰⁴ VIRALLY, Michel. “Reflexions sur le *jus cogens*”, Ob. Cit., pp. 10-11.

¹⁰⁵ Algunos autores consideran que la prueba de la existencia del *jus cogens* corresponde al tribunal actuante.

comportamiento se opone a una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto en tal carácter en tanto esencial para la supervivencia de la comunidad internacional y sus bases sociales individuales, grupales y globales.

Virally estima que, a causa de los cambios que se producen constantemente en la sociedad internacional y el progreso que se realiza en el conocimiento de sus necesidades, el *jus cogens* (norma positiva convencional o consuetudinaria) está en una situación en evolución permanente y la determinación de que una norma ha nacido y ha alcanzado coactividad no requiere métodos diferentes de los que se requieren para probar la existencia de una norma de derecho internacional general aunque sólo sea dispositiva¹⁰⁶. Al igual que Virally, N’Guyen, Pellet y Dallier afirman que las normas de *jus cogens* “*de ninguna manera constituyen una nueva categoría de fuente formal del derecho internacional*”, sino que se trata de una jerarquía entre las normas imperativas y las demás.

En el caso relativo a la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal*, del 31 de julio de 1989, el Tribunal Arbitral sostuvo que “*bajo la perspectiva del derecho de los tratados, el jus cogens es simplemente una característica propia a ciertas normas jurídicas que no son susceptibles de ser derogadas por vía convencional*”¹⁰⁷. En consecuencia, es claro que, en el sentido estricto de fuente, se deben crear nuevas obligaciones y/o derechos; este no es el caso con las normas de *jus cogens* en la medida en que se trata de normas ya existentes que la comunidad internacional, por decisión expresa o por su forma de actuar, ha dado una jerarquía especial a una norma “ya existente”.

La CIJ en el *Caso concerniente a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c/ Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, consideró que la proscripción de la tortura es una norma consuetudinaria general y ha alcanzado el carácter de norma imperativa (*jus cogens*) -al igual que lo hiciera en otro caso¹⁰⁸- pero a pesar del carácter que le asignó se declaró no competente para pronunciarse en virtud del derecho consuetudinario en base al art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados y a la posición en la materia del Comité contra la Tortura, “órgano de la Convención”¹⁰⁹, que requiere la aplicación no retroactiva¹¹⁰.

¹⁰⁶ Virally entiende que la buena fe es un accesorio de otras obligaciones internacionales y es difícil imaginar cómo dos Estados podrían estar de acuerdo en un tratado aplicar otro principio contrario al anterior -es decir, de mala fe-. Si no es posible establecer excepciones a *pacta sunt servanda*, esto no se cumple para las normas derivadas de la misma y que constituyen el derecho de los tratados. Cuando un tratado dispone que puede ser revocado unilateralmente por cualquiera de las partes, esta disposición tiene el efecto de liberar a esa parte de la obligación de respetarlo tan pronto como se haya notificado a la otra parte su determinación de no estar vinculado. Pero es bajo *pacta sunt servanda* que se verá obligado a asumir las consecuencias de tal evento voluntad unilateral (VIRALLY, Michel. “*Reflexions sur le jus cogens*”, Ob. Cit., pp.10-11.

¹⁰⁷ “(D)u point de vue du droit des traités, le *Jus cogens* est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle”. TLA. *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal* del 31 de julio de 1989, RGDIP, 234 (1990).

¹⁰⁸ Caso de las *Acciones Armadas en el territorio de Congo (República Democrática de Congo y Ruanda)*. CIJ. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt du 3 février 2006: 125. (...) Finally, the Court deems it necessary to recall that the mere fact that rights and obligations erga omnes or peremptory norms of general international law (*jus cogens*) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties (see paragraph 64 above).”

¹⁰⁹ La Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984 cuenta al 11 de septiembre de 2021 con 172 partes. Numerosos Estados no se consideran vinculados por el 30.1 de la Convención contra la tortura (sumisión del diferendo por una de las partes a

Naturaleza del objeto – Entidades con capacidad para determinar una norma de jus cogens

Bruno Simma y Philippe Alston¹¹¹ comparten con la CDI y la mayoría de los tratadistas que lo que da el carácter de *ius cogens* no es la forma normativa sino la naturaleza del objeto (CDI. *Yearbook of the International Law Commission* 1996-2, p. 248). Dudan que las normas de *ius cogens* puedan inducirse de la práctica ya que se trata de normas de proscripción que tornan invisible la abstención como acto compromisorio. La posición de que las normas imperativas sólo pueden surgir del derecho consuetudinario se basa en la redacción del artículo 53. Por nuestra parte consideramos, que los principios éticos y morales que subyacen en las formulaciones normativas conforme a su objeto y fin, han tomado incrementado vuelo con el paso de una sociedad interestatal clásica a una sociedad global, transnacional, a la tendencia consecuente de un activismo judicial que coloca a los principios generales y los valores de la sociedad por sobre la norma escrita, haciéndole perder su centralidad, desapareciendo la separación absoluta entre moral y derecho (entre derecho local y extranacional), potenciándose la función del juez en la interpretación del derecho,

la CIJ). Por otra parte, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 cuenta al 11 de septiembre de 2021 con 116 EP.

¹¹⁰ CIJ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* arrêt du 20 juillet 2012: "99. Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*ius cogens*). Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'opinio juris des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹¹⁰ ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 Décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales. 100. Toutefois, l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, ne s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'Etat concerné. L'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflète le droit coutumier en la matière, dispose que: «A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.» La Cour relève que rien dans la convention contre la torture ne révèle une intention d'obliger un Etat partie à incriminer, en vertu de l'article 4, les actes de torture intervenus préalablement à son entrée en vigueur pour cet Etat, ni à établir sa compétence pour de tels actes, conformément à l'article 5. Il en découle, selon la Cour, que l'obligation de poursuivre, prévue à l'article 7, paragraphe 1, de la convention ne s'applique pas à de tels actes. 101. Le Comité contre la torture a souligné, en particulier, dans sa décision rendue le 23 novembre 1989 dans l'affaire O. R., M. M. et M. S. c. Argentine (communications nos 1/1988, 2/1988 et 3/1988, décision du 23 novembre 1989, par. 7.5, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, supplément no 44, Nations Unies, doc. A/45/44, annexe V, p. 118) que «les cas de «torture» aux fins de la convention ne peuvent s'entendre que des cas de torture survenus après l'entrée en vigueur de la convention». Cependant, lorsque le Comité a examiné le cas de M. Habré, la question de la portée temporelle des obligations contenues dans la convention n'avait pas été soulevée et le Comité ne s'est pas penché d'office sur cette question (Guengueng et autres c. Sénégal (communication no 181/2001, décision du 17 mai 2006, Nations Unies, doc. CAT/C/36/D/181/2001)). 122 (...) par quatorze voix contre deux, qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes du Royaume de Belgique relatives à des manquements allégués, par la République du Sénégal, à des obligations relevant du droit international coutumier (...).

¹¹¹ SIMMA, Bruno - ALSTON, Phillippe. "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus cogens* and General Principles", *12 Australian Year Book of Int'l L* (1988 – 1989).

convirtiéndolo en un protagonista fundamental del sistema jurídico. En tal sentido, la indeterminación, que es propia de los principios, así como la necesidad de resolver nuevas situaciones jurídicas no previstas en las leyes, acentúan el papel de los magistrados en el proceso de “creación” del derecho hasta llegar a positivizarse por vía jurisprudencial. Simma y Alston recuerdan: *“The Court accepted the consent of the parties to certain General Assembly resolutions and other soft law instruments as the manifestation of an appropriate opinio juris, without looking for positive evidence of “external” State practice in conformity with these positions” (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v U.S.A.), Merits, ICJ Rep 1986, p.14 at 97-98: “The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law. Bound as it is by Article 38 of its Statute, to apply, inter alia, international custom as ‘evidence of a general practice accepted as law’, the Court may not disregard the essential role played by general practice”, and para. 99-104. In the para. 98 of the Nicaragua judgment, the Court attempted to come to terms with the problem of inconsistency between practice and opinio juris - as we have seen, the major argument against the credibility of an extensive customary law of human rights. In such a case, says the Court, in order for customary law to survive, it is sufficient that the conduct of States should be consistent with such rules in general. Instances of State conduct inconsistent with a rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.”* Hacen presente que hay que tomar en consideración la posición del Estado desde el inicio mismo de los comportamientos.

Debemos tener en cuenta que la “determinación” del art. 39 de la Carta de la ONU¹¹² es el acto más significativo del sistema internacional, ya que los tipos del Art. 39 importan violaciones a normas imperativas de derecho internacional general, es decir hacen al orden público internacional en su núcleo duro, siendo el Consejo de Seguridad un ámbito propicio para la formación de normas imperativas, independientemente de que se trate de un órgano político, que jamás hace consideraciones de orden jurídico a la hora de adoptar sus resoluciones.

Onuf y Birney¹¹³ consideran que la Asamblea General también es un ámbito adecuado -si bien imperfecto- para generar y concretar normas de *jus cogens*¹¹⁴. Además, entienden que por el hecho de no ser derogables no las hace superiores ya que una norma concreta de *jus cogens* no es superior a otra que deviene de ella o la implementa como en el derecho interno. Su contenido es autónomo y completo por lo que no cabe hablar de superioridad o inferioridad. Además, observan que, “cambiar la norma válida del *jus cogens* por medio de una costumbre parece imposible (...), ya que cualquier acto, contrario al *jus cogens*, sería incompatible con él e ilegítimo”. Indudablemente, los autores confunden “modificación” con derogación y abrogación.

Los crímenes internacionales ya perfilados, determinados, han ido construyéndose en la conciencia de la humanidad, determinándose en su contenido, particularmente desde las labores sobre responsabilidad internacional de Roberto Ago.

La CDI en el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados de 1976 había incorporado una lista ejemplificativa de crímenes (hechos en violación a obligaciones

¹¹² Art. 39 de la carta de la ONU: *“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.*

¹¹³ ONUF, N.G. - BIRNEY, R. K. “Peremptory norms of international law: their source, function and future”, 4 *Denver JIL and Policy*, 1974 p. 187 y ss., 193.

¹¹⁴ El 19 de julio de 2006, la AG NU adoptó por consenso la res. 70/291 (Estrategia Global Antiterrorista), considerada pilar básico de la estrategia internacional contra el terrorismo.

internacionales esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional). Incluyó en la enunciación a la agresión; al establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; a la esclavitud, al genocidio y al apartheid; a la contaminación masiva y deliberada de la atmósfera o de los mares. Esa lista se mantuvo hasta el Proyecto de 1996, tal como lo hacemos presente más adelante¹¹⁵.

Ello nos da por resultado las siguientes normas de *jus cogens*: *la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión¹¹⁶; * la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial¹¹⁷; * la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio¹¹⁸; * la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra¹¹⁹; * la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad¹²⁰; *la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión

¹¹⁵ Más adelante, el Proyecto de la CDI sobre *Identificación de normas consuetudinarias* de la CDI de 2018 especificó en el art. 23. *Lista no exhaustiva. Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus*. En calidad de Anexo citó a) La prohibición de la agresión; b) La prohibición del genocidio; c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad; d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario; e) La prohibición de la discriminación racial y el apartheid; f) La prohibición de la esclavitud; g) La prohibición de la tortura; h) El derecho a la libre determinación.

¹¹⁶ Esta norma es, tal como lo señaláramos con anterioridad, necesariamente de *jus cogens*, ya que de lo contrario estaríamos negando la existencia del derecho internacional como tal.

¹¹⁷ Las Resoluciones 2131 (XX), 2625 (XXV), 3314 (XXIX) de la AG NU, con peso de normas consuetudinarias en buena parte de sus disposiciones, establecen, por un lado, una excepción a la proscripción del uso de la fuerza cuando se trata de pueblos sometidos a dominación por la fuerza y, por otro, establecen el deber de los Estados de abstenerse de cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación a los pueblos sometidos. Ello es sistemáticamente coherente ya que los Estados no son protegidos por ser Estados sino por ser los sujetos internacionales que representan a los pueblos organizados. De allí que las normas relativas a la proscripción de la agresión interestatal, tienen su correlato en la proscripción del uso de la fuerza contra un pueblo para mantener su sometimiento (V. nuestro trabajo “Kosovo y la ‘Legalidad’ de la Acción Militar de la OTAN”, *Seminario sobre el Mantenimiento y el Restablecimiento de la Paz en el Orden Internacional Actual*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, octubre 2001) obtenible en www.acaderc.org.ar

¹¹⁸ Más allá de que la CIJ en su dictamen relativo a las reservas haya señalado que la proscripción del genocidio no era norma de derecho internacional general (CIJ, *Recueil 1951*, p. 24) y que simplemente constituía un *delictum juris gentium*, particularmente debido a *que su juzgamiento sólo podía efectuarse por los tribunales internos* (y corte penal internacional en caso de constituirse), su inclusión entre los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998) lo transforma formalmente en un crimen. Por otra parte, lo es por razones puramente lógicas, ya que la generalización del genocidio entrañaría el fin del género humano.

¹¹⁹ Tal el caso de ciertas normas de los Cuatro Convenios de Ginebra: v.g. los Arts. 50 (I), 51 (II), 130 (III), 147 (IV).

¹²⁰ Por las características de ataque generalizado y sistemático implica uso de la fuerza y desprecio por la vida humana, actos equivalentes al genocidio a excepción de su objetivo.

sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid¹²¹; *la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud¹²²; *la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares¹²³. Es de observar que cualquiera de los crímenes enunciados en el párrafo anterior conlleva la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales, de la comunidad internacional.

Hablamos de sanción tanto al Estado como al individuo que lo ha cometido. Si bien, en estos últimos años, en doctrina y jurisprudencia, se ha desarrollado más la responsabilidad individual, no considerándose viable la sanción penal al Estado. Sin embargo, caben ciertas consideraciones en contrario. Uno de los ejemplos más visibles de sanción penal a un Estado a través de distintas medidas es el de Irak por su ocupación de Kuwait, las de Alemania por la II Guerra Mundial, entre otros ejemplos.

Diferentes tipos de responsabilidad por ilícito internacional se hacen fácilmente observables en los distintos planos de relación. Por ejemplo: 3

- reclamación tradicional interestatal ante la CIJ (u otro tipo de tribunal), como es el caso del Asunto Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, que se dirimió ante la Corte Internacional de Justicia y en el cual Bosnia-Herzegovina demandó a Yugoslavia;
- juzgamiento de las personas imputadas por crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra)¹²⁴ conforme al Estatuto del Tribunal Penal

¹²¹ Si bien la palabra “apartheid” nos sugiere sólo la idea de “segregación”, “separación”, el crimen de apartheid por el sojuzgamiento (uso de la fuerza en la dominación de un grupo racial sobre otro) nos lleva a situación equivalente a la manutención por la fuerza de una dominación colonial (en este caso, colonialismo interno). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>

¹²² Un Estado que tolerara la esclavitud, no sólo aceptaría el sometimiento de un hombre a otro por la fuerza, sino manifestaría desprecio hacia el ser humano como tal, llevándonos a situación equivalente a la del crimen de lesa humanidad.

¹²³ Tal acción puede implicar consecuencias equivalentes a los de la agresión, el genocidio, el crimen de lesa humanidad o el crimen de guerra. ya que los daños podrían tener efectos equivalentes a los de una incursión armada, a los de una destrucción de grupo nacional, étnico, racial o religioso, al exterminio con arma mortífera particular. V. nuestro trabajo “El dolo deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Lecciones y Ensayos*, N° 78, Buenos Aires-Ginebra, 2003, pp. 265 296.

¹²⁴ Esos tres crímenes fueron receptados con tipo equivalente también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (creado por el Res. del Consejo de Seguridad 955/1994) y otros tribunales *ad hoc* y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, instrumento este último que tras la Conferencia de Kampala de 2010 (resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010) activó el crimen de agresión ya previsto en el Estatuto de 1998 en el art. 8 bis: *Artículo 8 bis Crimen de agresión 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas*

Internacional ad Hoc para la ex Yugoslavia (creado por Res. 827/1993 del Consejo de Seguridad/CS).

Ello, en la percepción de Ago¹²⁵, implica una “doble sanción” para el Estado ya que, por una parte, él debe dar satisfacción a través de los medios tradicionales de reparación frente a las reclamaciones (v.g.: haciendo cesar el ilícito, restituyendo en naturaleza, reparando por equivalente, dando satisfacción al Estado víctima y/o a las víctimas, dando garantías de no repetición), pero, por otra parte, se castiga también al Estado en la persona de los individuos que cometieron los gravísimos actos. Esta “doble sanción”, se produce al ver sustraído un súbdito suyo de su jurisdicción y llevado a los estrados internacionales. Precisamente, una de las consecuencias que la doctrina adjudica a la diferencia entre delitos y crímenes internacionales es que, en estos últimos, a más de la responsabilidad del Estado existe la del individuo. La persona física que cometió el crimen no puede escudarse tras el Estado, ya que se trata de violaciones a obligaciones *erga omnes*, contra la comunidad internacional en su conjunto (en la mayoría de los casos, *jus cogens*, es decir normas imperativas), las que, por su condición misma, trascienden la obediencia que el Estado impone a sus súbditos. Al mismo tiempo, el Estado no puede eximirse de responsabilidad internacional por el hecho de que los criminales hayan sido internacionalmente sancionados.

Si bien, aparentemente, se ha abandonado la distinción entre crimen internacional (de Estado u Organización Internacional) y crimen *de derecho*

armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Artículo 15 bis. Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, propio motu) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 25. 3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

¹²⁵ Ago ya había adelantado la distinción en 1939 (“Le délit international”, *RCADIH*, 1939-II, Vol. 68. p. 415), cf. PELLET, Alain. “Can a State commit a Crime? Definitely, Yes!”, *EJIL*, 1999-2, pp. 425-434.

internacional (individuo), en estos últimos tiempos ha ido reforzándose un retorno a la idea de complementariedad de esos dos tipos de responsabilidad, complementariedad reconocida tanto por la CDI en el artículo 58 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por hecho ilícito de 2001) (“*Artículo 58. 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*”) como por el Estatuto de la Corte Penal internacional en el 25.4 (“*25.4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*”). Así, Pellet¹²⁶, a más se pregunta desde el mismo título de uno de sus trabajos si puede el Estado cometer crimen, respondiendo que “definitivamente, sí”. Considera, además, que la distinción entre delitos (violaciones al DI) y crímenes (las más graves violaciones al DI) cometidos por Estados o atribuibles a ellos es imprescindible que se mantenga por ser indiscutiblemente necesaria, independientemente, que la palabra “crimen” pueda ser modificada por otra. El genocidio no es un delito común, una simple violación, ya que es una amenaza para toda la sociedad internacional como conjunto aun cuando se lleve sobre grupo determinado.

Por su parte Elise Hangsbury hace presente que se está produciendo un renacer de la idea de crimen estatal o del sujeto jurídico¹²⁷.

Por nuestra parte a más de sostener desde larga data la doble sanción en caso de violaciones al *jus cogens*, insistimos en la necesaria relación entre consecuencias de una violación de norma imperativa de derecho internacional general y el rol del CS en materia de paz y seguridad internacionales a la hora de regular la responsabilidad de este tipo de violación.

Dire Tladi, Relator del “*Proyecto de la CDI sobre jus cogens*”, señala que el *jus cogens* ha sido considerado como tal en numerosos fallos de la CPJI y de la CIJ, al igual que en las opiniones separadas y disidentes de varios jueces y refiere una lista incompleta de ellos¹²⁸.

Esta relación ha sido tomada en consideración en su debida forma ya en 1948 en el *Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* -tal como lo

¹²⁶ PELLET, A. “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, Ob. Cit.

¹²⁷ HANSBURY, Elise. “Le juge interaméricain et le ‘*jus cogens*’”, Ob. Cit.

¹²⁸ *I.a. Oscar Chinn case*, P.C.I.J. Series A/B, No. 63 (1934) (separate opinion of Judge Schücking) p. 149; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (the Netherlands v. Sweden) ICJ Reports 1958, 55 (separate opinion of Judge Moreno Quintana) pp. 106 et seq.; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3 (separate opinion of Judges Padilla Nervo and Sörensen) pp. 97 and 248; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3 (dissenting opinion of Judge Tanaka), at p. 182; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain) (Second Phase) ICJ Reports 1970,3 (separate opinion of Judge Ammoun), at p. 304; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, 14 (separate opinion of President Nagendra Singh) p. 153; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, 14 (separate opinion of Judge Sette-Camara) pp. 199 et seq; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) ICJ Reports 1993, 325 (separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht) p. 440; *Legality of Use of Force* (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures, ICJ Reports 1999, 916 (dissenting opinion of judge ad hoc Kreča) pp. 53-61, paras. 10–17; *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) ICJ Reports 2002, 3 (dissenting opinion of Judge AlKhasawneh) p. 95, para. 3; *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) ICJ Reports 2003, 161 (separate opinion of Judge Buergenthal), para. 23 (...). Annex A/69/10 (egal.un.org/ilc/Reports/2014/english/annex.pdf).

señaláramos- al establecer ese Convenio en su Art. 8 el derecho de toda Parte contratante a recurrir a los “órganos competentes” de las Naciones Unidas, a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la “prevención y represión” de actos de genocidio o de cualesquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3. Sin duda alguna, el artículo se refiere a la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, ya que las Naciones Unidas y sus órganos se ocupan de relaciones interestatales y no interpersonales de los individuos de los Estados Miembros de la ONU. Creemos que, erróneamente, ha afirmado el Juez Kreća en su opinión disidente en el Asunto relativo a la *Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio* (Bosnia Herzegovina v. Serbia y Montenegro) (2007) que sólo el Art. 9 de la referida Convención, de neto corte procesal, hace referencia a la "responsabilidad de un Estado" por genocidio y que todos los otros artículos se refieren a la responsabilidad de los individuos perpetradores del crimen. El referido Juez ha omitido considerar el Art. 8, que dispone la sanción y “represión” del Estado responsable de genocidio por los órganos competentes de las Naciones Unidas. Es decir, la sanción al Estado como sujeto jurídico se lleva por doble vía: * por órganos de las NU y * por tribunales penales internacionales (cuando el Estado no ha sancionado a los individuos criminales).

La Convención compromete al Estado a castigar con sanciones penales -a través de tribunal competente de su propio Estado- a las personas culpables. Se supone que no ha de ser el propio gobierno que permitió, favoreció, instigó, toleró desde la acción de gobierno que los crímenes se cometan el que vaya a ser el que tenga voluntad o habilitación moral para emprender esos juzgamientos. Por ello, es de creer que el dispositivo de la Convención presupone que el gobierno responsable de genocidio ha caído.

La otra posibilidad que contempla la Convención es el juzgamiento de los individuos perpetradores de los crímenes a través de una corte penal internacional *que sea competente respecto de los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción*.

En este caso, podría tratarse del mismo gobierno responsable por los hechos genocidas o del que lo ha sucedido y que acepta esa jurisdicción voluntaria y separadamente del Convenio sobre la Prevención y Sanción del Genocidio, tal como lo establece el propio Convenio en sus Arts. 5 y 6. Debe tenerse presente que este juzgamiento por tribunal penal responde a una situación distinta a la señalada en el párrafo precedente, en la que el juzgamiento de los individuos constituye una sanción al Estado.

La dual sanción: al Estado y al individuo, tal como lo señaláramos en otros trabajos, responde al criterio de que la “sanción internacional” al individuo es una forma de sanción “penal” al Estado responsable al sustraer de su jurisdicción a un nacional y someterlo a juzgamiento, aun contra su voluntad. Es de tener presente que muchos criminales, v.g.: Milošević, Karadžić, Mladić han sido considerados héroes de la patria y -oculta o visiblemente- apoyados por la mayoría de su pueblo, lo que, en definitiva, por acción u omisión, resultó el factor determinante que alentó y tornó fácticamente posible la perpetración de los hechos criminales. La máxima *societas delinquere non potest* no resulta convincente ya que las violaciones masivas, sistemáticas, organizadas sólo pueden ser fruto del colectivo (material y espiritual). Así ha sido entendida la situación en el proceso de Nuremberg al sancionarse a la persona como individuo y como parte del colectivo y al Estado con la ocupación y las sanciones económicas.

La sanción penal que se refiere a individuos y a la sanción al Estado en caso de haber revestido los criminales calidad de funcionarios o personas en rol tal que se le

atribuyan esos actos al Estado¹²⁹ ha sido receptada tanto en el art. 58 del proyecto sobre responsabilidad de 2001 (*responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*) como en el Estatuto de la CPI en su art. 25.4 (*responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*) a los que nos refiriéramos. Hemos sostenido esta concepción por más de treinta años. Con satisfacción encontramos otros doctrinarios con similar posición, tal el caso de Rafaëlle Maison al manifestar que la responsabilidad individual es “una especial consecuencia prevista para el régimen de responsabilidad agravada emergente de crímenes del Estado”¹³⁰.

Es de observar que, en contradicción a ello, el Capítulo III del proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional del estado por hechos ilícitos de 2001, referido a las “*Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general*”, fue vaciado de contenido. Decimos “vaciado” ya que el Capítulo III sólo consta de dos artículos sin sustancia conceptual propia: Arts. 40 y 41¹³¹. El Art. 40, en el párrafo primero se limita a reiterar el título del Capítulo y en el párrafo segundo sólo enuncia un elemento característico -si bien insuficiente- de todas las figuras conocidas y aceptadas de violación de norma imperativa: la flagrancia y la sistematicidad.

¹²⁹ El proyecto de la CDI de 2001 entre los artículos 4 y 11 regula los casos de atribución al Estado de los hechos ilícitos. Así el art. 4 establece:

Art. 4. Comportamiento de los órganos del Estado

1. *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.*

2. *Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.*

En los artículos siguientes, también se atribuye al Estado el *comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público, el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado, aun cuando esas personas se hayan extralimitado. También se atribuye el comportamiento bajo la dirección o control del Estado, el comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole en ciertas circunstancias, el comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.* (El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio).

¹³⁰ V. MAISON, R. *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, pp. 368 y ss.

¹³¹ *Capítulo III Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general.*

Artículo 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.*

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

El art. 41, referido a las “*Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo*”, de conformidad a la rúbrica del artículo, no considera en absoluto la cuestión que anuncia. Se supone que las “consecuencias particulares” son las que surgen de la violación de la norma principal por parte del violador y con relación a él. Sin embargo, sorprendentemente, el proyecto hace surgir *obligaciones sustantivas* (ajenas a la responsabilidad) para terceros inocentes (peor aún, dañificados *in stirpes* por la grave violación al derecho internacional). Así, el párrafo primero establece: “Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40”. Es de observar que el párrafo no enuncia ni una “consecuencia” para el violador, ni una norma secundaria, sino que enuncia una norma primaria, endonorma, dirigida a los Estados en general, no comprometidos con la comisión del acto violatorio, es decir, víctimas inocentes en tanto violación de normas *jus cogens* que son *erga omnes*.

Asombrosamente, el artículo proyectado no se anima ni a señalar con quién deben “cooperar” los Estados. Más aún, desconociendo la supremacía de la ONU en materia de paz y seguridad, el “*Texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones*”, en el párrafo 2 del comentario al artículo de referencia (p. 310) señala que la cooperación podría darse en el marco de una “cooperación no institucionalizada”.

El párrafo 2 del Art. 41, al igual que el párrafo primero no enuncia una “consecuencia”, una norma secundaria, sino una endonorma dirigida nuevamente a terceros Estados inocentes: “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”.

Siguiendo con las incoherencias y faltas de sentido lógico, el párrafo tercero expresa: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las *demás consecuencias* enunciadas en esta parte y de *toda otra consecuencia* que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”. Resulta admirable la referencia a “demás consecuencias” y “toda otra consecuencia” cuando el párrafo no enuncia ninguna. Simplemente, delega *in abstracto* en el “derecho internacional” (como si el proyecto fuera ajeno a ese derecho) el tema de las consecuencias especiales para el violador de una obligación de *jus cogens* (responsabilidad), tema que debió haber sido -por la importancia de la norma primaria vulnerada- uno de sus principales cometidos.

Esas deficiencias estructurales, metodológicas y lógicas han llevado a incoherencias en otras partes del proyecto. Así, por ejemplo, el Artículo 48 (contradiendo al art. 42¹³²), se refiere a la *Invocación de la Responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado*, estableciendo:

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:*

¹³²V. *infra*.

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.*

El solo hecho de hablar de “derecho a reclamar por parte de los Estados no lesionados” está en contradicción con el propio texto del artículo ya que si en el párrafo uno señala que “*la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte*”, o *la obligación violada existe con la comunidad internacional de la que el Estado forma parte*, mal puede considerarlo “no lesionado”. Entendemos que la expresión “Estado lesionado”, de conformidad al sentido del propio artículo, indica al “lesionado *in capita*”; el llamado “no lesionado” se refiere al “lesionado *in stirpes*”. Ese lesionado *in stirpes* sólo puede tener derecho a reclamar conforme la lesión sufrida, es decir, la cesación de la violación, el otorgamiento de seguridades y garantías de no repetición. Mal podría él transformarse en el “intérprete”, “gestor” o “impositor” del interés del lesionado *in capita*. Demás está decir que resulta grotesco hablar de “beneficiarios” de la obligación violada (como lo hace el art. 48.2.b) del Proyecto) cuando se trata de violaciones del tipo del genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc. Similar situación se da con el contenido del Art. 54 referido a contramedidas. Por otra parte, el artículo está en colisión con lo establecido por el propio Proyecto en su Art. 1, el que establece:

Art. 1: *“Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.*

También resulta incoherente el proyecto con relación al Art. 42, el que expresa:

Art. 42: *“Invocación de responsabilidad por el Estado lesionado. Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: (...) b) Con relación (...) a la comunidad internacional en su conjunto (...)”.*

Si se señala que en caso de ilícito con relación a la comunidad internacional en su conjunto todo Estado es considerado “lesionado”, ¿cómo puede haber Estados “no lesionados” (“distintos al lesionado”) para los artículos 48 y 54?

La larga puja entre objetivistas y subjetivistas deja ver en estas contradicciones la imposibilidad de conciliar dos percepciones del derecho antagónicas, tal como lo intentó Crawford. La tesis grociana que refiriéramos al inicio de este trabajo: “Los soberanos tienen el derecho a exigir castigo no sólo con relación a los perjuicios sufridos por ellos o sus súbditos, sino también en base a los perjuicios que no los afectan directamente pero que violan en exceso las leyes de la naturaleza o de las naciones con relación a cualquier persona en cualquier lugar”, sigue hoy enfrentándose a la vatteliana y anzilottiana, que sostienen centralmente que la igualdad soberana de los

Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). Sólo las violaciones a un verdadero derecho subjetivo son reclamables de Estado a Estado.

Esa percepción también se observa en las sentencias de la CIJ de 1996 y 2007 en el Asunto relativo a la *Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro). Así, *i.a.* en la sentencia de 20 de febrero de 2007, párrafo. 179, la Corte expresa: “(...) *habiendo considerado varios argumentos, (la Corte) afirma que las Partes Contratantes están obligadas bajo el Convenio a no cometer genocidio ni otros actos enumerados en el Art. III del Convenio, a través de sus órganos, personas o grupos cuya conducta le es atribuible. Por consiguiente, si un órgano del Estado, persona o grupo cuyos actos legalmente sean atribuibles al Estado, comete cualquier acto de los proscriptos por el Art. III del Convenio, este Estado habrá incurrido en responsabilidad internacional*”. A pesar de ello, en su sentencia de 20 de febrero de 2007 consideró que Serbia había faltado a su “obligación de prevenir el genocidio” en Srebrenica, pero estimó suficiente sanción para Serba la sola entrega de los criminales al Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia y dar garantías de no repetición.

Es de observar que “dar garantías de no repetición”, en sustancia, no puede considerarse una forma de reparación, es la mera recordación de una condición ineludible y permanente: la obligación de cumplir las normas primarias. En consecuencia, el Tribunal ha considerado que el ilícito de Serbia como Estado (“violación de la obligación de prevenir el genocidio”) se da por reparado con el cumplimiento de la única sanción enunciada: la sanción a los individuos perpetradores del hecho. Sanción al individuo como modo de sancionar al Estado (la antigua percepción del proyecto de Ago de doble sanción). Creemos que la decisión de la Corte que pone en evidencia la doble sanción ha sido muy difícil para los jueces, los que en su mayoría doctrinariamente y por años, se pronunciaron en contra de esa posición. Tal como lo señaláramos *supra*, si las normas imperativas de *jus cogens* sólo reclaman la responsabilidad del individuo se premia al Estado en lugar de aplicarle una sanción calificada por la gravedad del hecho que ha permitido o colaborado a que se concrete.

Hacen presente Onuf y Birney en el trabajo referido *supra* que la Comisión de Derecho Internacional, en su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, señaló que “(...) una modificación de una regla del *jus cogens* se realizaría hoy muy probablemente mediante un tratado multilateral general”, sin embargo, consideran que es una solución falsa, ya que las convenciones no crean normas perentorias por derecho propio (solo podría serlo en la medida que las partes reflejaran en la convención que codifican norma consuetudinaria, la cristalizan o establecen en virtud de una costumbre instantánea (salvaje).

De nada sirve que un instrumento adjudique el valor de *jus cogens* a un principio o declaración, por el solo hecho de su aceptación por los Estados más o menos numerosa. La norma de *jus cogens* debe tener un tipo de construcción que por su contenido no admita acuerdo en contrario. Por ejemplo, los Estados en desarrollo hicieron incluir un párrafo en la *Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Principios de que rigen los Fondos Marinos y Oceánicos y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional* (Res. 2749 (1970) que declara al principio de patrimonio común de la humanidad de la Zona norma de *jus cogens*. Dado que los Estados miembros de Naciones Unidas o ahora Estados parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar podrían arbitrar otra figura dominial para los Fondos Marinos y Oceánicos en una nueva Convención, posibilidad que no responde a

la inderogabilidad, como tampoco un cambio en la condición de patrimonio común de la humanidad afectaría la existencia de la comunidad internacional en su conjunto. A nuestro criterio, el *jus cogens* importa la proscripción de actos que afecten la subsistencia de la comunidad internacional como tal. Aunque los actos afecten a un número reducido de individuos o sujetos internacionales, si generalizados pueden destruir a la humanidad/comunidad internacional, deben ser considerados violaciones al *jus cogens*.

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

190. A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that "the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens (paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-11, p. 247). Nicaragua in its Memorial on the Merits submitted in the present case States that the principle prohibiting the use of force embodied in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations "has come to be recognized as jus cogens". The United States, in its Counter-Memorial on the questions of jurisdiction and admissibility, found it material to quote the views of scholars that this principle is a "universal norm", a "universal international law", a "universally recognized principle of international law", and a "principle of jus cogens".

Suele considerarse en la doctrina si los tribunales internacionales tienen facultad para crear una norma de *jus cogens*. De los trabajos de la CDI no se deduce esa posibilidad, sin embargo, el artículo 66 de la CVDT establece un procedimiento ante la CIJ (que puede someter una sola de las partes en el diferendo transcurrido cierto tiempo sin resolverse el mismo si el caso constituye “una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación” de los artículos relativos a las normas de *jus cogens* (arts. 53 y 64 de la CVDT). Creemos que el alcance que tiene la CIJ al respecto es el de identificar si una norma goza de tal carácter, pero no puede “crear” una norma imperativa.

Sin embargo, la inquietud en torno a la función de los tribunales se ha viralizado como consecuencia de las decisiones activistas que han adoptado ciertos tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³³, a más de órganos cuasijurisdiccionales de derechos humanos.

¹³³ Especialmente por la incorporación al *jus cogens* de la desaparición forzada de personas, la discriminación, la desigualdad. V. i.a. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC. N° 18 relativa a la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003. V. asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005); *Caso Yatama c. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); *Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia* (Sentencia del 15 de septiembre de 2005); *Caso Servellón García y otros c. Honduras* (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); *Caso Goiburú y otros. c. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); *Caso Almonacid Arellano et ál. c.*

Elise Hangsbury¹³⁴ se pregunta: en ausencia de un poder legislativo centralizado en el ámbito internacional, ¿cuáles son los actores del sistema autorizados para hablar en nombre de la comunidad internacional para revelar el contenido y la existencia misma de la norma? Considera que la propia recepción del *jus cogens* en la CVDH ha dado un rol especial a la CIJ. Sin embargo, observa que la CIJ ha sido reticente, poco dispuesta a hacer valer sus facultades de acuerdo a la jerarquía que el *jus cogens* tiene en el sistema, dejando la puerta abierta a otras jurisdicciones para que lo hagan, lo que puede tornarse anárquico y contrario al objetivo de la CVDT, si bien, en estos últimos tiempos ha “resucitado” al viejo crimen de Estado¹³⁵. Hace presente que son los tribunales penales y los derechos humanos los que han tomado la avanzada en el tema. Ambos tipos de tribunales han incursionado en la responsabilidad agravada y de doble sanción. Los tribunales de derechos humanos por la identificación, juzgamiento y sanción penal de la persona del infractor a través del Estado como modo de reparación a

Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 26 de septiembre de 2006); Caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006). Caso *La Cantuta c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso de la *Masacre de La Rochela c. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); Caso *Perozo y otros. c. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso *Ríos et ál. c. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso *Anzualdo Castro c. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); Caso *Dacosta Cadogan c. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009); Caso *González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009); Caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009); Caso de la *Masacre de las dos Erres c. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009); Caso *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* sentencia de 26 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay* sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia* sentencia de 1 de septiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Vélez Loor c. Panamá* sentencia de 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso *Gelman c. Uruguay* sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones); Caso *Torres Millacura y otros c. Argentina* sentencia de 26 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Contreras y otros c. El Salvador* sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Fleury y otros c. Haití* sentencia de 23 de noviembre de 2011 (fondo y reparaciones); Caso *Familia Barrios c. Venezuela* sentencia de 24 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Atala Riffo y niñas c. Chile* sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas); Caso *González Medina y familiares c. República Dominicana* sentencia de 27 de febrero de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala* sentencia de 4 de septiembre de 2012 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso *Masacres de el Mozote y lugares aledaños c. El Salvador* sentencia de 25 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas); Caso *García y familiares c. Guatemala* sentencia de 29 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Osorio Rivera y familiares c. Perú* sentencia de 26 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); etc. V. HANSBURY, Elise. *Le juge interaméricain et le “jus cogens”* (<http://books.openedition.org/iheid/390>). La autora señala “*La Cour interaméricaine s’érige ici en véritable juge international en consacrant la nature impérative d’une norme de droit international général (...)*”.

¹³⁴ HANSBURY, Elise *Le juge interaméricain et le “jus cogens”*, Ob. Cit.

¹³⁵ Así, Cançado Trindade, en opinión separada en el *Case of the Plan de Sánchez Massacre c. Guatemala*, expresa: “*How can the existence of State crime be denied?(...)*”. V. asimismo, MÉGRET, Frédéric. *Le renouveau de la notion de crime d’Etat devant la Cour interaméricaine: San José reprend le flambeau abandonné à Genève et négligé à La Haye?*, A. Pedone, Paris, 2009.

más de la tradicional responsabilidad estatal como ente jurídico. Los tribunales penales a más de la sanción penal han implementado reparaciones económicas.

En 1996, la *Opinión Consultiva de la CIJ sobre la legalidad del uso o amenaza del uso de armas nucleares* creó la expresión “principios intransgredibles del derecho humanitario”¹³⁶. De todos modos, la CIJ tanto en el caso *Acciones Armadas en el territorio de Congo (República Democrática de Congo y Ruanda)* como en el Caso de la *obligación de juzgar o extraditar (Bélgica v. Senegal)* a los que ya nos refiriéramos, ha entendido que el hecho de que una violación sea de carácter *jus cogens* no provee base para la jurisdicción de la Corte la que se funda en el consentimiento de las partes, dejando de lado al art. 38 de la CVDT que establece: 38. *Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal*”¹³⁷ y el art. 66 de la CVDT que establece: “*Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje (...)*”.

El juez Ad Hoc Dugard en opinión separada en el caso de las *Acciones Armadas en el territorio de Congo (República Democrática de Congo y Ruanda)* se centró en la dimensión contextual del *jus cogens*, dedicando toda una sección de su opinión al “*jus cogens* en el litigio internacional”. Habiendo precisado que “la decisión judicial es esencialmente un ejercicio de elección”, dado que los jueces tienen que optar a menudo por una solución en lugar de otra cuando las voces están divididas, Dugard sostuvo que los jueces deben ser guiados en la toma de decisiones tanto por principios, identificados como “proposiciones que describen derechos”, y políticas, a saber, “proposiciones que describen metas”. Esto ayudaría a mejorar la eficacia y la integridad del derecho internacional, promoviendo soluciones coherentes con los objetivos generales del ordenamiento jurídico internacional. Según Dugard, las normas perentorias “son una mezcla de principios y políticas” y gozan de superioridad jerárquica con respecto a otras normas del derecho internacional. Esto es así porque no sólo afirman altos principios del derecho internacional, que reconocen los derechos más importantes del orden internacional, sino que también “dan forma jurídica a las políticas o metas más

¹³⁶ ICJ Reports 1996, para. 79.

¹³⁷ En su 63º período de sesiones (2011), la CDI decidió incluir el tema titulado “*Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*” en su programa de trabajo a largo plazo, al que luego denominó “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo actual y designó a Sir Michael Wood, Relator Especial. La Comisión ha considerado que la mera ausencia de práctica no excluye necesariamente la existencia de un derecho o de una facultad con arreglo al derecho internacional consuetudinario general. Para determinar la *opinio juris sive necessitatis*, la CDI menciona ejemplificativamente una lista de materiales fuente: las posturas de los Estados ante organizaciones internacionales (entre otras, observaciones escritas y respuestas a cuestionarios) o conferencias internacionales; las decisiones de tribunales internos; las declaraciones y exposiciones ante tribunales internacionales; las estipulaciones en convenios arbitrales; la práctica y las notas diplomáticas; la conducta real de un Estado (frente a sus posturas declaradas); la práctica convencional de un Estado; la práctica convencional multilateral; y diversos instrumentos internacionales. Recuerda que, en ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia.

fundamentales de la comunidad internacional". Dado que "las normas del *jus cogens* promueven principios y políticas [...] inevitablemente desempeñan un papel dominante en el proceso de elección judicial". Dugard niega -al igual que el pronunciamiento de la CIJ- que las normas perentorias puedan imponerse a una norma de derecho internacional general universalmente reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, como es el principio de consentimiento a la jurisdicción de la Corte. Esto sería, según Dugard, un "puente demasiado lejano" y habría sobrepasado los límites que la comunidad de Estados (en el Estatuto de la CIJ, del que son parte todos los miembros de la ONU, y forma parte de la propia Carta de la ONU) debe imponer al funcionamiento de las normas imperativas. Al argumentar Dugard, parece proponer una interpretación autorizada y proporcionar más especificaciones de lo que el Tribunal en su conjunto tenía la intención de decir. La doctrina ha entendido que el análisis del juez Dugard señala el camino más prudente. Según el citado jurista el *jus cogens* no puede barrer todo. No puede aplicarse independientemente del contexto y el orden jurídico ante el cual se quiere hacer valer. Debe haber límites. Y, sin embargo, sería una derrota para la comunidad internacional deshacerse del concepto en su totalidad, renunciando a la construcción difícil, pero en última instancia exitosa de los valores comunitarios. El paradigma de inderogabilidad y su aplicación mecánica pueden producir efectos antisistémicos y eventualmente poner en peligro incluso el papel que el *jus cogens* puede desempeñar en su carácter simbólico.

IV. Reflexión final

En resumen, la justificación del *jus cogens* a través de los siglos se ha fundado en la necesidad material y espiritual de proteger desde el centro, desde el núcleo duro del consenso global, los más altos valores de la sociedad. Esos valores importan intereses que trascienden el interés individual de los Estados y hacen a la propia subsistencia de la comunidad mundial. Esos bienes máximos a conservar son: *la base individual de la comunidad internacional (la vida en integridad del ser humano que proscribe el asesinato como práctica general, sistemática, requiriendo que, en caso de conflicto armado, se respeten básicos tratos de humanidad), *la base grupal (que consagra el derecho a la existencia de grupos humanos de diversa cultura, conformación étnica o racial, y su derecho a la libre determinación, proscribiendo el genocidio y el sojuzgamiento por la fuerza de un pueblo o nación por otro), *la base humana organizada en Estado (que consagra la soberanía de los Estados y proscribe la agresión). Es el *jus necessarium omnium*, reconocido por todos, no sólo por razones éticas y morales o de sensibilidad humana frente al sufrimiento, sino lógicas, en tanto su irrespeto generalizado conllevaría la desaparición del ser humano y de su organización social a toda escala. De allí que, cuando las normas pretenden humanizar las relaciones humanas extendiendo el *jus cogens* a cada vez mayor número de situaciones -no todas ellas de entidad suficiente como para poner en peligro las bases de la sociedad internacional- más que consolidar al instituto, lo debilitan, poniendo en peligro el reconocimiento de su misma existencia.

La invocación del *jus cogens* por parte de los jueces ha aumentado, incluido su reconocimiento explícito por parte de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, regionales y nacionales. Algunos doctrinarios observan que el hecho que el *jus cogens* sea una norma aceptada por toda la comunidad internacional en su conjunto, lo lleva al *common law*, a la costumbre y a la decisión judicial. El hecho que el *jus cogens* deba ser reconocido por la comunidad internacional

en su conjunto lo lleva a los principios generales, al sistema constitucional internacional, a las generalizaciones jurídicas.

Jules Coleman considera que lo que distingue a los positivistas de los dworkinianos y los naturalistas es la afirmación de que todos los criterios de legalidad son convencionales. Sin embargo, no deja de reconocer que todos los positivistas se han visto forzados a admitir que, a veces, la moral puede ser una condición de la legalidad (los principios actuando como instrumentos correctivos al servicio de la justicia)¹³⁸.

El enraizamiento del *jus cogens* en la norma consuetudinaria, en los principios generales e incluso en las normas convencionales o la decisión judicial activista, sigue dejando en sombra la segura determinación de las normas imperativas.

El misterio continúa y la magia de su aplicación flota aún sobre en el Derecho internacional, permitiendo afirmar que el *jus cogens* sigue siendo un tópico inacabado.

¹³⁸ COLEMAN, J.L. *The practice of principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2001 (Lecture Twelve “Normativity and Naturalism”).