



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL, EL *IUS COGENS* Y LAS OBLIGACIONES

ERGA OMNES

El ius cogens como única fuente de las obligaciones erga omnes

Memoria para acceder al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Diego Antonio Ibañez Bruron

Profesora Guía: María Teresa Infante Caffi

Santiago de Chile

Abril de 2008

DEDICATORIA

A mis padres

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por la paciencia

A mis amigos, por lo mismo

A la Profesora María Teresa Infante Caffi, además, por la buena voluntad.

TABLA DE CONTENIDOS

<u>PORTADA</u>	i
<u>DEDICATORIA</u>	ii
<u>AGRADECIMIENTOS</u>	iii
<u>TABLA DE CONTENIDOS</u>	iv
<u>RESUMEN</u>	vii
<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
I. <u>EL IUS COGENS</u>	3
1. Concepto e Historia del <i>ius cogens</i>	3
2. Evolución del concepto <i>ius cogens</i> en el Derecho General.....	4
3. Evolución del <i>ius cogens</i> en el Derecho Internacional.....	6
4. Características de las normas de <i>ius cogens</i>	9
5. Fuentes del <i>ius cogens</i>	11
6. El <i>ius cogens</i> y su relación con los ordenamientos internos.....	15
7. Contenido del <i>ius cogens</i> y su determinación.....	19
8. Conflicto entre normas imperativas.....	22
9. Relación entre el <i>ius cogens</i> y los principios generales del Derecho Internacional.....	25

II. <u>LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES</u>	28
1. Naturaleza y características.....	28
2. La Responsabilidad Internacional y las obligaciones <i>erga omnes</i> . Características y alcances. Los estudios de la Comisión de Derecho Internacional.....	35
3. IDI (Cracovia): “Las Obligaciones <i>erga omnes</i> en el Derecho Internacional”. Ampliación del concepto.....	37
III. <u>LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES EN LA JURISPRUDENCIA</u>	40
1. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Asunto “ <i>Barcelona Traction Light and Power Company Limited</i> ”.....	40
2. Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	43
3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	44
4. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Continuidad de la Presencia de Sudáfrica en Namibia.....	46
5. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado.....	48
<u>CONCLUSIONES</u>	52
<u>GLOSARIO</u>	55
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	58
1. Documentos.....	58
2. Páginas WEB.....	58
3. Textos.....	59
4. Revistas y otros.....	61

5. Jurisprudencia.....	61
1. Corte Internacional de Justicia.....	61
2. Corte Interamericana de derechos humanos.....	62
3. Tribunal Penal para la ex Yugoslavia.....	62
<u>ANEXOS</u>	63
1. Texto Resolución acerca de las obligaciones <i>erga omnes</i> en el Derecho Internacional. Instituto de Derecho Internacional, 2005.....	63
2. Resumen Resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre asunto de la “ <i>Barcelona Traction Light and Power Company Limited</i> ”	67
3. Resumen Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado.....	74

RESUMEN

Las obligaciones *erga omnes*, dentro del Derecho Internacional Público, son una figura de reciente creación, cuya naturaleza y alcance no han sido todavía delimitados. De lo anterior deriva que, dentro del Derecho Internacional no exista aun una estructura lógica, clara y unánimemente aceptada que permita aclarar una serie de interrogantes a su respecto.

Se ha sostenido por algunos autores que las obligaciones *erga omnes* serían una creación original basada en el acuerdo de los distintos sujetos de Derecho Internacional, fijada a través de Tratados, Acuerdos y Convenciones, cuyas características particulares se deben a la voluntad de los Estados en orden a darles, ya constituidas como obligaciones, una jerarquía superior dentro del ordenamiento internacional. Otros han afirmado que tales obligaciones emanarían de diversas fuentes del Derecho Internacional, las que interactuando entre sí darían origen a una figura que posee sus especiales características por el hecho de basarse en la principal de dichas fuentes, el *ius cogens* internacional, cuerpo de normas y principios superiores.

Ni esta ni otras teorías acerca de la naturaleza y origen de las obligaciones *erga omnes* explican de manera contundente sus características tan particulares, lo cual, atendidos algunos acontecimientos ocurridos durante los últimos años (*v.gr.* Invasión en 2003 de Estados Unidos y sus aliados a Irak, Construcción del muro israelí en Cisjordania) hacen vislumbrar los peligros que representa dicha falta de certeza.

El presente trabajo pretende conocer el alcance y naturaleza de las obligaciones *erga omnes*, afirmando que estas no son una creación original ni inédita dentro del Derecho Internacional, sino que, por el contrario, sustentan sus características y su funcionamiento en su naturaleza y origen, esto es, ser la consecuencia de la aplicación práctica del *ius cogens* internacional, su única fuente.

Aunque en comparación con las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* presenta una elaboración jurisprudencial y doctrinaria más avanzada, tampoco existe a su respecto la claridad

necesaria para que por su solo intermedio baste para explicar las características de tales obligaciones. Para esto último, más que establecer a la costumbre internacional como única fuente del *ius cogens* y de ahí explicar sus características, resulta imperativo excluir la voluntad de los sujetos de Derecho Internacional como su fuente directa, limitándola a una función accesoria y prescindible en su creación.

Todo lo anterior pese a lo expresado en la letra b) del artículo 1º de la “Resolución acerca de las Obligaciones *Erga Omnes* en el Derecho Internacional”^a, del Instituto de Derecho Internacional, reunido en Cracovia, Polonia, en el año 2005, que viene de cierto modo a desvirtuar la teoría sustentada en este trabajo acerca de la naturaleza y origen de dichas obligaciones.

^a A los fines del siguiente artículo, una obligación *erga omnes* es: b) Una obligación bajo tratados multilaterales que el estado parte del tratado debe en cualquiera caso dado a todos los estados miembros del mismo tratado, en vista de sus valores comunes, de manera que una infracción de esa obligación habilita a todos estos estados a tomar acción.

INTRODUCCIÓN

A propósito de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia acerca de las “Las Consecuencias jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado” (“*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”)¹, de fecha 9 de Julio de 2004, surgió, primero al interior del propio tribunal y, posteriormente en la doctrina internacional, una discusión acerca de la naturaleza, concepto, origen y legitimidad de ciertas obligaciones que el dictamen atribuye a los Estados respecto de terceros Estados no involucrados directamente en el asunto, las denominadas obligaciones *erga omnes*.

Si bien la discusión en este caso concreto apuntó también a sí la Corte podía establecer obligaciones a los involucrados (Israel en este caso) por medio de una Opinión Consultiva (“*Advisory Jurisdiction*”²) debido a las características de estas, dado que: “A diferencia de las sentencias, las opiniones consultivas no tienen efecto obligatorio”³, la materia de este trabajo versa sobre las llamadas “obligaciones *erga omnes*” en general, o sea, aquellas obligaciones que son exigibles a todos los sujetos de Derecho Internacional por el hecho de ser tales, y su objetivo es develar el origen de este tipo de obligaciones, el rol que juegan los distintos sujetos y fuentes del Derecho Internacional en su elaboración y/o reconocimiento, y su naturaleza, ya sea como una nueva institución o como una lógica consecuencia de otras instituciones ya existentes (“*ius cogens*” y costumbre internacional esencialmente) algunos de cuyos efectos habrían sido aclarados y fijados por este relativamente nuevo concepto.

¹ *I.C.J. Reports* 2006.

² El procedimiento consultivo está a disposición de algunas instituciones internacionales públicas (a saber, los órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas), y les permite recabar una Opinión Consultiva de la Corte acerca de una cuestión jurídica” (**Corte Internacional de Justicia**: “Preguntas y respuestas acerca del principal Órgano Judicial de las Naciones Unidas”. Naciones Unidas. 10ª edición. Nueva York, Estados Unidos. Año 2000). Pág. 42.

³ **Corte Internacional de Justicia**: “Preguntas y respuestas acerca del principal Órgano Judicial de las Naciones Unidas”. Naciones Unidas. 10ª edición. Nueva York, Estados Unidos. Año 2000. Pág. 46.

La tesis sobre la cual se ha querido iniciar este estudio constituye una cadena que se centra en tres eslabones unidos, que se originan y legitiman sucesivamente:

a) La costumbre internacional como única y exclusiva fuente del *ius cogens*, relación que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia acogen;

b) El *ius cogens* como único antecedente y causa de las obligaciones *erga omnes*, afirmación, hoy en día, mucho más cuestionada que la anterior teniendo en consideración la citada letra b) del artículo 1º de la “Resolución acerca de las Obligaciones *Erga Omnes* en el Derecho Internacional”.

De este modo se busca establecer que las obligaciones “*erga omnes*” son un concepto resultante de la aplicación práctica de normas imperativas del “*ius gentium*” emanadas de la costumbre, y que los tratados, los sujetos de Derecho Internacional, los órganos judiciales internacionales y, en general, todas las demás instituciones e instrumentos de Derecho Internacional, juegan un rol meramente declarativo de una situación cuyas consecuencias no han sido del todo aclaradas, pero que obedece a una perfecta lógica jurídica y no a una elaboración original e innovadora.

Este trabajo plantea una tesis en torno a una discusión que aun no ha sido resuelta y, por ende, no pretende alzarse como una solución, sino que simplemente mostrar un punto de vista que, después de analizar una serie de elementos, parece ser acertado.

CAPÍTULO I: EL IUS COGENS

1. Concepto e Historia

Desde las últimas décadas de siglo XIX ha surgido con fuerza la idea de establecer un cierto contenido fundamental, imperativo e indeleble dentro del Derecho Internacional, una especie de legalidad superior que establezca derechos y obligaciones inderogables para los Estados y organismos internacionales, como así también, más recientemente, para los particulares. Términos como “*ius cogens*”, obligación “*erga omnes*”, “crimen internacional”, “deber de no reconocimiento”, “violación grave” y “derecho de injerencia”, han surgido a la luz de esta búsqueda. Determinar cuál es este *ius cogens* ha sido un asunto nada fácil en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente cuando se ha tratado de establecer un concepto claro de este, buscando a la vez dilucidar su contenido y establecer sus vinculaciones con las demás instituciones del Derecho de Gentes. Reafirma lo anterior lo expresado por el destacado profesor Ian Brownlie al referirse a este fenómeno:

“Los juristas hacen de tiempo en tiempo intentos de clasificar reglas, derechos y deberes, en el plano internacional, considerados como “fundamentales” o, con respecto a los derechos, como “inalienables” o “inherentes”. Tales clasificaciones no han tenido mucho éxito, pero en ciertas ocasiones influyen en la interpretación de los tratados por parte de los tribunales. Recientemente, algunas destacadas opiniones han soportado el examen de certeza, sin hacer caso a los principios de derecho internacional existentes, formando un cuerpo de *ius cogens*”.⁴

Como se sostiene en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, de 2006, “...algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. Algunas veces se expresa esto calificando algunas normas de “fundamentales”, de reflejo de “consideraciones elementales de humanidad” o de “principios inquebrantables del derecho

⁴ **Brownlie, Ian:** “*Principles of International Law*”. 6ª edición. *Oxford University Press*. Nueva York, Estados Unidos. Año 2003. Pág. 448. (Traducción del autor).

internacional". El efecto que esas designaciones pueden tener suele depender del contexto o del instrumento en el que aparezca esa designación".⁵

El autor español Antonio Remiro Brotóns analiza este proceso de búsqueda desde una perspectiva distinta: como una oportunidad de los países más débiles para limitar, en la práctica, el relativismo del Derecho Internacional, sin poner en peligro sus soberanías nacionales, tal como debiera suceder en teoría, con la creación de organismos plurilaterales y con la firma de acuerdos internacionales, los que en la práctica reflejan y aun refuerzan la disparidad de poderes e influencias existentes entre los distintos Estados. Sin perjuicio de ello, la indefinición del contenido del *ius cogens*, la casi nula existencia de mecanismos claros para su aplicación y la falta de voluntad de ciertos Estados para incorporar ciertas materias en ellos, entre otros, han hecho que este ideal de igualdad vislumbrado por el autor español esté aun lejos de concretarse. Al respecto, el recién citado autor expresa:

"...partiendo de una base societaria se pretende llegara una meta comunitaria; el camino será largo, apenas se están colocando las primeras marcas, y azaroso, el éxito no está garantizado".⁶

Desde una perspectiva histórica, numerosos han sido los cuerpos legales, resoluciones y trabajos doctrinarios que, fundamentalmente durante el siglo XX y primeros años del siglo XXI, han tratado de definir y determinar el alcance de estos nuevos conceptos caracterizados por un contenido mínimo e inalienable dentro del Derecho Internacional.

2. Evolución del concepto de *ius cogens* en el Derecho General.

Ya en la Edad Antigua, los tratadistas romanos distinguían, en el ámbito interno, una especie de "*ius publicum*" no derogable por acuerdo de los particulares, por obedecer a un

⁵ **Informe de la Comisión de Derecho Internacional, año 2006:** 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006) .Naciones Unidas. Nueva York, 2006. Capítulo 12: "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional". Pág. 461.

⁶ **Remiro Brotóns, Antonio:** "Derecho Internacional". Editorial McGraw-Hill. Madrid, España. Año 1997.

interés superior y general. La frase “*ius publicum privatoris pactis mutare non potest*” (“el Derecho Público no puede modificarse por la voluntad de los privados”⁷) resume dicha idea.

Tras la caída del Imperio Romano y el consecuente advenimiento de la Edad Media, no se produjeron notorios avances en la materia, lo que se explica en gran parte por el estancamiento que sufrieron las ciencias en general y la dogmática jurídica en particular.

En los siglos XVIII y XIX, las corrientes codificadoras nacionales, inspiradas en los ideales de la Revolución Francesa y de la Ilustración, recogen esta idea romana respecto de un Derecho Público superior e inderogable por los privados, la que plasman en disposiciones que sitúan al orden público y las buenas costumbres como límites de la autonomía privada. El ejemplo más paradigmático de lo anterior es el artículo 6º del Código de Napoleón, redactado en dicha época:

“*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*” (“No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”⁸).⁹

Simultáneamente, el surgimiento de las constituciones, proceso íntimamente ligado a las ideas que inspiraban la codificación, fue una segunda manera de establecer un contenido superior, fundamental y relativamente perdurable, dentro de los ordenamientos internos.

De la observación del fenómeno descrito, dos autores pandectistas¹⁰ alemanes, Christian Friedrich Glück y Bernhard Windscheid, en el ámbito del Derecho Moderno, se alzan como precursores en la materia, al postular un concepto de *ius cogens* (“*zwingendes Recht*”), diferenciándolo del llamado *ius dispositivum*¹¹, siempre acotando tal dualidad al ámbito nacional.

⁷ Traducción del autor

⁸ Traducción del autor.

⁹ **Código Civil de la República Francesa**

¹⁰ **Pandectismo o Pandectística:** estudio del Derecho Romano y sus instituciones para su aplicación en el derecho actual (definición del autor).

¹¹ **Gómez Robledo, Antonio:** “El *Ius cogens* Internacional. Estudio Histórico-Crítico”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 147. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México. Año 2003. Pág. 5.

3. Evolución del *ius cogens* en el Derecho Internacional

Respecto del Derecho Internacional, mucho más reciente resulta la búsqueda de este contenido fundamental y obligatorio. Fue recién a principios del siglo XVII, cuando el autor holandés Hugo Grocio, en su obra “*Mare Liberum*” (“Sobre la Libertad de los Mares”, del año 1609) distinguió, dentro del Derecho de Gentes, dos grupos de normas: por un lado el “Derecho de Gentes Primario”, inmutable y derivado del Derecho Natural, y por otro, el “Derecho de Gentes Secundario”, emanado de la voluntad de los Estados y modificable por estos. El jurista suizo Emmerich de Vattel, en su libro “*Le Droit de Gens*”¹², de 1758, sigue a Grocio al sostener que:

“*We call that the Necessary Law of Nations wich consists in the application of the law of nature to the Nations. It is Necessary because the nations are absolutely bound to observe it*” (“El llamado Derecho de Gentes Necesario es aquel que resulta de la aplicación del Derecho Natural a las Naciones. Este es Necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a aplicarlo”¹³)¹⁴.

A principios del siglo XX, el Cuarto Convenio de la Segunda Convención de La Haya, de 1907 significó, en palabras de la autora mexicana Carmen Moreno de Del Cueto, “un reconocimiento de un estándar mínimo irrenunciable”¹⁵, con lo que se comenzaba a dar una forma más definida a lo que actualmente conocemos como *ius cogens*.

En el año 1937, el jurista Alfred Verdross constataba la existencia de “un grupo de normas consuetudinarias de Derecho Internacional, imperativas, diferentes y particulares”¹⁶.

¹² En inglés recibió el título: “*The Law of Nations or the Principles of Natural Law*”, del año 1853.

¹³ Traducción del autor.

¹⁴ **Emmerich de Vattel**: “*The Law of Nations or the Principles of Natural Law*”, Capítulo Preliminar, párrafo séptimo. Edición electrónica, *Lonang Institute*. Año 2005. Basada en la edición impresa de *T. & J.W. Johnson & Co.* (Filadelfia, Estados Unidos), 1883.

¹⁵ **Moreno de Del Cueto, Carmen**: “La Importancia de los Convenios de Ginebra en la Evolución del Derecho Internacional Público”, Artículo Publicado en el libro “Elementos de Derecho Internacional Humanitario”, Susana Fraidenraij y Ricardo Méndez Silva (compiladores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México, 2001

¹⁶ **Puceiro Ripoll, Roberto**: “Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo”. *Derecho Internacional Público*. Tomo I. 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. Año 1996. Pág. 305.

Más adelante, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del año 1969, basándose principalmente en escritos de Fitzmaurice, quien distinguía dentro del Derecho Internacional normas imperativas y obligatorias en cualquier circunstancia (*ius cogens*) y normas aplicables sólo en ausencia de un régimen convencional¹⁷ (*ius dispositivum*) y de Waldock, quien introdujo explícitamente el término “*ius cogens*” en el ámbito del Derecho Internacional, dio en su artículo 53 una definición de lo que debe entenderse por *ius cogens*, lo que implicó un reconocimiento positivo de la existencia de este tipo de normas en el Derecho Internacional:

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

Pese a su aparente claridad con respecto a la naturaleza, características y efectos de una norma de *ius cogens*, esta definición acentuó el debate entre los distintos autores. Se la ha criticado, por ejemplo, por no referirse explícitamente a cuales serían los principios y normas que conformarían el contenido del *ius cogens*¹⁸. En respuesta a esta afirmación se ha sostenido que, por la naturaleza de la Convención, no es labor de ella aclarar tal punto, cuestión que por lo demás haría surgir el riesgo de excluir determinadas materias de importante contenido (a la misma conclusión se llegó en el seno de la Comisión de Derecho Internacional al elaborarse el “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, tres décadas más tarde).

Se ha sostenido con razón, que el citado artículo 53 de la Convención de Viena, lejos de profundizar sobre la idea de “*ius cogens*” en el ámbito del Derecho Internacional, sólo se referiría a las consecuencias de la contravención, por parte de una disposición contenida en un tratado, de una norma de tal naturaleza, estableciendo para ello la nulidad de la disposición como sanción.

¹⁷ *Annuaire de la Commission du Droit International de Nations Unies*, tomo II. Pág. 42. Año 1958.

¹⁸ **Schwelb, Egon**: “Some aspects of Internacional *ius cogens* as formulated by the Internacional Law Commission”. Publicado en “*American Journal of International Law*”, Vol. 61. Pág. 963 y ss. Año 1967.

Desde el punto de vista de su aplicación práctica, el texto de la Convención establece la anulación de todo nuevo tratado que esté en oposición a una norma imperativa de Derecho Internacional, cuestión difícil de determinar si no se establece cuales son estas normas ni se califica la gravedad de la violación que haría necesaria tal anulación. En su artículo 64, la Convención va más allá aún y establece una norma similar con respecto a tratados anteriores a ella, los que en caso de contravención a una norma de *ius cogens* deberán terminarse.

Así como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aboga por la nulidad de los tratados que contravengan normas de *ius cogens*, el “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” de la Comisión de Derecho Internacional, del año 2001, vuelve sobre el tema y establece, en su artículo 26, que:

“Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

La Comisión excluye cualquier posibilidad de legitimación de una conducta atentatoria del *ius cogens* por parte de los Estados y limita, en el mismo sentido, las normas por ella misma dictadas. Con esto se amplía el ámbito de aplicación de una norma de *ius cogens* en relación a lo planteado por la Convención de Viena.

Junto con la existencia de un gran número de intentos cada vez más certeros por conceptualizar y delimitar el contenido del *ius cogens* internacional, hay dentro de la doctrina una corriente minoritaria que ha sostenido su inexistencia. Entre los autores que han adherido a esta corriente se destacan los italianos Dionisio Anzilotti y Piero Sereni, y el belga Joseph Nissot, siendo este último el más extremo, al sostener en su artículo “*Le Concept de Ius cogens envisagé par rapport au Droit international*”¹⁹, que toda norma jurídica es de cumplimiento obligatorio, por lo que la denominación “*ius cogens*” para algunas de ellas no sería necesario ni útil.

¹⁹ Citado de: **Gómez Robledo, Antonio**: Op. cit. Pág. 68.

No resulta hoy en día acertada esta última opinión, pues la importancia de las normas de *ius cogens* es justamente su preeminencia, por su naturaleza y principalmente por los bienes jurídicos que protege, sobre normas comúnmente obligatorias.

Resume esta problemática en términos amplios, el autor francés Pierre-Marie Dupuy, quien sostiene en su libro “*Droit International Public*”²⁰ que coexisten, dentro del Derecho Internacional, dos corrientes que se contraponen. Por un lado la corriente emanada del Tratado de Westfalia, que obedece a una lógica formal, indiferente al contenido sustancial de las normas internacionales, y por otro, la corriente derivada de la Carta de las Naciones Unidas, que contempla la existencia de una legalidad superior al interior del Derecho Internacional, la cual uniforme y subordina al resto de sus normas. Es esta última corriente la que ha primado a partir de la segunda mitad del siglo XX, haciendo perder relevancia a las ideas consensualistas y dando con ellos mayor relevancia al concepto de *ius cogens*.

4. Características de las normas de *ius cogens*

Las normas que conforman el *ius cogens* internacional tienen, entre sus principales características, las siguientes:

1. Imperatividad: ello implica que no pueden ser modificadas ni ignoradas por los sujetos de Derecho Internacional y los obligan en todo su contenido. No pueden celebrarse acuerdos que vayan en su contra²¹ y sólo pueden derogarse por otras normas de *ius cogens* que contengan mayor grado de protección.
2. Generalidad: se imponen universalmente y de forma general a todos los sujetos de Derecho Internacional.
3. Constitucionalidad: son exigencias de orden ético y político, indispensables para el correcto funcionamiento de la comunidad internacional.

²⁰ **Pierre-Marie Dupuy**: “*Droit International Public*”, Ediciones Dalloz, *Colection des Précis Dalloz*. 6ª edición. Paris, Francia, 2002

²¹ En la terminología anglo sajona se prefiere utilizar el término “perentoriedad”.

4. Carácter histórico: son expresión de necesidades perentorias de la sociedad internacional en un momento concreto, lo que no excluye la posibilidad de que vayan evolucionando en el tiempo.
5. Responsabilidad especial: su vulneración conlleva un ilícito internacional que genera una responsabilidad agravada y ampliada.²²
6. Nulidad: la sanción al tratado o reserva que contravenga una disposición de *ius cogens* es la nulidad.

Esencialmente de las dos primeras características enunciadas emana el carácter “*erga omnes*” de las obligaciones que genera este tipo de normas.

Otra manera de caracterizar el *ius cogens* es utilizando los conceptos empleados por diversos autores para definirlo:

Combacau lo describe como “normas de valor superior, que no se pueden derogar y cuyo desconocimiento entraña la nulidad del tratado infractor”²³. James Crawford, por su parte, habla de “aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales”²⁴.

El autor italiano Antonio Cassese se refiere al *ius cogens* sosteniendo que existen en el ámbito internacional “valores que deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional”.²⁵

Otro autor que postula un concepto del cual pueden deducirse las características del *ius cogens* es Daniel O’Donnell, quien afirma que se trata de “una norma imperativa y perentoria del derecho internacional que no puede ser desconocida en circunstancia alguna y que obliga a los

²² No es del todo claro que la responsabilidad sea ampliada.

²³ **Combacau, Jean y Sur, Serge:** “*Droit international public*”. 5ª edición. Montchrestien, Paris. Año 2001. Pág. 125.

²⁴ **Crawford, James:** “Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado”. Madrid. Año 2001. Pág. 293.

²⁵ **Cassese, Antonio:** “Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo”. Barcelona, España. Año 1993. Pág. 241.

Estados en todo tiempo, aun si no son parte de los instrumentos convencionales de derechos humanos en virtud de los cuales esa práctica infame ha sido proscrita”.²⁶

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido al *ius cogens* como “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”, a lo que agrega que estas normas “no pueden soslayarse por tratados o aquiescencia”.²⁷

5. Fuentes del *Ius cogens*

Pese a ser un tema ampliamente debatido y no obstante su relevancia, no está del todo claro, tanto en doctrina como positivamente, cual es el origen de este conjunto de normas de carácter perentorio dentro del Derecho Internacional.

Se ha sostenido por una parte mayoritaria de la doctrina (Marek, Barberis. Brownlie)²⁸ que el Derecho Internacional General (normas de “*ius cogens*”) sólo encuentra su fuente en la costumbre, reconociendo a las demás fuentes un papel secundario y complementario con relación a esta, ya sea como su medio de consagración positiva (tratados), de aplicación práctica (sentencias y dictámenes de los órganos jurisdiccionales) o de desarrollo teórico (doctrina).

Brownlie respalda esta idea, tal como se desprende de lo expresado en su libro “*Principles of International Law*”, en el cual afirma que el Derecho Internacional General: “...son reglas consuetudinarias que no pueden dejarse de lado por los tratados o el consentimiento...”²⁹

La Corte Internacional de Justicia, sin una postura claramente definida al respecto sostiene en su Opinión Consultiva acerca de la “Legalidad de la amenaza o uso de armas

²⁶ **O’Donnell, Daniel**: “Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”. Bogotá, Colombia. Año 2004. Págs. 74-75.

²⁷ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**: Informe N° 62/02, caso N° 12.285. “Michael Domínguez v. Estados Unidos”. 22 de octubre de 2002. Párrafo 49.

²⁸ **Marek, Krystina**: “*Thought on codification*”, **Barberis, Julio**: “*La liberté de traiter des etats et ius cogens*”, extraídos de **Gómez Robledo, Antonio**: Op. Cit. Pág. 78. **Brownlie, Ian**: Op. Cit. Pág. 487.

²⁹ **Brownlie, Ian**: Op. Cit. Pág. 488.

nucleares” (“*Legality of the threat or use of nuclear weapons under International Law*”) del 8 de Julio de 1996, la tesis de la costumbre como única fuente del *ius cogens* y, de paso, excluye al consentimiento como tal, al expresar que:

“un gran número de reglas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado tan fundamentales para el respeto de la persona humana y constituyen principios elementales de humanidad”...

“...las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”.

Tan relevantes resultan los valores recogidos por estas normas imperativas a que hace mención Brownlie y otros autores modernos, que estas se situarían por sobre toda manifestación de voluntad de algún sujeto de Derecho Internacional Público, por lo cual, los tratados y convenciones podrían “derogarlas” sólo en apariencia al reconocer una norma consuetudinaria opuesta que la deje sin efecto. Este fenómeno de preeminencia daría a la costumbre, recogida por una norma de *ius cogens*, una fuerza desconocida en los ordenamientos internos, al hacerla virtualmente inmune al voluntarismo de los Estados y organismos internacionales (a menos, como sostienen algunas corrientes minoritarias, que todos los Estados suscribieran una norma que diera origen a un *ius cogens* convencional).³⁰

La ya citada autora mexicana Carmen Moreno de Del Cueto, al hablar de “un reconocimiento de un estándar mínimo irrenunciable”³¹ caracteriza la interacción entre el consentimiento y el *ius cogens*, al utilizar acertadamente los términos “reconocimiento” e “irrenunciable”, dando la idea de preexistencia por un lado, y de obligatoriedad e inderogabilidad por el otro.

Remiro Brotóns afirma una tesis distinta y sostiene que existe una retroalimentación entre la costumbre y los tratados, al expresar que estos últimos han sido respecto del *ius cogens*

³⁰ Barberis, Julio: Op. Cit.

³¹ Moreno de Del Cueto, Carmen: Op. Cít.

“en ciertos aspectos, la expresión del Derecho Internacional consuetudinario sobre la materia y, en otros, han sido el germen para su desarrollo progresivo”.³²

El primero de los casos descritos por Remiro Brotóns es lo que en doctrina se denomina “Cristalización” de la costumbre; el segundo, su “Generación” por el tratado. Es respecto de este segundo fenómeno que el citado autor sostiene, afirmándose en lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (“*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*”), del 27 de Junio de 1986, que esto se produce aun respecto de normas de *ius cogens*. A modo de ejemplo cita lo que dice dicho fallo acerca de la Prohibición del Uso de la Fuerza y el Principio de la No Intervención:

“El Tribunal observa que las partes parecen estar de acuerdo, como se verá después, en el contenido del Derecho Internacional consuetudinario relativo a la prohibición del empleo de la fuerza y a la no intervención. Sin embargo este acuerdo de las partes no dispensa al Tribunal de cualquier investigación de las normas aplicables de Derecho Internacional consuetudinario... El Tribunal, a quien el art. 38 del Estatuto obliga a aplicar, *inter alia*, la costumbre internacional «como prueba de una práctica general aceptada como derecho», no puede ignorar el papel esencial jugado por la práctica general. Cuando dos Estados deciden incorporar en un tratado una regla particular, su acuerdo es suficiente para convertirla en norma entre ellos, obligatoria para ellos; pero en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario no es suficiente que las partes tengan la misma opinión sobre lo que consideran como norma. El Tribunal debe asegurarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados está confirmada por la práctica”.³³

En donde no es afortunado el fallo, lo que sirve de base para la afirmación de Remiro Brotóns, es al sostener que incorporar una regla en un tratado la hace norma obligatoria para los Estados. En el caso de una norma de *ius cogens*, siendo consecuentes con la teoría, una regla de esa naturaleza es norma para los Estados y obligatoria antes y aun en ausencia de su incorporación en un tratado.

³² Remiro Brotóns, Antonio: Op. Cit. Pág. 339.

³³ I.C.J. Reports 1986.

Existe otra corriente doctrinal que afirma que la voluntad de los sujetos de Derecho Internacional puede ser fuente directa e inmediata del *ius cogens*, tomando nueva fuerza esta postura al verse recogida por varios fallos y dictámenes de los órganos judiciales internacionales (A modo de ejemplo podemos citar el “Asunto de las pesquerías” (*Fisheries Case*”, 18 de diciembre de 1951), entre Reino Unido y Noruega, y la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por parte de Israel en los Territorios Ocupados”, ambos dictados por la Corte Internacional de Justicia). Hoy en día existe acuerdo casi unánime en reconocer a los tratados y convenciones sólo como codificadores y constatadores de la existencia de una norma imperativa de Derecho Internacional.

Interesante y esclarecedora resulta la discusión que se plantea, reafirmando la idea de que el “*ius cogens*” es indisponible para las partes, a propósito de la resolución de la Corte Internacional de Justicia referente a la admisibilidad y jurisdicción en el caso de las “Actividades armadas sobre el territorio del Congo” (*Armed Activities on the Territory of the Congo*”, 3 de febrero de 2006), entre República Democrática del Congo y Ruanda, en el cual se estima que “*the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties*”³⁴ (“el hecho que una discusión se relacione con el cumplimiento con una norma que tiene tal carácter, que es sin duda el caso con respecto a la prohibición de genocidio, no puede esto por sí solo proporcionar una base para la jurisdicción del Tribunal para resolver aquella discusión. Conforme al Estatuto del Tribunal que la jurisdicción está siempre basada en el consentimiento de las partes”³⁵). Crítica y acertada resulta la opinión disidente del magistrado Koroma, quien estima que haciendo aplicación del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un tratado es nulo por contravenir una norma de *ius cogens*, como lo afirma la Corte, también lo serían las reservas que hace un Estado respecto de una norma de *ius cogens* contenida en el tratado o la reserva de jurisdicción que se hace en el mismo sentido (en este caso respecto de la “Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio”).

³⁴ I.C.J. Reports 2006. “*Case concerning armed activities on the territory of the Congo*” (new application: 2002) Parr. 64.

³⁵ Traducción del autor.

Donde para algunos sí jugaría un papel determinante la voluntad de los Estados es en cuanto a la posible derogación del *ius cogens*, no a través del reconocimiento de una norma de *ius cogens* contraria, como se sostuvo precedentemente en este trabajo, sino que con respecto del denominado *ius cogens* regional. No obstante, no todos están acordes en su existencia.

En este caso, un Estado que cumple con una norma de derecho imperativo de carácter regional, podría excusarse de hacerlo invocando (acto voluntario) una norma de *ius cogens* internacional “general” opuesta. Como puede apreciarse, nuevamente aquí la voluntad se limita a reconocer la existencia de una norma de origen consuetudinario “general”, la que en la práctica, más que derogar, deja sin efecto el *ius cogens* regional.

En conclusión, las normas imperativas de Derecho Internacional forman parte de la costumbre, pero con ciertas particularidades que las diferencian de esta. Entre otras, no admiten derogación por voluntad de algún sujeto de Derecho Internacional, su cumplimiento es obligatorio y su vulneración genera la nulidad en el caso de una norma convencional y una responsabilidad agravada en el caso de los sujetos de Derecho Internacional. Al decir del jurista José María Casada Raigón, las normas de *ius cogens*: “constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”.³⁶

6. El *Ius cogens* y su relación con los ordenamientos internos

En la relación del *ius cogens* internacional con el Derecho Interno, reforzado este último por dos siglos marcados por un fuerte nacionalismo y por la preeminencia de la soberanía estatal, muchos países han ido paulatinamente reconociendo la calidad constitucional del *ius cogens* internacional, especialmente en lo relativo al derecho humanitario, optando por su inclusión en las normativas internas. Así por ejemplo, la Constitución Política de Chile, de 1980, en su artículo 5, inciso 2º establece:

³⁶ **Casado Raigón, Rafael:** “Notas sobre el *ius cogens* internacional”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, España. 1991. Pág. 11

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por su parte, la Carta Fundamental española, del año 1978, en su artículo 10, N° 2 contiene una norma similar a la chilena (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”); la Constitución argentina representa uno de los casos más claros a este respecto, reconociendo el carácter constitucional de variadas normas de *ius cogens*, pero no en razón de su naturaleza imperativa, si no que en virtud a dicho reconocimiento por un acto voluntario y soberano del Estado:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

Resulta bastante clara la última parte del citado artículo, en la cual se subordina la aplicación del *ius cogens* internacional a ciertas normas constitucionales y se le da un carácter eminentemente accesorio a ellas.

Esta limitada aplicación que se establece en el seno de los ordenamientos constitucionales internos del *ius cogens*, pone de manifiesto el reconocimiento parcial que tiene este frente a los poderes soberanos de cada Estado.

Como contrapunto de lo anterior, se sostiene por algunos autores de Derecho Internacional que, tal sería la fuerza e importancia de sus normas imperativas, que resultaría innecesaria su consagración positiva, tanto nacional como internacional, para tener un carácter obligatorio:

“De ahí que el *ius cogens* no requiera ser incorporado formalmente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, ni necesite estar codificado por ningún tratado de Derecho internacional”...“su obligatoriedad no resulta del consentimiento de los Estados sino de su propia naturaleza”³⁷

Respecto de la aplicación dentro de los sistemas judiciales internos de normas de *ius cogens* y del sometimiento de la legislación interna a este, interesante resulta la hecha por los tribunales chilenos en algunos fallos recientes. Muy interesante, por ejemplo, resultó el debate que se planteó a propósito del Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena seguir con la investigación del caso del profesor Luí Almonacid, sobreseído en 1997, y que sanciona al Estado de Chile por la aplicación del Decreto-Ley de Amnistía. Por un lado plantea su opinión el Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Católica, Don Hernán Salinas Burgos, para quien puede prevalecer una norma de derecho interno (amnistía) por sobre una norma de *ius cogens*:

“Por último, debe indicarse que en el Estado actual del derecho internacional, no necesariamente debe seguirse que la calificación de un delito con el carácter de violatorio de una norma de *ius cogens*, implica que dicho delito no sea amnistiable”³⁸.

Contraria es la tesis sostenida por el autor Hugo Llanos Mansilla, quien afirma:

“...la amnistía no procede en el derecho internacional en caso de violaciones atroces de derechos humanos, como son los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad”³⁹.

³⁷ **Londoño, María Antonia:** “Timor Oriental. La independencia se acerca”, publicado en la página <http://www.fuhem.es/portal/areas/paz/timor/maria.htm>

³⁸ “Caso Almonacid: Efectos de un fallo controversial”: Revista del Abogado, N° 38, año 10, Noviembre 2006. Pág. 7.

Lo anterior resulta coincidente con lo expresado por la mayor parte de los autores de Derecho Internacional, pues subordina los ordenamientos internos a normas imperativas internacionales. No resultaría, en ese mismo sentido, tan acertado lo expresado a continuación por el mismo académico, quien sustenta este sometimiento a las normas de *ius cogens* internacional a hechos de carácter voluntario del Estado de Chile, como lo son la firma de ciertos tratados y lo expresado por la Constitución:

“Chile está obligado a sancionar tales crímenes, por un sinnúmero de tratados incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno. En caso contrario incurriría en responsabilidad internacional. Además, lo obliga el artículo 5º inciso 2º de nuestra carta fundamental”.⁴⁰

En el cuestionado “Fallo Almonacid”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos justificó su decisión al sostener que “La violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y son obligatorias” (Informe N° 62/02, del 22 de Octubre de 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Siguiendo en el ámbito nacional chileno, el Profesor José Luís Cea Egaña expresó, a propósito de la reforma constitucional de 1989, que:

“Un Estado no puede invocar ninguna razón legítima para atropellar el principio de la buena fe, el cumplimiento de los tratados y tantos otros principios de *ius cogens* que son fundamentales en una convivencia civilizada”⁴¹

Con ello el Profesor Cea anticipa lo sostenido por la Corte Interamericana en el “Caso Almonacid”, pues somete el ordenamiento interno, aun el constitucional, a las normas de *ius cogens* internacional.

³⁹ “Caso Almonacid: Efectos de un fallo controversial”: Revista del Abogado, N° 38, año 10, Noviembre 2006. Pág. 8.

⁴⁰ “Caso Almonacid: Efectos de un fallo controversial”: Revista del Abogado, N° 38, año 10, Noviembre 2006. Pág. 8.

⁴¹ **Ius et Praxis**. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Año 2, N° 2. Año 2002.

7. Contenido del *Ius cogens* y su determinación

En cuanto al contenido del *ius cogens*, no existe dentro del ordenamiento jurídico internacional un instrumento que enumere, en forma taxativa y definitiva, cuales son estas normas imperativas, ni que establezca una preeminencia de unas respecto de otras ni las maneras en que ellas interactúan. Un avance importante lo constituyó el citado proyecto de la “Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados” en cuanto, principalmente, a las consecuencias de la infracción de dichas normas y a su inviolabilidad, aun en caso de existir una causal que excluyera la ilicitud de la conducta (existente esta causal en el proyecto mismo o en otro instrumento). Con respecto al contenido del *ius cogens*, dicho proyecto ciertamente no importó un avance significativo respecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, casi cuarenta años antes.

En los comentarios acerca del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se justifica esta aparente omisión al sostenerse que:

“No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales”.⁴²

En un orden similar de cosas, se puede observar esta misma omisión en la definición de crimen internacional contenida en el preámbulo de la “Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, donde se postula un concepto de *ius cogens* bastante general, sin especificar su contenido, al caracterizar el delito de que trata:

⁴² *International Law Commission: Responsibility Commentaries, “Responsibility of States for Internationally Wrongful acts”*. Año 2001. Pág. 305.

“...es aquel contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”⁴³.

Agrega en su artículo primero que “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.⁴⁴ Dicho compromiso se basa en la naturaleza de la obligación que nace de dicha norma y tal declaración no es más que la confirmación de que las partes van a realizar un comportamiento al cual ya se encontraban obligadas.

Aquí la omisión resulta aun más grave, pues se estaría cerca de establecer un tipo penal en blanco, situación no tolerada en los ordenamientos penales contemporáneos por el peligro e inseguridad jurídica que producen.

Ante este vacío legislativo, los autores han contribuido notablemente a la determinación del contenido específico del *ius cogens* internacional, ya sea estableciendo métodos para su determinación o mediante la utilización de enumeraciones aproximativas.

En cuanto a lo primero, esto es, la forma en que debe determinarse el contenido del *ius cogens*, varias han sido las propuestas. En un principio se sugirió el sistema de la “Proclamación”⁴⁵, en virtud del cual se sostenía que formaban parte de este grupo de normas aquellas recogidas por la Convención de Viena y sus protocolos anexos. Abandonado este criterio se optó por otorgarle nuevamente al *ius cogens* un origen convencional, pero esta vez sustentado en los acuerdos entre Estados. En este caso, los Estados también podían sustraerse de su cumplimiento, apelando a que su voluntad era la que hacía obligatoria la norma. Con esta teoría se llegó al absurdo de sostener que algo es obligatorio y voluntario a la vez, lo que termina por desnaturalizar en este caso, al *ius cogens*.

⁴³ **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:** “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”. Preámbulo. 9 de diciembre de 1948.

⁴⁴ **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:** Op. Cít. Artículo I.

⁴⁵ Terminología empleada por Remiro Brotóns.

Una tercera respuesta al problema planteado a propósito del sistema de determinación del contenido del *ius cogens* la entrega el jurista Remiro Brotóns, quien, apelando a la idea de que el origen de este tipo de normas es solamente consuetudinario, excluye la necesidad de tal sistema. Para afirmar aquello recoge un elemento de la costumbre, la “*opinio iuris*”, es decir, la conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica y lo aplica a las normas de *ius cogens* para su reconocimiento. Así nace el concepto de “*Opinio iuris cogentis*”, la conciencia de que se está cumpliendo con una norma que recoge “un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad Internacional, aunque no necesariamente unánime, y que debe expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales”.⁴⁶ Se refiere así al denominado “contenido constitucional” del *ius cogens*, respecto del cual sostiene que, para integrar este, la norma debe tener un carácter unánime dentro de la doctrina y la jurisprudencia Internacional. Cita la prohibición del uso de la fuerza, del genocidio y el respeto de los derechos humanos fundamentales, principalmente traducido esto último en la prohibición de la esclavitud y la discriminación racial, como contenido actual e indiscutido del *ius cogens* Internacional

Pese a aportar este nuevo elemento a la discusión, el autor español no ayuda a delimitar el contenido del *ius cogens*, que si bien podría no requerir de un sistema de determinación, si necesitaría en tal caso uno de reconocimiento. En cuanto a esto último, Brownlie sostiene:

“Los menos controversiales ejemplos de esta clase de normas son la prohibición del uso de la fuerza, las referidas al genocidio, el principio de la no discriminación racial, crímenes en contra de la humanidad y la prohibición de la trata de esclavos y de la piratería”.⁴⁷

La Comisión de Derecho Internacional, en el capítulo “Fragmentación del Derecho Internacional” de su Informe del año 2006, hizo también una aproximación respecto de cuales son las normas de *ius cogens*, concluyendo que “Los ejemplos de normas de *ius cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación. Otras normas también pueden tener el carácter de *ius cogens* en la medida en que

⁴⁶ Remiro Brotóns, Antonio: Op. Cit. Pág. 24.

⁴⁷ Brownlie, Ian: Op. Cit. Pág. 489.

sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario”.⁴⁸

Dentro del relativo consenso a que se ha llegado, se ha aceptado que son normas de *ius cogens*, a grandes rasgos:

1. La libre determinación de los pueblos.
2. La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos.
3. El principio de no intervención en asuntos internos.
4. Las normas básicas relativas al Derecho Humanitario.
5. El cumplimiento de buena fe las obligaciones.
6. El principio de “*pacta sunt servanda*”.
7. Principio de soberanía.
8. Obligación de asegurar la paz.
9. Prohibición de los atentados graves contra el medio ambiente.
10. Prohibición de la esclavitud.

Dentro de estas normas existen aquellas ya establecidas y reconocidas como tales por la comunidad internacional, y aquellas llamadas por la doctrina “en formación” (“*in fieri*”), como las relativas a la protección del medio ambiente.

8. Conflicto entre normas imperativas

Si bien uno de los puntos controvertidos respecto a *ius cogens* internacional es el relativo a su determinación y contenido, tampoco es pacífica la discusión acerca de la manera en que sus normas interactúan entre sí y respecto de otro tipo de normas.

Con respecto a normas que no son de *ius cogens*, existe acuerdo en cuanto a que estas no pueden derogar una norma imperativa de Derecho Internacional y que, por el contrario, este deja

⁴⁸ Informe de la CDI, año 2006: Op. Cit. Pág. 462

sin efecto a las primeras, por lo cual, en este caso, un conflicto de normas no podría, en teoría, presentarse. A modo de ejemplo, se sostiene en los comentarios del artículo 26 del “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, que las circunstancias que excluyen la ilicitud de los actos internacionalmente ilícitos allí establecidos (Capítulo V: Consentimiento, Legítima Defensa, Contramedidas, Fuerza Mayor, Peligro Extremo y Estado de Necesidad) no justificarían, en ningún caso, la violación de una norma imperativa (“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”). Se cita en apoyo de dicha tesis lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en su resolución sobre el “Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio”, en la cual sostiene que la comisión de uno de estos crímenes no se podría justificar (excluir su ilicitud) por existir una norma imperativa que lo prohíbe.

Donde sí se presenta un conflicto es respecto de dos normas imperativas de Derecho Internacional. Ante ello se ha propuesto como vía de solución aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 31 y 32 de la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”, en las cuales se trata sobre la interpretación de estos⁴⁹. Complementario a ello, se propone hacer

⁴⁹ **Artículo 31. Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

aplicación del “Principio de la Armonización”, en virtud del cual “cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles”.⁵⁰

En este caso se trata de la misma solución que se planteó en los ordenamientos penales internos respecto del problema de la preponderancia de intereses y, que al día de hoy, se encuentra absolutamente superado. El autor Luis Jiménez de Azúa plantea tal situación al sostener que “El Estado necesario a que acabamos de referirnos como causa de justificación se ampara en la teoría de la preponderancia de intereses. Por eso requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que se salva”⁵¹. Refiriéndose al conflicto de bienes jurídicos de igual entidad, en el cual se plantearía el real problema, expresa que “Mas puede acontecer que la colisión se produzca entre bienes iguales y principalmente entre dos vidas humanas”.⁵² En esta última situación recomienda el análisis particular de los hechos.

Pero, tal como se sostiene en el informe de la citada Comisión de Derecho Internacional de 2006, no es conveniente extrapolar de manera tajante los problemas y soluciones planteadas dentro de los derechos internos al Derecho Internacional

Un ejemplo de conflicto entre dos normas imperativas distintas, en el cual, en la práctica debe primar una sobre la otra sería el que se plantea entre la prohibición del uso de la fuerza y la autodeterminación de los pueblos (¿La lucha armada en defensa de la autodeterminación legitima el uso de la fuerza en contra de ella, o este uso de la fuerza es ilegítimo por ser la autodeterminación justificación de la lucha armada?). El magistrado Estadounidense Buergenthal expresa al respecto, en la “Opinión Consultiva acerca de las consecuencias jurídicas de la construcción del muro por parte de Israel en los Territorios Ocupados”, de la Corte Internacional de Justicia, una idea que supone la misma disyuntiva, pero al parecer de la mayoría de la doctrina, errando en la solución para el caso específico:

“Acepto que el pueblo palestino tiene el derecho a la libre determinación y a estar plenamente protegido. Pero suponiendo, sin estar necesariamente de acuerdo con ello, que ese

⁵⁰ Informe de la CDI año 2006: Op. Cit. Pág. 449.

⁵¹ Luis Jiménez de Azúa: “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina. 3ª edición. Año 1958. Página 307.

⁵² Luis Jiménez de Azúa: Op. Cít. Pág.307.

derecho se aplique al caso que nos ocupa y que se esté violando, el derecho de Israel de legítima defensa, de ser aplicable e invocado legítimamente, excluiría cualquier ilicitud a este respecto”.

Según el “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, de la Comisión de Derecho Internacional, no cabría justificar la conducta de ninguna de las partes en conflicto, pues ambas estarían violando normas imperativas, pese a ambas invocar principios del *ius cogens* para hacerlo; lo contrario sostiene Buergenthal, para quien incluso las violaciones se justificarían recíprocamente. La solución propuesta por el jurista es, a todas luces errada, y en casos como este tampoco sería correcto establecer un sistema de valoración a priori de los principios protegidos, sino que someter las circunstancias particulares del caso a la decisión de un órgano internacional especializado, otorgándole amplia libertad para apreciar los hechos y aplicar su decisión con un efecto puramente relativo.

Al respecto Brownlie se pregunta, dando cuenta de la cuestión anterior:

“Si un Estado utiliza la fuerza para implementar el principio de la autodeterminación, ¿es posible que una norma de *ius cogens* tenga mayor relevancia que otra? El particular corolario del concepto de *ius cogens* aun debe ser explorado”.⁵³

9. Relación entre el *Ius cogens* y los Principios Generales del Derecho Internacional

El autor Héctor Faúndez Ledesma sintetiza lo que, según la opinión de amplia parte de la doctrina, es la forma en como interactúan el *ius cogens* y los principios generales del derecho, al sostener que:

“Si se quiere establecer algún parámetro entre las normas de *ius cogens* y las fuentes del Derecho Internacional, probablemente ellas corresponderían a esos principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, a los cuales hace referencia el artículo 38 No. 1, letra c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, lo anterior no significa sostener que todos los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas

⁵³ **Brownlie, Ian:** Op. Cit. Pág. 490.

son normas de *ius cogens*. Con esta relación sólo queremos enfatizar el carácter de estas normas y, en segundo lugar, su autonomía respecto de los tratados y la costumbre”.⁵⁴

De lo anterior podría deducirse que los principios generales del derecho Internacional pretenden basarse en normas de *ius cogens*, en una relación de género a especie (no todos los principios generales del Derecho corresponden a normas de *ius cogens*), sin embargo, la inexistencia de una certeza absoluta en cuanto a cuales son estas últimas y la rigidez que impone la fijación de principios, hace que muchas veces no sólo no coincidan, sino que, en ciertos casos, se contrapongan. Como similitudes entre ambos tipos de normas encontramos que las dos tienen un origen consuetudinario y han sido recogidos por textos legislativos y fallos judiciales como obligatorios e inderogables para las partes, en base a la importancia de los valores que representan. Al efecto se puede citar lo expresado por la Corte Internacional de Justicia en la resolución del asunto “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”:

“La validez en derecho consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza expresado en el art. 2, pár. 4, de la Carta de las NN.UU. encuentra otra confirmación en el hecho de que los representantes de los Estados lo mencionan frecuentemente no sólo como un principio del Derecho Internacional consuetudinario, sino también como un principio fundamental o esencial de este Derecho...”

“El principio de no intervención incluye el derecho de todo Estado soberano de decidir sus asuntos sin injerencia externa; aunque los ejemplos de atentados al principio no sean extraños, el Tribunal estima que forma parte del Derecho Internacional consuetudinario... No es difícil encontrar numerosas expresiones de una *opinio iuris* sobre la existencia del principio de no intervención en el Derecho Internacional consuetudinario... La existencia del principio de no intervención en la *opinio iuris* de los Estados se basa en una práctica establecida y sustantivo. Se ha presentado a veces este principio como un corolario del principio de igualdad soberana de los Estados...”

⁵⁴ **Faúndez Ledesma, Héctor:** Prólogo del libro “*Ius cogens* en el Derecho Internacional Contemporáneo”, de Jesús Ollarves Irazábal, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Año 2005.

Aquí la Corte incluye como normas de *ius cogens* a dos principios generales del Derecho Internacional, “La Prohibición del uso de la fuerza” y el “Principio de no intervención”. No pudiendo sostenerse que hace sinónimos ambos conceptos, al menos se puede deducir que establece una relación de género a especie, siendo las normas de *ius cogens* principios del Derecho Internacional de la mayor jerarquía. Lo anterior lo confirma el profesor Gómez Robledo quien, analizando un texto de Lauterpacht, concluye:

“El *Ius cogens*, de hecho si no en el nombre, está claramente presente en el pasaje anterior, o sea, el conjunto de normas imperativas – que enfrenan y condicionan la libertad de contratación – las cuales son designadas ya como principios superiores de derecho internacional (“*overriding principles of international law*”) o bien como principios de orden público internacional (“*principles of international public policy*”) términos, al parecer, perfectamente sinónimos”.⁵⁵

Reafirma esta idea acerca de la interrelación entre los principios generales del Derecho Internacional y las normas de *ius cogens*, lo estipulado en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, de 2006: “se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal”⁵⁶

⁵⁵ Gómez Robledo, Antonio: Op. Cit. Pág. 24.

⁵⁶ Informe de la CDI, año 2006: Op. Cit. Pág. 462

CAPÍTULO II: LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

1. Naturaleza y características

La traducción literal del término latino “*erga omnes*” corresponde a la expresión “contra todos”, “respecto de todos” o “frente a todos”. Esto no resulta del todo aclaratorio en el marco del presente trabajo. En Derecho se utiliza esta expresión para señalar aquellas obligaciones cuyo cumplimiento es exigible a todos los sujetos. Se opone a la expresión “*inter partes*”, la que se refiere a la obligación no exigible a terceros y que produce efectos sólo para las partes.

En general, las obligaciones que emanan de un acto voluntario de las partes (unilateral o bilateral) o de un órgano jurisdiccional, son exigibles sólo a las partes que expresaron su voluntad de obligarse, en el primero de los casos, o que han sido parte en el litigio cuya resolución se logra mediante la sentencia judicial correspondiente, en el segundo.

En el asunto “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*” se establecen los dos requisitos esenciales para encontrarnos frente a una obligación *erga omnes*: en primer lugar son aquellas que “se contraen ante toda la comunidad internacional” y, en segundo, “incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento”⁵⁷.

Si bien las obligaciones “*erga omnes*” son también exigibles para todos los Estados, poseen una particularidad que las diferencia de su correlativo dentro de los derechos internos: en caso de violación, permiten a cualquier Estado, aun distinto del directamente afectado, exigir su cumplimiento por las vías jurisdiccionales correspondientes. Esta dualidad “*erga omnes*”, incluye no sólo al sujeto pasivo (todos los Estados, en general, y el Estado infractor, en particular), sino también a cualquier Estado como sujeto activo en estas obligaciones, con la

⁵⁷ **Alicia Cebada Romero**: “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, publicado en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, N° 4, p. 3. Año 2002.

facultad de “interponer una acción en defensa de un interés público o general”⁵⁸, idea que ha tenido eco en la jurisprudencia y doctrina internacionales.

Mas, lo que caracteriza esencialmente a una obligación “*erga omnes*” es la perspectiva del obligado (y desde esta perspectiva, lo correcto sería considerar como sujeto activo de las obligaciones *erga omnes* a la comunidad internacional que actúa representada por un miembro de ella, no en su nombre, sino que en nombre de esa comunidad y en defensa de bienes jurídicos de la máxima relevancia).

Pero la idea de un tercer Estado como sujeto activo de una “acción popular” ha sido ampliamente recogido por la práctica internacional y, más radical aun que dicha institución es el llamado “Derecho de Injerencia”, que va más allá y permite a un Estado intervenir directamente en otro en el cual no se respetan ciertas normas de *ius cogens*, especialmente las relacionadas con el Derecho Humanitario.⁵⁹ Si bien puede sostenerse esta facultad en forma lógica, no es del todo conveniente su consolidación dentro del ámbito internacional, pues iría contra uno de los objetivos prácticos del *ius cogens*, esto es, establecer normas que establezcan una igualdad soberana entre los Estados.⁶⁰ (El paulatino surgimiento de órganos prosecutors internacionales debería hacer desaparecer la citada dualidad que sitúa a un Estado como sujeto activo y suprimiría el riesgo que constituye para la paz y seguridad internacionales el desarrollo y fomento de este “Derecho de Injerencia”).

Esta “acción popular” a la que se hace referencia, se ve nítidamente recogida en el artículo VII de la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, de 9 de diciembre de 1948, que expresa que:

“Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que

⁵⁸ Remiro Brotóns, Antonio: Op. Cit. Pág. 29.

⁵⁹ Derecho que entra en conflicto con el “Principio de la no intervención”, por lo cual, en la generalidad de los casos, se acepta con el consentimiento del Estado en cuyos asuntos se interviene.

⁶⁰ Ver página 4 de este trabajo.

juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”.⁶¹

Con respecto al “Derecho de Injerencia”, aún no existen instrumentos jurídicos internacionales que lo consagren, pero la práctica reciente muestra su creciente aplicación y sus consecuencias, especialmente nefastas para la credibilidad y fuerza de las instituciones internacionales y para la paz y seguridad de los Estados.

En el citado Informe de la Comisión de Derecho Internacional, del año 2006, se caracterizan las obligaciones *erga omnes* al expresar que son aquellas que tiene “un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas.”⁶² Junto con esta caracterización se excluye su creación por medio de tratados multilaterales,

En cuanto al origen de este tipo de obligaciones, el autor italiano Maurizio Ragazzi plantea la interrogante acerca de si éstas surgen sólo de normas imperativas de Derecho Internacional:

“Las obligaciones *erga omnes* derivan necesariamente de normas de *ius cogens*?”⁶³

La opinión dominante hoy en día (y excluyente hasta la década de 1980) es que las obligaciones *erga omnes* provienen exclusivamente de normas de *ius cogens* y el Fallo “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*”, de la Corte Internacional de Justicia de 1970, no hace más que confirmar lo anterior, al expresar

“Habida cuenta la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición

⁶¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Op. Cít. Artículo VII.

⁶² Informe de la CDI, año 2006: Op. Cit. Pág. 463

⁶³ Ragazzi; Maurizio: “*The concept of International Obligations Erga omnes*”. Oxford, Reino Unido. Año 1997. Pág. 200

de los actos de agresión y genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.⁶⁴

En el documento “Obligatoriedad y complementariedad en la aplicación del marco normativo interno y el derecho internacional de los derechos humanos”, publicado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de México, se define obligación *erga omnes* haciendo hincapié en su necesaria vinculación con una norma de *ius cogens*: “es aquella que esencial y universalmente impone la aplicación de estos derechos (imperativos) bajo cualquier punto de vista e incluso en aquellos casos en que no haya sanción expresa ante su incumplimiento”.⁶⁵

En el mismo sentido se expresa la autora Anna Badia Martí en su artículo: “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado de 9 de julio de 2004”:

“Respecto a los terceros Estados se alegó la obligación de no reconocer la situación resultante del hecho ilícito y la de no prestar ayuda para el mantenimiento de la misma. Esta alegación se corresponde con las disposiciones previstas en el Art. 41 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, relativa a las consecuencias particulares de la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”.⁶⁶

Citando un caso de distinta naturaleza, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en el procesamiento en contra de Antonio Bussi y Luciano Menéndez, de 15 de diciembre de 2004, concluye algo similar al sostener que “...las normas y principios de *ius cogens* constituyen obligaciones *erga omnes* en lo que hace a su respeto y a sus garantías...Consecuentemente, acorde a la perspectiva expuesta y considerando que la tipificación de los delitos de lesa

⁶⁴ <http://www.icj-cij.org>

⁶⁵ **Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal**: “Obligatoriedad y Complementariedad en la Aplicación del Marco Normativo Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Número 5. Año 2007. Pág. 3.

⁶⁶ **Anna Badia Martí**: “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado de 9 de julio de 2004”, publicada en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, N° 9. Año 2005. Pág. 21.

humanidad y sus consecuencias surgen de las normas y principios del derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*) vigentes...⁶⁷

Basándose principalmente en lo expresado por el Instituto de Derecho Internacional, reunido en Cracovia, Polonia, en 2005, opina en el mismo sentido el magistrado brasileño Cançado Trindade quien, en su voto concordante con la resolución dictada por la CIDH, de fecha 30 de Noviembre de 2005, en el caso de “Los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé” de Febe”:

“...tais obrigações erga omnes, caracterizadas pelo jus cogens (do qual emanam) como dotadas de um caráter necessariamente objetivo, abarcam, portanto, todos os destinatários das normas jurídicas (omnes), tanto os integrantes dos órgãos do poder público estatal como os particulares...”⁶⁸ (“tales obligaciones *erga omnes*, se caracterizan por el *ius cogens* (del cual emanan), por estar dotadas de un carácter necesariamente objetivo, por lo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal, como a los particulares”⁶⁹).

El autor Pastor Ridruejo sostiene también, al referirse a lo expresado por la Corte Internacional de Justicia en cuanto a las obligaciones *erga omnes*, que estas “son, en realidad, derivadas de normas de *ius cogens*”⁷⁰

La importancia de tal vinculación se refleja en las particularidades que caracterizan a las obligaciones *erga omnes*, pues dichas particularidades se deben a la relevancia de los valores recogidos por las normas imperativas de Derecho Internacional de las que emanan, consecuencia de lo cual, para la mayoría de la doctrina, son obligaciones que se sitúan por sobre el consentimiento de los Estados, son inderogables y su cumplimiento resulta obligatorio. Tal sería la vinculación entre ambos conceptos, obligación *erga omnes* y *ius cogens*, que las conductas contrarias a los valores esenciales del Derecho Internacional (*ius cogens*) constituirían una

⁶⁷ http://www.nuncamas.org/juicios/argentin/tucuman/tucuman_15dic04.htm

⁶⁸ **Cançado Trindade, A.** Voto concordante en la resolución dictada por la CIDH en el “Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé” de Febe (Febrero de 2005). Pág. 9. párr. 24.

⁶⁹ Traducción del autor

⁷⁰ **Ridruejo, Pastor:** “La determinación del contenido del *ius cogens*”. XI Congreso de la Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (ILHADI) Lisboa, Portugal. Año 1972.

violación de una obligación *erga omnes* y por ende necesariamente, una violación grave⁷¹ dentro del ordenamiento internacional.

Contraria a lo anterior surgió con relativa fuerza, dentro de la doctrina y la jurisprudencia internacionales, la idea de que el *ius cogens* no sería la fuente exclusiva de las obligaciones *erga omnes*. Así, por ejemplo, el jurista Aurelio Pérez-Giralda sostuvo que:

“El recurso a las obligaciones "*erga omnes*" no es válido para definir el crimen, pues si bien toda obligación derivada de "*ius cogens*" es al mismo tiempo "*erga omnes*", existen obligaciones de esta última categoría que no necesariamente entran dentro del concepto de "*ius cogens*"".⁷²

Igual pensamiento tiene el profesor de la Universidad de Talca, don Gonzalo Aguilar Cavallo, quien sostiene, en apoyo a lo sostenido por el autor español que:

“En otras palabras, cuando hablamos de las obligaciones *erga omnes*, estamos en el campo de la aplicación y/o cumplimiento del Derecho Internacional, de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional y de los titulares de la acción de respeto del Derecho Internacional, mientras que las normas de *ius cogens* no juegan su rol principal en el área de la aplicación del Derecho Internacional. Las normas de *ius cogens* son consideradas tales por el hecho de que por sus propias características son jerárquicamente superiores al resto de las normas”.

En este sentido se pronuncia el Instituto de Derecho Internacional, según el cual las obligaciones *erga omnes* pueden tener un origen consensual y ya no sólo basado en obligaciones *erga omnes*, pues establecen que podrían emanar de tratados multilaterales celebrados por los Estados.⁷³

⁷¹ Denominado anteriormente como “Crimen Internacional”, se ha optado recientemente por variar la denominación para evitar términos que puedan tener una connotación especialmente negativa dentro de los ordenamientos internos.

⁷² **Pérez-Giralda, Aurelio:** “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al final del camino”, publicado en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 4. Año 2002.

⁷³ Ver Capítulo 3 de la Segunda parte de este Trabajo: “IDI (Cracovia): “Las Obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional”. Ampliación del concepto.

Pero, sin la estrecha vinculación con el *ius cogens*, resulta más complejo aun explicar la razón por la cual una norma sería obligatoria para todos los sujetos de Derecho Internacional y el por qué de la gravedad de su transgresión. Según esta corriente los tratados y dictámenes de los organismos internacionales podrían crear este tipo de obligaciones no provenientes de normas de carácter imperativo, excluyendo de ellas, como elemento característico, el hecho de incorporar valores esenciales del Derecho Internacional. Cabría además preguntarse si estas obligaciones *erga omnes* “convencionales”, por su forma de constitución y aunque recogieran valores y principios esenciales del Derecho Internacional, no son por tanto obligaciones “*inter partes*”.

Como consecuencia de la aplicación de esta última teoría, sólo el elemento fáctico, o sea, el hecho de contraerse respecto de toda la comunidad (“frente a todos”) caracterizaría a una obligación *erga omnes*. En este sentido opina, por ejemplo, el citado profesor Ragazzi.

La profesora Alicia Cebada Romero⁷⁴ intenta hacer una conciliación entre ambas posturas, pero finalmente se inclina por la primera tesis, al decir que existen dos mecanismos de interacción entre normas convencionales y obligaciones *erga omnes*: en primer lugar, la transformación en costumbre de ciertas cláusulas por su constante utilización dentro de la práctica internacional, pasando así a constituir *ius cogens* y a derivar en obligaciones *erga omnes* y, en segundo lugar, al considerar las obligaciones *erga omnes* “convencionales” simplemente como resultado de la codificación del *ius cogens*. El primer mecanismo no resultaría acertado, pues obviaría el hecho de que la inclusión de ciertas cláusulas de un tratado no proviene en este caso de la inventiva de las partes, sino que necesariamente es la consecuencia del reconocimiento de ciertos principios fundamentales (*ius cogens*) que van informando al derecho internacional. En dicho supuesto, las cláusulas que por su naturaleza no constituyen *ius cogens* no pasarían por el sólo hecho de utilizarse prolíficamente a formar parte de este y, por ende, fuente de obligaciones *erga omnes*. Esto último siendo consecuente con la idea de que el *ius cogens* emanaría sólo de la costumbre y que el consentimiento ocupa, cuando lo tiene, un rol secundario en el origen de las normas imperativas y de las consecuentes obligaciones *erga omnes*. Respecto del segundo mecanismo, este sitúa a la norma convencional como un simple sistema de reconocimiento y no de creación de obligaciones “*erga omnes*”.

⁷⁴ Alicia Cebada Romero: Op. Cit. p.2 y ss.

2. La Responsabilidad Internacional y las obligaciones erga omnes. Características y alcances. Los estudios de la Comisión de Derecho Internacional

En su primera sesión, la Comisión de Derecho Internacional, creada en 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y cuya misión principal consiste en la preparación de proyectos sobre Derecho Internacional, estableció 25 temas para estudiar, de los cuales 14 fueron escogidos para su codificación. Entre estos últimos se encuentra la Responsabilidad de los Estados, del cual se elaboró un proyecto de artículos, adoptado el 9 de agosto del año 2001.

Respecto al tema de este trabajo, el Artículo 40 del “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” expresa:

“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”.

En este artículo la Comisión hace una serie de distinciones sobre las que vale la pena detenerse. En primer lugar, hace una diferenciación entre una violación de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional y una norma que no tenga tal carácter, al establecer que el presente capítulo se refiere sólo a las primeras. Como puede observarse, no enumera ni da ejemplos de este tipo de obligaciones, debido, entre otros, al peligro que podría significar el considerar tal enumeración como taxativa, a la inclusión posterior de nuevas normas de *ius cogens* y a la falta de certeza absoluta en cuanto a que normas tienen tal carácter. Posteriormente, en el número 2 propone un concepto de lo que se entiende por violación grave.

Por otra parte, los comentarios hechos por la Comisión definen lo que se entiende por “violación sistemática”, al decir que esta es la que se lleva a cabo de manera “organizada u deliberada” y que “violación flagrante” se refiere a la magnitud de su violación o sus efectos,

debiendo tratarse de un “ataque directo y abierto contra los valores que la norma protege”.

En base a lo anterior, muy clarificador resulta ya citado procesamiento dictado por la Cámara Federal de Apelación de Tucumán, en el cual expresa:

“De acuerdo al derecho penal internacional (consuetudinario o convencional) se configura un delito de lesa humanidad cuando se ejecutan hechos delictivos comunes (privación de libertad, torturas, violación, abusos, homicidio, etc.) en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Consecuentemente, perpetrar un solo comportamiento tipificado como delito por el derecho penal común puede constituir un crimen contra la humanidad si se ejecuta en un determinado contexto, es decir, si se ajusta al modelo de la comisión generalizada o sistemática...”⁷⁵

Retomando el Proyecto de la CDI, en su Artículo 41 trata acerca de las “Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo” y expresa que:

“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”.

En este artículo 41 la Comisión establece el llamado “deber de no reconocimiento” de una situación ilegal producida por la vulneración una norma imperativa de derecho internacional, la que no se reduce al mero no reconocimiento por parte del Estado, sino que exige además un comportamiento activo que se traduce, entre otras, en no cooperar con el mantenimiento de la situación ilegal y en utilizar todos los medios lícitos que estén a su alcance

⁷⁵ http://www.nuncamas.org/juicios/argentin/tucuman/tucuman_15dic04.htm

para ponerle fin. El numeral 3º del citado artículo aclara que la violación de este tipo de obligaciones no sólo acarrea el “deber de no reconocimiento” por parte de los demás sujetos, sino que además todas las consecuencias que pudiere producir dentro del Derecho Internacional.

Este “deber de no reconocimiento”, junto con la obligación (“deben cooperar”) de ponerle fin a toda violación grave según el artículo 40, son una de las primeras y mas claras manifestaciones positivas del concepto de obligación *erga omnes*, siendo ambos ampliamente recogidos por los organismos judiciales internacionales, tal como se verá más adelante en ese trabajo.

3. IDI (Cracovia): “Las Obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional”: Ampliación del concepto.

El Instituto de Derecho Internacional, en sus sesiones celebradas en Cracovia, Polonia, en el año 2005, emitió una resolución que se refiere íntegramente a las obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional. Dicho documento, titulado “*Obligations and rights erga omnes in international law*” (“Obligaciones y derechos *erga omnes* en el Derecho Internacional”)⁷⁶ define lo que debe entenderse por este tipo de obligaciones. Al respecto, en su artículo 1 expresa:

“Article 1: For the purposes of the present articles, an obligation erga omnes is:

(a) an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or

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

(“Artículo 1: A los fines del siguiente artículo, una obligación *erga omnes* es:

⁷⁶ Traducción del autor.

a) Una obligación bajo las normas generales del derecho internacional que un estado debe en cualquier caso dado a la comunidad internacional, en vista de sus valores comunes, de manera que una infracción de esa obligación habilita a todos los estados a tomar acción; o

b) Una obligación bajo tratados multilaterales que el estados parte del tratado debe en cualquiera caso dado a todos los estados miembros del mismo tratado, en vista de sus valores comunes, de manera que una infracción de esa obligación habilita a todos estos estados a tomar acción).⁷⁷

Con esta definición se da un vuelco en la concepción de obligación *erga omnes* y se incluyen obligaciones que no comparten las características propias de una obligación de este tipo. El numeral 2º se refiere a obligaciones “*inter partes*” emanadas de un tratado, siendo que, por lo visto anteriormente, lo característico de una obligación *erga omnes* es justamente no requerir manifestación de voluntad alguna para su existencia, ser inderogable para los Estados y emanar del *ius cogens*, requisito y justificación de sus particulares efectos. En este sentido no resultaría del todo afortunada la innovación presentada.

Respecto a esto último, la Comisión no hace grandes cambios respecto a lo sostenido previamente por la mayoría de los autores, pues establece una especie de “acción popular” en caso de infracción de una obligación *erga omnes*: permite a todos los Estados, incluso a los no directamente afectados, exigir al Estado infractor que cese con su comportamiento y que repare el perjuicio causado al Estado, organismo o particular directamente afectado.

Más adelante, en su artículo 5, la Comisión fija una serie de mecanismos que todos los Estados sujetos a una obligación *erga omnes* deben emplear en caso de que otro Estado no las cumpla. En primer lugar el Estado debe buscar poner fin a la situación creada por la violación a través de los mecanismos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, debe desconocer la legalidad de la situación jurídica creada por dicha infracción y, por último, se le otorga la facultad de tomar contramedidas “no coercitivas” en aspectos análogos a los de la infracción.

⁷⁷ Traducción del autor.

Surge la duda, respecto a la “acción popular” y a los mecanismos establecidos en el artículo 5, en relación con el motivo que justificaría la existencia de estos en el caso de las obligaciones “*erga omnes*” “emanadas de tratados multilaterales. Estas son el resultado normal de una obligación contraída de esta forma y no por ello pasarían a ser *erga omnes*, pues lo serían si un Estado no parte del tratado pudiera exigir su cumplimiento y hacer aplicación del artículo 5 al respecto del estado firmante y viceversa. Siendo consecuente con el concepto sustentado en este trabajo, esto puede suceder sólo si la obligación contractual coincide con una norma imperativa de Derecho Internacional de la cual emanaría su carácter de *erga omnes* y no por el simple hecho de emanar de un tratado multilateral.

Si bien el aporte teórico de la Comisión en este tema resulta discutible, bien podría sostenerse que en sus primeros cinco artículos aporta cierta claridad y certeza, bienes en sí mismo valiosos en el campo del Derecho, mas, el artículo 6 profundiza la discusión, agregando un elemento más a ella, al sostener que:

“The preceding articles are without prejudice: b) to the application of special rules to the breach of certain obligations erga omnes;” (los artículos precedentes son sin perjuicio: b) del uso de reglas especiales en caso de violación de determinadas obligaciones *erga omnes*;) ⁷⁸.

⁷⁸ Traducción del autor.

CAPÍTULO III: LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES* EN LA JURISPRUDENCIA

Si bien existen numerosos dictámenes y resoluciones de organismos internacionales que recogen la idea de obligaciones “*erga omnes*”, resulta notoria la falta de concordancia entre ellos particularmente en cuanto a la naturaleza y consecuencias de tales obligaciones. A manera de ejemplo se presenta una selección de algunas resoluciones de diferentes órganos judiciales internacionales que denotan tal falta de acuerdo aun al interior de estos:

1. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El asunto “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*”.

La Corte Internacional de Justicia, máximo órgano judicial de las Naciones Unidas, en varias sentencias y dictámenes ha reconocido la existencia de obligaciones *erga omnes* dentro del Derecho Internacional. Como sostiene Vincent Chetail, “la primera referencia que la Corte hizo de la noción de obligación *erga omnes* se relacionó con la prohibición del genocidio. En su Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio del 28 de mayo de 1951”⁷⁹. En esta referencia, la Corte estima que dicha Convención establece normas obligatorias no por el hecho de haberse incluido en ella, sino por la importancia que tienen “*per se*”, los bienes jurídicos protegidos por ellas.

En 1970, en “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*”, (Bélgica c. España), en opinión del autor español Rogelio Pérez Bustamante “asunto célebre de la jurisprudencia internacional al iniciar la fundamentación del concepto de obligaciones *erga omnes*”⁸⁰, la Corte establece que “debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras

⁷⁹ **Chetail, Vincent:** “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 850. Año 2006. Pág. 248.

⁸⁰ **Pérez Bustamante, Rogelio:** “El caso de la Barcelona Traction”. Revista Abogacía Española, N° 34, Julio de 2006. Pág. 62.

obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”⁸¹

Es claro que en este caso la Corte afirma la existencia de normas imperativas de las cuales emanan obligaciones *erga omnes*, haciendo una distinción entre obligaciones respecto de otro Estado y obligaciones respecto de todos ellos en virtud de principios relevantes que a toda la comunidad internacional le interesa proteger. Esta es, según lo sostenido en este trabajo, una de las expresiones más acertadas de la Corte Internacional de Justicia respecto de las obligaciones *erga omnes*, su naturaleza y origen.

Para Antonio Remiro Brotóns, refiriéndose al “*óbitus dictum*”⁸² de “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*” “...todos los Estados tienen interés en la observancia de las obligaciones -existentes- hacia la comunidad internacional en su conjunto que, por lo tanto son obligaciones *erga omnes*”.⁸³

A modo de ejemplo, se pueden citar además, como resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en que se recoge el concepto de obligación *erga omnes*, los casos sobre las “Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. EE.UU. 1986): “El principio de no intervención incluye el derecho de todo Estado soberano de decidir sus asuntos sin injerencia externa; aunque los ejemplos de atentados al principio no sean extraños, el Tribunal estima que forma parte del Derecho Internacional consuetudinario...”⁸⁴, “Timor Oriental” (Portugal c. Australia, 1995): “el territorio de Timor Oriental sigue siendo un territorio no autónomo y su pueblo tiene el derecho a la libre determinación...el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha surgido de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*”⁸⁵, “Plataforma Continental” (Libia c. Malta, 1985): “Es evidente que la sustancia del Derecho Internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica actual y la *opinio iuris* de los Estados, incluso si los tratados multilaterales pueden jugar

⁸¹ *I.C.J. Reports* 1970. Pág. 32, párr. 33.

⁸² Argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª edición).

⁸³ **Remiro Brotóns, Antonio:** Op. Cit. Pág. 23

⁸⁴ *I.C.J. Reports* 1986.

⁸⁵ *I.C.J. Reports* 1995. Pág. 102, párr. 29.

un papel importante al registrar y definir las normas derivadas de la costumbre e incluso al desarrollarlas”⁸⁶ y “Aplicación de la Convención sobre prevención y castigo del Crimen de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia, 1996): “los derechos y obligaciones inscritos en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*”⁸⁷. Como se puede observar, se trata principalmente de resoluciones vinculadas con el Derecho Humanitario, el uso de la fuerza y la autodeterminación de los pueblos.

Respecto de opiniones consultivas, se hace mención de las obligaciones *erga omnes*, por citar algunas, en el caso referido a la presencia sudafricana en Namibia (“*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*”): “Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad y la invalidez de la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia y a abstenerse de prestar a Sudáfrica cualquier apoyo o cualquier otra forma de asistencia con respecto a su ocupación de Namibia”⁸⁸ y aquella en que trata sobre las consecuencias jurídicas de la construcción por parte de Israel de un muro en los Territorios Ocupados (“*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”): “En efecto, la Corte ha dejado en claro que el derecho de los pueblos a la libre determinación es ahora un derecho *erga omnes*”, “La Corte observa que las obligaciones violadas por Israel comprenden algunas obligaciones *erga omnes*”, “Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, y algunas de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario”, entre otras.

Puede concluirse de lo anterior que existe un amplio reconocimiento por parte de la Corte Internacional de Justicia de las obligaciones *erga omnes*. Si bien existen discrepancias entre los distintos jueces al respecto, es claro que, paulatina e inequívocamente, la Corte ha ido perfeccionando y aclarando el concepto, constituyéndose en uno de los principales responsables de su consolidación en el ámbito internacional.

⁸⁶ *I.C.J. Reports* 1985. Pág. 29-30

⁸⁷ *I.C.J. Reports* 1996. Pág. 616.

⁸⁸ *I.C.J. Reports* 1948 – 1991. Pág. 107.

2. Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido en cumplimiento de la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993, con el objeto de juzgar las graves violaciones a los derechos humanos que se venían produciendo en los territorios correspondientes a dicho estado a partir de su disolución, en 1991.

En su sentencia de 10 de diciembre de 1998, dictada a propósito del juzgamiento de Anto Furindzija, condenado a 10 años de prisión por crímenes de lesa⁸⁹ humanidad, el Tribunal hace mención a las obligaciones *erga omnes* y se refiere a ellas desde una doble perspectiva, por un lado acogiendo la idea de que su incumplimiento genera una responsabilidad ampliada y por otro, generando una verdadera acción popular a partir de dicha violación, la cual facultaría a cualquier Estado para exigir su cumplimiento:

*“Furthermore, the prohibition of torture imposes upon States obligations erga omnes, that is, obligations owed towards all the other members of the international community, each of which then has a correlative right. In addition, the violation of such an obligation simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member, which then has the right to insist on fulfilment of the obligation or in any case to call for the breach to be discontinued”*⁹⁰ (“Además, la prohibición de tortura impone obligaciones *erga omnes* a todos los Estados, es decir obligaciones hacia todos los otros miembros de la comunidad internacional, cada una de las cuales, entonces, tiene un derecho correlativo. Además, la violación de tal obligación simultáneamente constituye una violación del derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y da lugar a una reclamación para el cumplimiento que se acumula a todo y cada miembro, que entonces tiene el derecho de insistir en el cumplimiento de la obligación o en cualquier caso pedir que la violación cese”).⁹¹

⁸⁹ **Lesá:** Agraviada, lastimada, ofendida. Se dice principalmente de la cosa que ha recibido el daño o la ofensa. Diccionario de la Real Academia, 22ª edición. Año 2001.

⁹⁰ **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:** Caso N° IT-95-17/1, *Judgement*. Considerando 151. En <http://www.un.org/icty/>

⁹¹ Traducción del autor.

Si bien la argumentación parece lógica: deducir que, por el hecho de ser “sujeto pasivo” de una obligación “*erga omnes*”, cada sujeto de Derecho Internacional debe tener necesariamente un derecho correlativo, que a su vez es violado cada vez que un Estado no cumple con su propia obligación, lo que a su vez facultaría a todo Estado a exigir su cumplimiento, no es en realidad del todo acertada. No se expresa, por un lado, por qué el hecho de tener una obligación *erga omnes* conlleva siempre a disponer de un derecho correlativo y, por otro, por qué el hecho de que un Estado vulnere su propia obligación legitima a otro Estado, aun reconociéndole su derecho correlativo, para accionar en su contra. En este caso parece ser más adecuado afirmar lo sostenido precedentemente en este mismo trabajo: como miembro de la comunidad internacional y en representación de esta, un Estado estaría legitimado para actuar en virtud de una violación que, por su gravedad, afecta a toda dicha comunidad.⁹²

3. **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos, fue establecida en el año 1979 con el objeto de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados relacionados con dicho tema.

En el caso “Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú”, resuelto el 10 de julio de 2007 y, a propósito de la excepción preliminar de incompetencia presentada por el Estado Peruano, la Corte no hace, pudiendo hacerlo, aplicación de los conceptos de obligación *erga omnes* y de *ius cogens* para resolver el caso. Por el contrario, reconoce su competencia, pese a tratarse de violaciones a normas imperativas de Derecho Internacional, sólo para hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación por parte de Perú de la Convención Interamericana contra la Tortura:

17. “El Estado ratificó la Convención Interamericana contra la Tortura el 28 de marzo de 1991, y ésta entró en vigor para el propio Estado, conforme al artículo 22 de la misma Convención, el 28 de abril de 1991”.

⁹² Ver capítulo “Naturaleza y Características” de las obligaciones *erga omnes*.

18. “Los hechos del presente caso ocurridos con anterioridad al 28 de abril de 1991 no caen bajo la competencia de la Corte en los términos de ese instrumento. Sin embargo, la Corte retendría su competencia para conocer de hechos o actos violatorios de dicha Convención contra la Tortura acaecidos con posterioridad a la mencionada fecha”.⁹³

A diferencia de otros organismos judiciales internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no muestra en este caso un criterio acorde con la jurisprudencia mayoritaria que guía a los principales autores del Derecho Internacional y con los fallos de la Corte Internacional de Justicia, como sí lo hace, por ejemplo, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia.

De manera distinta procede la Corte en la Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por México, sobre la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Resume esta opinión lo expresado en su voto concurrente por el Magistrado Alirio Abreu Burelli:

“La Corte, en esta oportunidad, ha precisado el alcance de las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad, al establecer que el principio de igualdad y no discriminación, que es fundamental para la salvaguardia de esos derechos, pertenece al *ius cogens*.

Esta precisión conduce a la Corte a declarar, igualmente, que los Estados, sean o no partes de un determinado tratado internacional, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación y que esa obligación tiene efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente a terceros y particulares”.

En este caso la CIDH hizo, a la luz de la doctrina y jurisprudencia predominantes, una aplicación correcta de las ideas de *ius cogens* y obligación *erga omnes*, otorgándole acertadamente a ambas sus efectos correspondientes.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=266>

4. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Continuidad de la Presencia de Sudáfrica en Namibia (21 de Junio de 1971)

El 21 de Junio de 1971, la Corte Internacional de Justicia emitió una Opinión Consultiva acerca de la presencia sudafricana en Namibia, tras el mandato y posterior fideicomiso que dieron a Sudáfrica la administración de la ex colonia alemana (*“Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia”*). En ella se sostiene que, tras la finalización de dicho mandato, la Unión Sudafricana, debía hacer abandono de él, situación que no acontecía pese a existir una resolución previa del Consejo de Seguridad de la ONU que así se lo ordenaba.

Específicamente respecto de las obligaciones *erga omnes*, la Corte estableció una serie de ellas para terceros Estados, incluso para aquellos no miembros de las Naciones Unidas.

Por ejemplo, establece que los Estados miembros tienen la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia sudafricana en Namibia, considerar como inválidos los actos que Sudáfrica haga en y con relación a Namibia y abstenerse de cualquier acto o transacción que implique reconocer como válida su presencia, así como también cooperar con esta (*“that States Members of the United Nations are under obligation to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia and the invalidity of its acts on behalf of or concerning Namibia, and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa implying recognition of the legality of, or lending support or assistance to, such presence and administration”*). “Aquellos Estados miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia y la invalidez de sus actos en lo que concierne a Namibia, y deben abstenerse de cualquier acto y, en particular, de cualquier transacción con el Gobierno de Sudáfrica que implique el reconocimiento de la legalidad de dicha presencia, o de prestar apoyo o ayuda a tal presencia y administración”⁹⁴.

En el párrafo siguiente, la Corte se refiere a los Estados no miembros de las Naciones Unidas, a quienes exige un determinado comportamiento en virtud de dichas obligaciones *erga omnes* (*“that it is incumbent upon States which are not Members of the United Nations to give assistance, within the scope of subparagraph (2) above, in the action which has been taken by*

⁹⁴ Traducción del autor.

the United Nations with regard to Namibia”).

Más adelante, la Corte vincula las obligaciones que tendrían todos los Estados con las graves violaciones del derecho internacional cometidas por Sudáfrica al ocupar un territorio sin un título y sin respetar los derechos de la población de Namibia, incurriendo por ello en responsabilidad internacional. Aquí se justifica la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones, pues se estaría velando por valores esenciales recogidos por el *ius cogens* y violados por Sudáfrica, como el Derecho Humanitario, la libre determinación de los pueblos y la prohibición de toda anexión territorial por medio de la fuerza. Dichas violaciones se refieren nítidamente a obligaciones *erga omnes* y en consecuencia son también exigibles a los terceros Estados.

Brownlie y otros autores hablan en este caso del citado “deber de no reconocimiento”, cuyas consecuencias “son distintas a las derivadas de la aplicación de sanciones militares o económicas...en la práctica eran similares a las consecuencias de las sanciones no militares...”⁹⁵.

Una interpretación distinta al respecto es sostener que la Corte no sólo reconoce algunas obligaciones *erga omnes* en su Opinión Consultiva sobre Namibia, sino que además establece otras. Siendo consecuentes con lo expresado en este trabajo, al no ser estas obligaciones derivadas del *ius cogens* y por ende del derecho consuetudinario, no constituirían obligaciones *erga omnes*. En este caso su fuente sería la voluntad de los Estados expresada a través de su pertenencia a las Naciones Unidas y la propia jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, que velaría de esta manera por el respeto de una resolución del Consejo de Seguridad. Pero no es la Corte ni la resolución del Consejo de Seguridad la que otorga el carácter de *erga omnes* a las obligaciones, sino que, en este caso, la norma del *ius cogens* vulnerada por Sudáfrica.

Si aplicáramos la idea de que la Corte crea dichas obligaciones con prescindencia del *ius cogens*, en el caso de los países no miembros habría que entender que el Consejo de Seguridad, con el reconocimiento que hace en su Opinión Consultiva la Corte, tendría la capacidad no sólo de dictar resoluciones obligatorias en virtud de la facultad establecida en los artículos 24 y 25 de la Carta, sino que de cierto modo crear obligaciones *erga omnes* vinculantes para toda la

⁹⁵ **Ian Brownlie:** Op. Cit. Pág.492

comunidad internacional.⁹⁶

La Opinión Consultiva sobre Namibia va acompañada de una serie de declaraciones separadas y opiniones disidentes de algunos magistrados. Cabe destacar la oposición al subpárrafo 2, en el cual se establecen las obligaciones *erga omnes*, por parte de los Magistrados Petrán y Onyeama, demostrando con ello que el tema estaba lejos de ser pacífico. Al respecto, estos jueces “atribuyen un efecto demasiado amplio a los efectos del no reconocimiento”⁹⁷.

En este caso, la Corte debió reconocer la existencia de ciertas obligaciones *erga omnes* (emanadas del *ius cogens*) respecto del territorio de Namibia y sus habitantes, advertir sobre su eventual violación por parte de Sudáfrica y de cualquier Estado, y hacer presente la responsabilidad en que incurrirían estos en caso hacerlo.

5. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (9 de Julio de 2004).

En esta Opinión Consultiva, la Corte Internacional de Justicia vuelve a atribuir obligaciones a terceros Estados sobre la base del concepto de obligaciones *erga omnes*, tal como lo hizo en el asunto de la ocupación sudafricana del territorio de la actual Namibia. El tema fue bastante discutido por los magistrados y ampliamente desarrollado en las opiniones individuales y disidentes.

Para la autora Anna Badia Marti:

“La Corte constata que efectivamente dos ámbitos normativos, aplicables al asunto, contienen “obligaciones *erga omnes*”: el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y algunas obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario, aunque ello lo considera

⁹⁶ Ver Opinión Individual de la jueza Higgins en “Opinión Consultiva acerca de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por parte de Israel en los Territorios Ocupados”.

⁹⁷ *I.C.J. Reports 1948 – 1991*. Pág. 110.

improcedente la magistrada Higgins”⁹⁸

En el párrafo 154 la resolución expresa que:

“La Corte considerará ahora las consecuencias jurídicas de los actos internacionalmente ilícitos emergentes de la construcción del muro por parte de Israel en lo tocante a los demás Estados”.

Seguidamente considera que con su conducta Israel ha violado obligaciones *erga omnes*, especialmente las relacionadas con el Derecho Humanitario y la libre determinación de los pueblos. Respecto de ellos cita el caso “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*” para afirmar que todos los Estados tienen interés en la protección de tales derechos. Cita también los casos de “Timor Oriental” y “Ensayos Nucleares” para reafirmar el carácter *erga omnes* de la libre determinación y del Derecho Humanitario, respectivamente.

Se hace también mención del artículo 1 del Cuarto Convenio de Ginebra para darle mayor sustento positivo a la idea de que las normas de Derecho Humanitario son normas de *ius cogens*, las cuales los Estados se comprometieron a respetar y hacer cumplir:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

Parece correcta la Corte en este respecto, más si se toman en consideración los citados artículos 40 y 41 del “Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, de la Comisión de Derecho Internacional, referidos a la responsabilidad internacional por la violación de una norma de *ius cogens* y a sus consecuencias. Específicamente el artículo 41 establece el llamado “deber de no reconocimiento”, concepto de la Corte recoge, pero que no aplica del todo correctamente.

Respecto del sub párrafo 159 de la Opinión Consultiva, en el cual la Corte especifica las obligaciones que derivan de la construcción del muro en relación con terceros Estados, surge la controversia en cuanto a si realmente se trata del respeto de derechos esenciales para la

⁹⁸ **Anna Badia Marti**: Op. Cit. Pág.21.

comunidad internacional. Tampoco es clara la Corte al momento de explicitar la forma de cumplir tales obligaciones. Citemos por ejemplo lo que sostiene en cuanto a que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores”.

No se refiere la Corte a la manera en que los terceros Estados tienen que actuar para que Israel respete el Derecho Internacional Humanitario, ni tampoco como velar para que ponga fin a cualquier impedimento para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. La expresión de que esto debe hacerse “Dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional” no es suficientemente clara para que los demás miembros de la comunidad internacional puedan dar cumplimiento a las obligaciones que se les imponen.

Coincide con lo anterior el juez Kooijmans, quien sostiene:

“tengo grandes dificultades para comprender que es lo que entraña el deber de no reconocer un hecho ilegal”.

Poco claro es también lo dicho respecto de “no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción”.

Los jueces Kooijmans y Buergenthal votaron en contra de lo expresado por la Corte respecto de las obligaciones *erga omnes*. El primero de ellos, en su opinión individual, critica la poca claridad de la Corte preguntándose:

“¿Es todo impedimento para el ejercicio del derecho a la libre determinación una violación de una obligación de respetarlo? ¿Lo es sólo cuando se trata de un impedimento grave? ¿El cese del acto que constituye el impedimento restauraría el derecho o meramente pondría fin a la violación?”.

Estamos de acuerdo con lo planteado por el magistrado en este aspecto.

La jueza Higgins menciona la confusión que existe, según ella, para la Corte, respecto de la naturaleza y alcance de una obligación *erga omnes* y la imposibilidad de que tenga como

fuerza una resolución de un organismo de las Naciones Unidas, como lo es el Consejo de Seguridad. No puede provenir este tipo de obligaciones de la declaración de ilicitud que hace este órgano de una determinada conducta. No se opone a la obligatoriedad para todos los Estados: “que una situación ilegal no debe ser reconocida o recibir la asistencia de terceros”, pero no basándose en su carácter de *erga omnes*, sino que en que las determinaciones del Consejo de Seguridad son vinculantes para los Estados miembros y por ello deben “aceptarlas y llevarlas a cabo”. Coincidimos también con lo expresado por la jueza inglesa a este respecto.

Hizo bien la Corte en exigir determinados comportamientos a terceros miembros de las Naciones Unidas, pero no debió hacerlo apelando a la existencia de una obligación *erga omnes* (que sí existen a este respecto) sino que al hecho de que existía un pronunciamiento del Consejo de Seguridad referente al caso, de conformidad a los artículos 24 y 25 de la Carta de las Naciones Unidas. La Corte de cierto modo desnaturaliza la idea de obligación *erga omnes*, transformando la violación de una de ellas por parte de Israel en fuente de este tipo de obligaciones para terceros Estados.

Kooijmans comparte esta idea, y señala que este proceder de la Corte resulta difícil de comprender. El origen de las obligaciones *erga omnes* se centra en valores esenciales del derecho internacional y no en la violación de tales valores. Más que reconocer la ilicitud de la situación, la Corte debió basarse en la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad que así la declaran. De lo contrario nos encontraríamos en la paradoja de que sería necesario el reconocimiento por parte de los Estados de una resolución del Consejo de Seguridad para darle fuerza y validez. En otras palabras ¿por qué reconocer la ilicitud de un hecho que fue declarado ilícito por el Consejo de Seguridad en una resolución que, como Estado, me es obligatoria?

CONCLUSIONES

Aun cuando, dentro de la doctrina no existe unanimidad en cuanto a la trilogía “costumbre – *ius cogens* – obligaciones *erga omnes*” como cadena que no admitiría otros eslabones, sino que sólo elementos accesorios y complementarios (tratados, jurisprudencia, doctrina, entre otros) el resultado de este trabajo arroja, con cierta claridad, que el *ius cogens* internacional encuentra su origen en la costumbre internacional y que se constituye a su vez en la única fuente directa de las obligaciones *erga omnes*.

Respecto al primer eslabón, si bien subsisten teorías que afirman que la repetición constante de una norma en un tratado o convención puede hacer surgir una norma imperativa de Derecho Internacional, aun aceptando dicha postura, esto siempre tendría que hacerse por medio de la costumbre: o bien se crea una costumbre por medio de esta positivización constante de ciertas normas, pasando a ser su incorporación en los tratados la repetición constante de un uso, lo que unido a la *opinio iuris cogentis*, haría surgir la costumbre, de la cual surge el consiguiente *ius cogens*, o bien el tratado o convención se constituye en el mero instrumento que da reconocimiento positivo a una costumbre preexistente, limitándose a codificarla.

Lo mismo puede aplicarse a las decisiones de los órganos judiciales internacionales: aplican la costumbre, ayudando en su fijación, o bien recogen ciertos usos, actuando como mecanismo de reconocimiento.

Por otro lado, la voluntad soberana de los Estados, en uno de sus reflejos más nítidos, los ordenamientos internos, ya sea desde el punto de vista legislativo como judicial, cede ante estas normas imperativas de Derecho Internacional que le resultan obligatorias e inderogables. El *ius cogens* resulta “inmune” frente a la voluntad del Estado, interna y externa y, esta última, aun en conjunto con la de otros Estados y organismos internacionales.

Por todo lo anterior, no es errado afirmar que el *ius cogens* encuentra su sustento exclusivo en la costumbre internacional, teniendo como elementos accesorios a su proceso de

creación a las restantes fuentes del Derecho Internacional.

Respecto del segundo eslabón, se ha planteado una corriente que desvincula algunas obligaciones *erga omnes* del *ius cogens*. Así, han surgido las llamadas obligaciones “*erga omnes partes*” y aquellas que si bien no son obligaciones propiamente tales, se les designa así por ser oponibles a todos los Estados, como lo son por ejemplo, las fronteras y límites de un Estado. Esta corriente que ha ampliado el concepto de obligación *erga omnes* ha sido liderada principalmente por el Instituto de Derecho Internacional a partir de los últimos años del siglo XX.

Por otra parte, existe jurisprudencia que se ha definido a sí misma como fuente de obligaciones de este tipo. Más, si se analiza el asunto en profundidad, en todos los casos lo ha hecho en base a normas imperativas de Derecho Internacional. Lo anterior no sólo por la naturaleza de las obligaciones *erga omnes*, las que para algunos *per se* no admiten otra fuente, sino que también en la práctica, pues cuando el órgano jurisdiccional ha pretendido prescindir del *ius cogens* para generarlas, o termina fundamentándose, a la larga, en éste, o bien crea otro tipo de obligaciones que no tienen tal calidad: por ejemplo, obligaciones para todos los miembros de las Naciones Unidas, pero en virtud de dicha membresía.

Así, en este último caso, estas obligaciones “para todos los Estados” firmantes, emanan de un acto voluntario de ellos, no siendo obligaciones *erga omnes*, ni compartiendo sus características particulares: no generan una “acción popular”, su contravención no genera una responsabilidad especial, ni agravada ni ampliada, ni tampoco un “deber de no reconocimiento” de la situación creada por dicha contravención por parte de los otros estados y, con mayor razón, no admiten el discutido, pero cada día más vigente en la práctica internacional, “Derecho de Ingerencia”.

Lo correcto, a juicio de lo expuesto en este trabajo, es sostener que la única fuente de las obligaciones *erga omnes* son las normas imperativas de Derecho Internacional: a ello deben sus especiales características ya analizadas, que no tendrían sustento en caso de afirmarse que la voluntad de los sujetos de Derecho Internacional pudieran crearlas.

Más aun, tal es su vinculación, que bien podría concluirse que las obligaciones *erga*

omnes no son algo distinto del *ius cogens*, sino que un resultado de su aplicación práctica.

GLOSARIO

1. **Jurisdicción consultiva (*Advisory jurisdiction*)**⁹⁹: opinión sobre cuestiones jurídicas emitida por la Corte Internacional de Justicia a solicitud de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad o de otro órgano de la ONU autorizado por la Asamblea General.
2. **Contramedida “no coercitiva” (“*non-forcible counter-measure*”)**: medida tomada en contra de un Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, de carácter temporal, provisional, proporcional y que busca poner fin a dicho comportamiento. Su naturaleza “no coercitiva” excluye de ella el uso de la fuerza.
3. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos, establecida en el año 1979 con el objeto de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados relacionados con dicho tema
4. **Corte Internacional de Justicia**: máximo órgano judicial de las Naciones Unidas encargado de resolver las controversias de orden jurídico entre los Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que se sometan a su conocimiento.
5. **Costumbre Jurídica**: repetición constante y uniforme de una conducta, con el convencimiento de que ello obedece a un imperativo jurídico.
6. **Crimen de lesa humanidad**: actos inhumanos que por su extensión y gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional, la cual debe forzosamente exigir su castigo.¹⁰⁰

⁹⁹ De la Corte Internacional de Justicia

¹⁰⁰ **Tribunal Penal para la ex Yugoslavia**: Caso No. IT-94-I-T, sentencia 7 de mayo de 1997, N° 644

7. **Deber de no reconocimiento:** obligación de no legitimar una situación internacionalmente ilícita.
8. **Derecho de Gentes (*Ius gentium*):** en sentido amplio, en latín, Derecho Internacional Público.
9. **Derecho de Injerencia:** derecho de intervenir directamente en asuntos de terceros estados cuando es infringida una norma de *ius cogens*.
10. ***Erga omnes (Lat)*:** respecto de todos o frente a todos.
11. ***Principio Res inter alia acta (Lat)*:** principio jurídico según el cual los efectos de un contrato o tratado obligan sólo a las partes contratantes.
12. ***Inter partes (Lat)*:** entre las partes. En Derecho se refiere a aquellos efectos que un acto o norma produce para las partes.
13. ***Ius cogens (Lat)*:** según la Convención de Viena son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario
14. ***Obiter dictum*:** argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo.¹⁰¹
15. ***Opinio iuris*:** conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica.
16. ***Opinio iuris cogentis*:** conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica emanada de una norma de *ius cogens*.
17. ***Pacta sunt servanda (Lat)*:** lo pactado obliga. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.¹⁰²

¹⁰¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª edición.

18. **Pandectismo:** estudio del derecho romano y sus instituciones para su aplicación en el derecho actual (definición del autor).

¹⁰² Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

BIBLIOGRAFÍA

1. Documentos:

1. *Annuaire de la Commission du Droit International de Nations Unies*. Tomo II, 1958.
2. **Asamblea General de las Naciones Unidas**: “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”. 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006) .Naciones Unidas. Nueva York, 2006.
3. **Oficina del Alto Comisionado de las O.N.U. para los Derechos Humanos**: “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, 1948.
4. Código Civil de la República Francesa.
5. Constitución Política de la Republica de Chile.
6. Constitución Política de la Republica Argentina.
7. Constitución Política de España.

2. Páginas Web:

1. **Centro de Información de las Naciones Unidas** (México, Cuba y R. Dominicana) <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm>
2. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. <http://www.corteidh.or.cr>
3. **Corte Internacional de Justicia**: “Preguntas y respuestas acerca del principal Órgano Judicial de las Naciones Unidas”. Naciones Unidas. Décima edición. Nueva York, Estados Unidos, 2000.
4. **Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia**. <http://www.un.org/icty/>
5. **Revista Ius et Praxis**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca, Chile, 2002. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=07180012&script=sci_serial
6. **Procuraduría General de Justicia del DF**: “Obligatoriedad y Complementariedad

en la Aplicación del Marco Normativo Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Ciudad de México, México. Número 5, 2007. <http://www.pgjdf.gob.mx>

3. Textos:

1. **Badia Martí, Anna:** “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado de 9 de julio de 2004”, “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, N° 9, 2005. <http://www.reei.org>
2. **Brownlie, Ian:** “*Principles of Public International Law*”, Sexta Edición, *Oxford University Press Inc.*, Nueva York, 2003.
3. **Casado Raigón, Rafael:** “Notas sobre el *Ius cogens* internacional”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, España. 1991.
4. **Cassese, Antonio:** “Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo”, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1993.
5. **Cebada Romero, Alicia:** “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*”, N° 4, año 2002. <http://www.reei.org>
6. **Chetail, Vincent:** “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”. Artículo publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 850, págs. 235 – 269. Junio de 2006. <http://www.icrc.org/>
7. **Combacau Jean y Sur, Serge:** “*Droit International Public*”, 5ª edición, Montchrestien, Paris, Francia, 2001.
8. **Crawford, James:** “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado”, Editorial Dykinson, Universidad de Cambridge, Reino Unido, 2004.
9. **De Vattel, Emmerich:** “*The Law of Nations or the Principles of Natural Law*”. Edición electrónica, *Lonang Institute*, 2005. Basada en la edición impresa de “*T. & J.W. Johnson & Co.*” (Filadelfia, Estados Unidos), 1883. <http://www.lonang.com/>

10. **Dupuy, Pierre - Marie:** “*Droit International Public*”, Ediciones Dalloz, *Colection des Précis Dalloz*, 6ª edición. Paris, Francia, 2002.
11. **Elihu Root:** *Proceedings of the Second Pan American Scientific Congress: “The outlook for international law”*. US Government Office, 1917.
12. **Fraidenraij, Susana y Méndez Silva; Ricardo** (compiladores): “Elementos de Derecho Internacional Humanitario”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2001.
13. **Gómez Robledo, Antonio:** “El *Ius cogens* Internacional. Estudio Histórico-Crítico”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 147, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2003.
14. **Hafner, Gerhard:** “El derecho a las contramedidas en el Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado”. artículo publicado en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, N° 5, año 2002. <http://www.reei.org>
15. **Jiménez de Azúa, Luís:** “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, 3ª Edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958.
16. **Londoño, María Antonia:** “Timor Oriental. La independencia se acerca”. <http://www.fuhem.es/portal/areas/paz/timor/maria.html>
17. **O’Donnel, Daniel:** “Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Bogotá, Colombia, 2004.
18. **Ollarves Irazábal, Jesús:** “*Ius cogens* en el Derecho Internacional Contemporáneo”, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2005.
19. **Pastor Ridruejo, José Antonio:** “Curso de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1987.
20. **Pastor Ridruejo, José Antonio:** “La determinación del contenido del *ius cogens*”. XI Congreso de la Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (ILHADI) Lisboa, Portugal, 1972.
21. **Pérez-Giralda, Aurelio:** “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al final del camino”, artículo publicado en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, N° 4, 2002. <http://www.reei.org>
22. **Puceiro Ripoll, Roberto:** “Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho

internacional contemporáneo”: Artículo publicado en Derecho Internacional Público. Tomo I, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1996.

23. **Ragazzi, Maurizio:** “*The Concept of International Obligations Erga omnes*”. *Oxford Monographs in International Law*, Nueva York, Estados Unidos, 2000.
24. **Remiro Brotóns, Antonio:** “Derecho Internacional”. Editorial McGraw-Hill. Madrid, España, 1997.
25. **Schweb, Egon:** “*Some aspects of International Ius cogens as formulated by the International Law Commission*”, publicado en “*American Journal of International Law*”, Vol. 61, p. 963 y ss. 1967.
26. **Pérez Bustamante, Rogelio:** “El caso de la Barcelona Traction”. *Revista Abogacía Española*, N° 34, Julio de 2006, p. 62.

4. Revistas y otras publicaciones:

1. **Real Academia Española de la Lengua:** “Diccionario de la Lengua Española”. 22ª Edición. Madrid, España, 2001.
2. **Revista del Abogado.** N° 38. Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile. Noviembre de 2006.

5. Jurisprudencia:

1. **Corte Internacional de Justicia:**
 - a. “*Barcelona Traction Light and Power Company Limited*” (Bélgica c. España). *I.C.J. Reports* 1970.
 - b. “*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*” (Nicaragua c. Estados Unidos de América). *I.C.J. Reports* 1986.
 - c. “*Actividades armadas sobre el territorio del Congo*” (República Democrática del Congo c. Ruanda). *I.C.J. Reports* 2006.
 - d. “*Timor Oriental*” (Portugal c. Australia). *I.C.J. Reports* 1995.
 - e. “*Plataforma Continental*” (Libia c. Malta). *I.C.J. Reports* 1985.
 - f. “*Aplicación de la Convención sobre prevención y castigo del Crimen de Genocidio*” (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia). *I.C.J. Reports* 1996.

- g. “Consecuencias jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado”. *I.C.J. Reports* 2006.
- h. “Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Continuidad de la Presencia de Sudáfrica en Namibia”. *I.C.J. Reports* 1948 – 1991.

2. **Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

- a. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Año 2003.
- b. “Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú”. Año 2007.

3. **Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia:**

- a. “Contra Anto Furindzija”. Caso N° IT-95-17/1

ANEXOS:

1. Texto de resolución acerca de las obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional. Instituto de Derecho Internacional (Cracovia, Polonia. 2005)¹⁰³

QUINTA COMISIÓN

OBLIGACIONES Y DERECHOS *ERGA OMNES* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

RESOLUCIÓN

OBLIGACIONES Y DERECHOS *ERGA OMNES* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El Instituto de Derecho Internacional,

Considerando que dentro del Derecho Internacional algunas obligaciones unen todos los aspectos de las leyes internacionales con el propósito de mantener los valores fundamentales de la comunidad internacional;

Considerando que existe un amplio consenso para los efectos de prohibir los actos de agresión, la prohibición de genocidio, las obligaciones concernientes a la protección básica de los derechos humanos, las obligaciones relacionadas con la auto determinación y las obligaciones relativas medio ambiente son ejemplos de obligaciones que reflejan tales valores fundamentales;

Deseando dar un primer paso en la clarificación de ciertos aspectos respecto de situaciones creadas por dichas obligaciones, especialmente las consecuencias de sus infracciones y sus soluciones, a sabiendas de que algunas de esas obligaciones también existen respecto de otros sujetos de derecho internacional, además de estados;

¹⁰³ Traducción del autor.

Adopta la siguiente resolución:

Artículo 1

A los fines del siguiente artículo, una obligación *erga omnes* es:

- a) Una obligación bajo las normas generales del derecho internacional que un estado debe en cualquier caso dado a la comunidad internacional, en vista de sus valores comunes, de manera que una infracción de esa obligación habilita a todos los estados a tomar acción; o
- b) Una obligación bajo tratados multilaterales que el estado parte del tratado debe en cualquiera caso dado a todos los estados miembros del mismo tratado, en vista de sus valores comunes, de manera que una infracción de esa obligación habilita a todos estos estados a tomar acción.

Artículo 2

Cuando un estado comete una infracción de una obligación *erga omnes*, todos los estados a los cuales titulares de tal obligación, incluso los no afectados por dicha infracción, pueden reclamar al estado infractor, en particular:

- a) El cese del acto internacionalmente ilícito;
- b) La reparación en interés del Estado, entidad o individuo afectado directamente por la violación. La restitución no debería ser efectuada a no ser que sea materialmente imposible la reparación.

Artículo 3

En caso de existir un vínculo jurisdiccional entre el Estado presuntamente responsable de haber cometido una violación de una obligación *erga omnes* y el Estado al cual se debe tal

obligación, este último tiene la capacidad para reclamar a la Corte Internacional de Justicia u otra institución judicial internacional lo concerniente al cumplimiento de tal obligación.

Artículo 4

La Corte Internacional de Justicia u otra institución judicial internacional deberán otorgar al Estado titular de una obligación *erga omnes* infringida la posibilidad de participar en las sesiones ante la Corte u otra institución judicial internacional en lo relacionando con aquella obligación. Reglas especiales deberán regular esta participación.

Artículo 5

Si ocurre una violación reconocidamente grave de una obligación *erga omnes*, todos los Estados titulares de tal obligación:

- a) procurará poner fin a la violación por un medio legal conforme a la Carta de las Naciones Unidas;
- b) no reconocerá como una situación legal aquella creada por la violación;
- c) son titulares para tomar contramedidas no coercitivas en condiciones análogas a aquellas aplicadas por el Estado directamente afectado por la violación.

Artículo 6

Los artículos precedentes son sin perjuicio:

- a) de los derechos de un Estado directamente afectado por la violación de una obligación *erga omnes*;

- b) del uso de reglas especiales en caso de violación de determinadas obligaciones *erga omnes*;
- c) de los derechos que una parte de un tratado multilateral tiene, conforme al derecho de los tratados, como consecuencia de una violación concerniente el mismo tratado.

Adoptado el 27 de agosto de 2005

2. Resumen Resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre asunto de la “Barcelona Traction Light and Power Company Limited” (5 de febrero de 1970).¹⁰⁴

En el fallo pronunciado en la segunda fase del caso relativo al caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nueva Demanda: 1962) (Bélgica contra España) la Corte rechazó la demanda de Bélgica por 15 votos contra 1.

La demanda, incoada ante la Corte el 19 de junio de 1962, tuvo su origen en la declaración de quiebra en España de la Barcelona Traction, una sociedad constituida en Canadá. Su objeto era la reparación de los perjuicios que, según la tesis de Bélgica, habían sufrido nacionales belgas accionistas de dicha sociedad, debido a actos, supuestamente contrarios al derecho internacional, que habían cometido respecto a esa sociedad ciertos órganos del Estado español.

La Corte resolvió que Bélgica carecía de *jus standi* para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto de las medidas adoptadas contra esa sociedad en España.

Los Magistrados Petrán y Onyeama adjuntaron una declaración conjunta al fallo; el Magistrado Lachs agregó una declaración. El Presidente Bustamante y Rivero y los Magistrados Sir Gerald Fitzmaurice, Tanaka, Jessup, Morelli, Padilla Nervo, Gros y Ammoun agregaron opiniones separadas. El Magistrado *ad-hoc* Riphagen agregó una opinión disidente.

Antecedentes del Caso (Párrafos 8 a 24 del fallo)

La Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited fue constituida en 1911 en Toronto (Canadá), donde tenía su oficina principal. Con el objeto de crear y desarrollar un sistema de producción y distribución de energía eléctrica en Cataluña (España), formó varias sociedades filiales, algunas de las cuales estaban registradas en Canadá y las demás en España. En 1936, las sociedades filiales satisfacían la mayor parte de las necesidades de electricidad de

¹⁰⁴ Extraído de <http://www.icj-cij.org>

Cataluña. Según el Gobierno de Bélgica, algunos años después de la primera guerra mundial una gran parte del capital accionario de la Barcelona Traction fue adquirido por nacionales belgas, pero el Gobierno de España alega que no se ha probado la nacionalidad belga de los accionistas.

La Barcelona Traction emitió varias series de bonos, principalmente denominados en libras esterlinas. El servicio de los bonos en libras esterlinas se realizó mediante transferencias a la Barcelona Traction efectuadas por las sociedades filiales que operaban en España. En 1936, el servicio de los bonos de la Barcelona Traction fue suspendido debido a la guerra civil española. Una vez concluida esta guerra, las autoridades españolas de control de cambios se negaron a autorizar la transferencia de las divisas extranjeras necesarias para reanudar los servicios de los bonos en libras esterlinas. Posteriormente cuando el Gobierno de Bélgica se quejó de ello, el Gobierno de España manifestó que no podían autorizarse las transferencias a menos que se probara que las divisas extranjeras iban a utilizarse para reembolsar deudas procedentes de la genuina importación de capital extranjero a España, y que eso no se había demostrado.

En 1948, tres tenedores españoles de bonos en libras esterlinas de la *Barcelona Traction*, recientemente adquiridos, pidieron al tribunal de *Reus* (provincia de Tarragona) que declarara la quiebra de la sociedad, sobre la base del impago de los intereses de los bonos. El 12 de febrero de 1948 se pronunció un fallo en el que se declaraba quebrada a la sociedad y se ordenaba el embargo de los bienes de la *Barcelona Traction* y de dos de sus filiales. En cumplimiento de ese fallo, fueron despedidos los principales directivos de las dos sociedades y se nombró a directores españoles. Poco después, esas medidas fueron ampliadas a las demás sociedades filiales. Se crearon nuevas acciones de las filiales, que fueron vendidas en pública subasta en 1952 a una sociedad nueva, Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A. (FECSA), que consecuentemente adquirió el control total de la empresa en España.

Varias sociedades o personas incoaron sin éxito actuaciones ante los tribunales españoles. Según el Gobierno español, antes de que el caso fuese presentado a la Corte Internacional de Justicia, se expidieron 2.736 providencias relacionadas con él y fueron dictados 494 fallos por tribunales inferiores y 37 por tribunales superiores. La Corte determinó que en 1948 la *Barcelona Traction*, que no había recibido una notificación judicial del procedimiento de quiebra y no estuvo representada ante el tribunal de Reus no incoó actuaciones ante los tribunales españoles hasta el 18 de junio y, por ello, no se opuso a la declaración de quiebra en el

plazo de ocho días a partir de la fecha de publicación del fallo, que establecía la legislación española. El Gobierno de Bélgica alega, sin embargo, que la notificación y publicación no se hicieron con arreglo a los requisitos legales pertinentes y que el plazo de ocho días nunca comenzó a correr.

A partir de 1948 o 1949 presentaron exposiciones al Gobierno de España el Gobierno británico, canadiense, estadounidense y belga. La intervención del Gobierno de Canadá cesó enteramente en 1955.

Actuaciones de la Corte Internacional de Justicia y naturaleza de la demanda (Párrafos 1 a 7 y 26 a 31 del fallo)

El Gobierno de Bélgica presentó a la Corte una primera solicitud contra el Gobierno español en 1958. En 1961, notificó el desistimiento de las actuaciones, con miras a que se realizaran negociaciones entre los representantes de los intereses privados, y el caso fue retirado de la lista general de la Corte. Fracasadas las negociaciones, el Gobierno de Bélgica presentó a la Corte una nueva solicitud el 19 de junio de 1962. En 1963, el Gobierno de España planteó cuatro excepciones preliminares contra esa solicitud. En su fallo de 24 de julio de 1964, la Corte rechazó las excepciones primera y segunda y unió al fondo del asunto la tercera y la cuarta.

En las actuaciones escritas y orales subsiguientes, las partes proporcionaron abundante material e información. La Corte señaló que la duración desacostumbrada de las actuaciones se debía a los larguísimos plazos solicitados por las partes para la preparación de los alegatos escritos y sus respectivas peticiones de una prórroga de esos plazos. La Corte consideró que no debía negar esas peticiones, pero seguía estando convencida de que, en interés de la autoridad de la justicia internacional los casos debían decidirse sin demoras injustificadas.

La reclamación sometida a la Corte había sido presentada en nombre de personas naturales y jurídicas, presuntamente nacionales de Bélgica y accionistas de la Barcelona Traction, una sociedad constituida en el Canadá y que tenía allí su domicilio comercial. El objeto de la solicitud era la reparación que supuestamente habían sufrido esas personas debido al comportamiento, que se pretendía contrario al derecho internacional, de diversos órganos del Estado español respecto a la sociedad.

En la tercera excepción preliminar del Gobierno español, que se había incorporado al fondo del asunto, se afirmaba que el Gobierno belga no tenía capacidad para presentar una demanda con motivo de perjuicios causados a una sociedad canadiense, aunque los accionistas fueran belgas. En la cuarta excepción preliminar, que también se unió al fondo del asunto, se alegaba que no se habían agotado los recursos que ofrecía el ordenamiento interno español.

El caso presentado a la Corte afectaba principalmente a tres Estados, Bélgica, España y el Canadá, y era necesario, por consiguiente, resolver una serie de problemas derivados de esa relación triangular.

El jus standi del Gobierno de Bélgica (Párrafos 32 a 101 del fallo)

La Corte examinó primeramente la cuestión - planteada en la tercera excepción preliminar, que había sido incorporada al fondo del asunto - relacionada con el derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática respecto de accionistas belgas de una compañía constituida en el Canadá, ya que las medidas contra las que se reclamaba habían sido adoptadas contra la propia compañía y no contra ningún nacional belga.

La Corte señaló que cuando un Estado admitía en su territorio inversiones extranjeras o nacionales extranjeros, estaba obligado a extender a ellos la protección de la ley y asumía obligaciones respecto al trato que se les daba. Sin embargo, esas obligaciones no eran absolutas. A fin de incoar una reclamación respecto al incumplimiento de esas obligaciones, un Estado debía primero probar su derecho a hacerlo.

En la esfera de la protección diplomática, el derecho internacional estaba en continua evolución y tenía que reconocer las instituciones del derecho interno. En el derecho interno, el concepto de sociedad se basaba en una distinción clara entre los derechos de la sociedad y los de los accionistas. Sólo la sociedad, que tenía personalidad jurídica, podía actuar en cuestiones de carácter societario. Los daños causados a la sociedad frecuentemente perjudicaban a sus accionistas, pero no implicaba que ambos tuvieran derecho a reclamar una indemnización. Cuando los intereses de los accionistas resultaban perjudicados por daños causados a la sociedad, era a esta última a la que tenían que volverse para que incoara las acciones apropiadas. Un acto que sólo infringiera los derechos de la sociedad no entrañaba responsabilidad respecto a

los accionistas, aunque sus intereses resultaran afectados. Para que la situación fuera diferente, el acto objeto de la reclamación debía ir dirigido contra los derechos directos de los accionistas como tales (lo que no ocurría en el presente caso, ya que el propio Gobierno de Bélgica había admitido que no basaba su reclamación en una violación de los derechos directos de los accionistas).

La aplicación del derecho internacional en este caso, tenía que referirse a las normas generalmente aceptadas en los sistemas jurídicos internos. El perjuicio causado a los intereses de los accionistas como resultado de la violación de los derechos de la sociedad era insuficiente para fundar una reclamación. Cuando se trataba de un acto ilícito cometido contra una sociedad que representara capital extranjero, la norma general de derecho internacional sólo autorizaba a ejercer la protección diplomática, a los efectos de obtener una reparación, al Estado cuya nacionalidad tuviera la sociedad. Ninguna norma jurídica internacional confería ese derecho al Estado nacional de los accionistas.

La Corte consideró si, en el presente caso, podían existir circunstancias especiales para que no aplicara la norma general. Había que estudiar dos situaciones: *a)* El caso de que la sociedad hubiera dejado de existir, y *b)* El caso de que el Estado protector de la sociedad careciera de capacidad para actuar. Respecto a la primera de estas posibilidades, la Corte señaló que, si bien la Barcelona Traction había perdido todos sus activos en España y había sido colocada bajo administración judicial en el Canadá, no podía afirmarse que la entidad social de la compañía hubiera dejado de existir o que hubiera perdido su capacidad para actuar como tal. Con respecto a la segunda posibilidad, no se discutía que hubiera sido constituida en el Canadá y que tuviera domicilio social en ese país, y su nacionalidad canadiense había sido generalmente reconocida. El Gobierno de Canadá había ejercido la protección de la Barcelona Traction durante varios años. Si en un cierto momento el Gobierno del Canadá dejó de actuar en nombre de la Barcelona Traction, mantuvo no obstante su capacidad de hacerlo, que el Gobierno español no había discutido. Cualesquiera que fueran las razones del cambio de actitud del Gobierno canadiense, ese hecho no bastaba para justificar el ejercicio de la protección diplomática por otro gobierno.

Se había alegado que un Estado podía hacer una reclamación cuando las inversiones de sus nacionales en el extranjero, que formaban parte de los recursos económicos nacionales del

Estado, fueran perjudicadas en violación del derecho del propio Estado a hacer que sus nacionales se beneficiaran de cierto tratamiento. Sin embargo, en el asunto actual ese derecho sólo podía resultar de un tratado o acuerdo especial. Y no había ningún instrumento vigente de esa clase entre Bélgica y España.

También se había mantenido que, por razones de equidad, un estado podía, en ciertos casos, asumir la protección de sus nacionales, accionistas de una sociedad que hubiera sido víctima de una violación del derecho internacional. La Corte consideró que la adopción de la teoría de la protección diplomática de los accionistas como tales, abriría la puerta a reclamaciones concurrentes por parte de diferentes Estados, lo que podría crear una atmósfera de inseguridad en las relaciones económicas internacionales. En las circunstancias particulares del presente caso, cuando el Estado cuya nacionalidad tenía la sociedad estaba capacitado para actuar, la Corte opinaba que las consideraciones de equidad no conferían al Gobierno de Bélgica ningún tipo de *jus standi*.

La decisión de la Corte (Párrafos 102 y 103 del fallo)

La Corte tomó conocimiento de la gran cantidad de pruebas documentales y de otro tipo presentadas por las partes, y advirtió plenamente la importancia de los problemas jurídicos planteados por la alegación que constituía la base de la reclamación belga y que se refería a las denegaciones de justicia supuestamente cometidas por órganos del Estado español. Sin embargo, la posesión por el Gobierno belga de un derecho de protección era un requisito previo para el examen de esos problemas. Como no se había establecido ningún *jus standi* ante la Corte, no incumbía a la Corte pronunciarse sobre ningún otro aspecto del caso.

En consecuencia, la Corte rechazó la reclamación del Gobierno de Bélgica por 15 votos contra 1, basándose 12 de los votos de la mayoría en las razones anteriormente expuestas.

Declaraciones y opiniones separadas y disidentes

El magistrado *ad hoc* Riphagen añadió al fallo una opinión disidente en la que manifestaba que no podía concurrir con el fallo por estimar que el razonamiento jurídico de la

Corte no apreciaba debidamente la naturaleza de las normas de derecho público internacional consuetudinario aplicables en el presente caso.

De los quince miembros de la mayoría, tres suscribieron las disposiciones operativas del fallo (rechazo de la reclamación del Gobierno del Bélgica) por diferentes razones, y agregaron al fallo opiniones separadas. El magistrado Tanaka manifestó que las dos excepciones preliminares unidas al fondo del asunto debían haberse rechazado, pero que la alegación del Gobierno belga respecto a las denegaciones de justicia no estaba fundada. El Magistrado Jessup llegó a la conclusión de que un Estado, en determinadas circunstancias, tenía derecho a presentar una reclamación diplomática en nombre de accionistas que fueran nacionales suyos, pero que Bélgica no había logrado probar la nacionalidad belga, entre las fechas que se indicaban, de las personas naturales y jurídicas en cuyo nombre había presentado su reclamación. El Magistrado Gros mantuvo que el Estado cuya economía nacional fuese perjudicada tenía derecho a actuar, pero que no se había probado la pertenencia de la Barcelona Traction a la economía belga.

De los doce magistrados de la mayoría que apoyaron la disposición operativa del fallo sobre la base de los fundamentos establecidos en el mismo (carencia de *jus standi* por parte del Estado del que eran nacionales los accionistas), el Presidente Bustamante y Rivero y los Magistrados Sir Gerald Fitzmaurice, Morelli, Padilla Nervo y Ammoun (opiniones separadas), los Magistrados Petrán y Onyeama (declaración conjunta) y el Magistrado Lachs (declaración) manifestaron que, sin embargo, existían ciertas diferencias entre sus razonamientos y el que figuraba en el fallo, o que deseaban añadir ciertas observaciones.

(El Magistrado Sir Muhammad Zafrulla Khan había informado al Presidente de la fase de excepciones preliminares de que, habiendo sido consultado por una de las partes respecto al caso antes de su elección como miembro de la Corte, consideraba que no debía participar en la decisión.)

3. Resumen Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado¹⁰⁵

La Corte, en virtud de la cuestión planteada por la Asamblea General, debe establecer las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro por parte de Israel en el territorio ocupado de Palestina. La Asamblea precisa que debe calificar los hechos a la luz del derecho internacional y específicamente, indica el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

El razonamiento seguido en la cuestión de fondo se articula bajo los parámetros de la responsabilidad internacional y, de acuerdo con este esquema se sintetiza el razonamiento que se sigue. Así, sucesivamente nos referiremos a: a) calificación de la construcción del muro como hecho ilícito internacional; b) consecuencias del hecho ilícito para Israel; c) consecuencias del hecho ilícito para terceros.

1. Calificación de la construcción del muro de hecho ilícito internacional.

La primera cuestión que debe establecer la Corte es si la construcción del muro constituye una vulneración del derecho internacional; para determinar si está ante un hecho ilícito internacional. Para ello, la Corte parte de tres puntos: el análisis del estatuto jurídico del territorio palestino; describe la construcción de la obra que se califica de muro, y por último establece cuál es el derecho aplicable.

- Del análisis del estatuto del territorio palestino, se confirma el estatuto jurídico internacional del mismo, distinto al del territorio de Israel, y que el origen de esta calificación se deriva del Mandato tipo A que ostentaba Gran Bretaña en la etapa de la Sociedad de Naciones. Se señalan los hitos más importantes de la “Cuestión Palestina” y la proclamación del Estado de Israel y la posterior ocupación del territorio en la guerra de 1967. Es importante señalar las

¹⁰⁵ Extraído y adaptado de: **Anna Badia Martí**: “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado de 9 de julio de 2004”. www.reei.org/reei9.

precisiones de la Corte en torno a los acuerdos de armisticio entre Israel y los Estados vecinos, que configuran lo que se conoce como línea verde, considerada el límite internacional de la frontera entre Israel y el territorio palestino. Elemento importante, ya que lo que corresponde a la Corte es determinar la construcción del muro que va mas allá de esta línea pactada internacionalmente.

El reconocimiento de esta delimitación internacional es corroborado por la Corte a través de los pronunciamientos, especialmente del Consejo de Seguridad, en los que califica los resultados de la guerra de 1967 de ocupación. Destaca asimismo las actividades de Israel dirigidas a cambiar el estatuto internacional de Jerusalén Este para su anexión; y se refiere a que ese órgano desde 1980 califica reiteradamente a Israel de potencia ocupante

A partir del no reconocimiento de esta situación decidida unilateralmente por Israel, se mencionan los acuerdos bilaterales - alcanzados en el proceso de pacificación iniciado en la Conferencia de Madrid de 1991 y la posterior declaración de principios de Washington que conducen a los acuerdos de Oslo I y II - entre Israel y la Organización para la Liberación de Palestina. En ellos se indica textualmente "...Israel debía traspasar a las autoridades palestinas determinadas atribuciones y responsabilidades que ejercían sus autoridades militares y administración civil en el territorio palestino ocupado". En definitiva, el territorio palestino es un territorio ocupado que no ha cambiado esta calificación jurídica, la que no ha cambiado.

- Para la descripción de la construcción del muro, se acude a los elementos que comentamos en la introducción, tomando como base el informe del Secretario General, como también se recordara en la solicitud de opinión. Sin embargo, debe de tenerse en cuenta que, hasta el momento en que se pronuncia la Corte, el Secretario General aporta información complementaria donde se constata que el diseño inicial del trazado se ha modificado, aunque continúan existiendo zonas cerradas y las condiciones generales que motivan la solicitud. Se trata en el fondo de rectificaciones que han sido objeto de pronunciamientos por tribunales Israelíes.

- La tercera premisa necesaria para la calificación del hecho de la construcción del muro a la luz del ordenamiento jurídico internacional es el establecimiento del derecho aplicable. La Corte establece tres ámbitos normativos.

En primer lugar, cita la Carta de las Naciones Unidas, con la referencia a dos principios estructurales del ordenamiento, a saber, el principio de prohibición del uso de la fuerza armada y el principio de autodeterminación de los pueblos, especificando su contenido sobre la base de la Resolución 2625 (XXV), relativa a los principios de derecho internacional y a sus principales pronunciamientos sobre los mismos.

El segundo ámbito normativo, es el Derecho internacional humanitario, cuyos textos de referencia son el Convenio de La Haya de 1907 y el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. El primer texto se califica, una vez más, de norma consuetudinaria y por tanto, oponible a Israel aunque no haya manifestado su consentimiento especialmente. La Corte también considera aplicable el segundo Convenio mencionado, argumentando contra la postura de Israel sostenida en diferentes etapas del conflicto, en virtud de la cual, este texto no opera en ese caso. Si bien Israel podía ser parte del convenio, sólo se aplica frente a una ocupación del territorio de un Estado que tiene un título legítimo de soberanía sobre el territorio que se ocupa. Además, la Corte señala el ámbito de aplicación del Cuarto Convenio de Ginebra sobre la base del Art. 2, que exige dos condiciones "... que exista un conflicto armado (independientemente de que se haya reconocido o no el estado de guerra) y que el conflicto haya surgido entre dos partes contratantes". Sobre este extremo se recuerda que Palestina adoptó el 7 de julio de 1982 un compromiso unilateral de aplicación del Convenio, y que así se admitió por las partes en el Convenio en la conferencia celebrada el 15 de julio de 1999.

El tercer ámbito normativo al que acude la Corte, no específicamente mencionado por la Asamblea General en la solicitud de la opinión consultiva, es el de los convenios internacionales de derechos humanos. En concreto, los Pactos de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales y el Convenio internacional de derechos del niño de 1989. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos debe resolver la cuestión previa de si este ámbito normativo, es aplicable en el territorio palestino, ante la postura de Israel que considera que los citados textos no son aplicables en tiempos de guerra, sino que son los que operan en tiempos de paz.

La Corte resuelve la aplicación de los tratados mencionados estudiando, por un lado, la relación existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, indicando que la protección del segundo ámbito normativo no cesa en caso

de conflicto armado, salvo supuesto de suspensión que no procede en este caso. Por otro lado, se plantea si los textos de derechos humanos señalados son aplicables fuera del territorio del Estado y en caso afirmativo, en qué circunstancias. El argumento se centra en demostrar concretamente, el derecho inmanente de legítima defensa y el estado de necesidad.

Israel alega que la construcción del muro entra en la calificación jurídica de legítima defensa, en la expresión concreta que autoriza el uso de la fuerza en defensa de actos terroristas. La reserva que le opone la Corte, es que Israel "... no alega que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero", que Israel ejerce el control en el territorio palestino, y que la "... amenaza por la que considera justificada la construcción del muro proviene de dentro, no de fuera, de este territorio", por estas tres razones no entra en las calificaciones de legítima defensa frente actos terroristas, hechas por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), aprobadas después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

En cuanto a la alegación del estado de necesidad, se recuerda que se está ante una norma consuetudinaria de carácter excepcional, que sólo se puede invocar en condiciones estrictamente definidas, una de las cuáles es que "... el hecho que se esté cuestionando "sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente". Se considera que la construcción y el trazado del muro, no es la única forma de salvaguardar los intereses de Israel.

Esta interpretación no menoscaba el derecho y deber de Israel de proteger la vida de los ciudadanos frente a los actos de violencia indiscriminada. Ahora bien la reacción de Israel debe de ser de conformidad con el derecho internacional.

En definitiva las dos causas de exclusión de la ilicitud del hecho ilícito que se plantean, no operan en este caso, por tanto "...la construcción del muro y su régimen conexo, contraviene el derecho internacional".

2. Consecuencias del hecho ilícito para Israel.

Las obligaciones jurídicas para el autor del hecho ilícito, de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad internacional recogidas en el proyecto de artículos sobre la materia, aprobada por la Comisión de derecho internacional en 2001, son: la continuidad del deber de cumplir la obligación, la cesación del acto y garantías de no repetición, y la reparación. La Corte constata estas consecuencias y procede a especificarlas en el caso concreto.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la Corte recuerda a Israel las normas en juego que está obligado a cumplir: “...respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Además deben asegurar libertad de acceso a los lugares sagrados que quedaron bajo su control luego de la guerra de 1967”.

La cesación del acto consiste, en este caso, en tres tipos de acciones: parar la obra, dismantelar la construcción que está en Palestina y anular las disposiciones legislativas que dieron pie a la construcción.

Por lo que se refiere a la reparación, la Corte recuerda cómo se ha llevado a cabo la construcción del muro, que se ha acudido a la “requisita”, como medio de adquirir el terreno, y que su construcción ha comportado la destrucción de “hogares, empresas y establecimientos agrícolas”; elementos todos ellos que deben valorarse en la reparación. La Corte recuerda que el objetivo de la reparación es volver, en la medida de lo posible, a la situación anterior a la realización del acto ilícito y eliminar las consecuencias del mismo, tal como establecen las normas consuetudinarias sobre la materia.

La Corte concluye, estableciendo las siguientes obligaciones para Israel:

“... la obligación de devolver las tierras, huertos, olivares y demás inmuebles de los que haya despojado o cualesquiera personas físicas o jurídicas a los efectos de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. En caso de que tal restitución resultase ser materialmente imposible, Israel tiene la obligación de compensar a las personas en cuestión por los daños sufridos. La Corte considera que Israel también tiene la obligación de compensar, de

conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional, a todas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro”.

3. Consecuencias del hecho ilícito para terceros.

Las consecuencias de un hecho ilícito en atención al ámbito normativo aplicable comporta consecuencias no sólo para el Estado autor del acto sino también para terceros y, en este caso, la Corte se dirige a terceros Estados y a los órganos de las ONU.

Respecto a los terceros Estados se alegó la obligación de no reconocer la situación resultante del hecho ilícito y la de no prestar ayuda para el mantenimiento de la misma. Esta alegación se corresponde con las disposiciones previstas en el artículo 41 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, relativa a las consecuencias particulares de la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

La Corte constata que efectivamente dos ámbitos normativos, aplicables al asunto, contienen “obligaciones *erga omnes*”: el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y algunas obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario, aunque ello lo considera improcedente la jueza Higgins.

Determinada la naturaleza de la norma, la Corte le atribuye las consecuencias previstas en el artículo 41 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional: no reconocer la situación “ilegal resultante” y la obligación de no prestar asistencia para el mantenimiento de dicha situación. Además, hace una referencia específica a las obligaciones de los Estados parte de los convenios de Ginebra de 1949. Al respecto se establece que:

“... todos los Estados parte en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, tienen la obligación, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho convenio”.

Como se ha indicado, este punto 3 d) de la parte dispositiva de la opinión tiene el voto en contra del magistrado Kooijmans que no comparte en absoluto las consecuencias que se derivan de las normas *erga omnes* en los términos que establece la Corte. En su opinión separada, analiza el alcance y contenido de los artículos 41 y 42 antes citados, partiendo de las dificultades para la delimitación de las obligaciones *erga omnes*. El razonamiento del magistrado le conduce a preguntarse respecto a la obligación de no reconocer, “¿Qué deben hacer los distintos destinatarios... a fin de cumplir con esta obligación?”, y dado que 144 han condenado inequívocamente la construcción del muro, y que, salvo el caso de Israel, Estado alguno ha considerado la situación de legal, considera que “el deber de no reconocer equivale...a una obligación sin sustancia real”.

Tampoco comparte las obligaciones que, en opinión de la Corte, se derivan para los Estados parte del Convenio de Ginebra. No está de acuerdo con la interpretación del artículo 1 común que dispone, “Las Altas partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”, por la falta de argumentos por parte del Tribunal. El magistrado, acude a la interpretación de la doctrina, a la interpretación recurrente del Comité Internacional de la Cruz Roja, en cuyo comentario se interpreta que el artículo 1 “... contiene la obligación de todos los Estados parte de hacerlo respetar por los demás Estados parte”, y a su jurisprudencia. Ante la diversidad de interpretaciones y la escasez de razonamientos de la Corte concluye:

“... no sé si el alcance que ha dado la Corte a este artículo en la presente opinión es correcto como expresión del derecho positivo. Como la Corte no da argumento alguno en su razonamiento, no me encuentro en condiciones de apoyar su determinación. Además, no veo qué tipo de acción positiva, resultante de esta obligación podría esperarse que tomaran los distintos Estados, fuera de gestiones diplomáticas”.

Por último la Corte emplaza a la Asamblea General, destinataria de la opinión consultiva, y al Consejo de Seguridad, órgano competente en la controversia a “...considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y del régimen conexo” y le indica la necesidad de concluir con el conflicto árabe – israelí, que lo califica de amenaza a la paz y la seguridad internacional, al igual que reiteradamente lo ha hecho el Consejo de Seguridad, y cita la conveniencia de actuar en el

contexto de la Hoja de Ruta, como marco de negociación sobre la base del derecho internacional.

El magistrado Koroma, precisa el sentido de la opinión para el que la ha solicitado: “Corresponde ahora a la Asamblea general, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta, tratar esta Opinión Consultiva con el respeto y la seriedad que merece, con vistas a no hacer recriminaciones, sino a utilizar estas conclusiones de manera de promover una solución justa y pacífica para el conflicto israelo-palestino”.