

EL *IUS COGENS* EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Por MÓNICA PINTO*

INTRODUCCIÓN

El derecho como conjunto normativo que regula relaciones entre sujetos de un mismo orden, establece sus modos de creación —las denominadas “fuentes” del derecho— y determina la naturaleza y jerarquía de sus normas.

En términos generales, la convivencia de sujetos en una misma sociedad exige del respeto de determinados institutos que no pueden ser dejados de lado por acuerdo entre algunos de esos sujetos, y también permite la modificación o derogación de otros. En todo caso, los no disponibles y las condiciones de modificación o derogación de los disponibles, encuentran fundamento en la importancia que se asigna a ciertas conductas y a los valores que las inspiran.

El derecho denomina normas fundamentales o imperativas a las normas no disponibles y normas dispositivas a las que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ello es así también en el marco del Derecho Internacional respecto de las normas de *ius cogens* y de las normas dispositivas.

En esta exposición, me propongo señalar rápidamente la existencia de un *ius strictum* en la doctrina del iusnaturalismo y su negación en la del positivismo, para arribar al Derecho Internacional de la segunda posguerra que, superando esas querellas doctrinarias, reconoce la existencia de normas fundamentales que constituyen el orden público internacional.

La cuestión relativa a la legitimación para determinar la existencia de las normas fundamentales es central. Ello porque en el ámbito descentralizado del Derecho Internacional no hay instituciones encargadas de determinar objetivamente la legalidad internacional; de allí la relevancia del instituto del reconocimiento.

En el caso de *ius cogens*, la tarea ha quedado en manos de los órganos judiciales. De algún modo, esto es lo que debe ser a la luz del panorama de los modos de creación del Derecho Internacional que señala entre las fuen-

* Doctora en Derecho, UBA. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías. Decana, Facultad de Derecho, UBA.

tes secundarias a la jurisprudencia internacional como modo auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, en obvia referencia a costumbre y principios generales de Derecho. Son, pues, los jueces internacionales quienes evalúan no sólo la formación de la norma consuetudinaria sino también que el contenido en cuestión haya sido reconocido y aceptado por la comunidad de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

Al igual que todas las normas del Derecho Internacional Público, y específicamente, que las normas consuetudinarias internacionales, las normas de *ius cogens* evolucionan y puede darse la emergencia de nuevas normas que reemplacen o no a otras del mismo carácter.

I. EL INICIO DEL DERECHO INTERNACIONAL ¹. WESTFALIA Y EL IUS STRICTUM

La idea del Derecho Internacional es contemporánea con, y en función de la idea de Estado. Se trata de un producto histórico que surge de la necesidad de los Estados de relacionarse y cuya vigencia está asegurada por esa misma necesidad. Así, el Estado como entidad precede al Derecho Internacional. De allí el consenso en punto a que la Paz de Westfalia, en 1648, luego de la Guerra de Treinta Años cierra la etapa medieval para dar lugar a un sistema de unidades políticas, Estados, de algún modo embrionario del actual. En ese contexto, el Derecho Internacional surge como el conjunto de pautas de conducta mutuamente aceptadas por los Estados para regir sus relaciones.

Ese esquema normativo se aplica a una sociedad en la que los Estados se relacionan para satisfacer necesidades pero en la que dependen, casi con exclusividad, de su propio poderío. En todo caso, algunas notas definitorias de ese primer modelo son la licitud del uso de la fuerza para la solución de controversias y una noción de soberanía muy exacerbada que se extiende a la inmunidad de jurisdicción, la igualdad de los Estados y la no-intervención.

La necesidad de relacionarse de los Estados propicia las normas sobre celebración y conclusión de tratados y las relativas a agentes diplomáticos y en misión especial como prácticas generalmente aceptadas como derecho. El modelo es relacional —sustancialmente bilateral o multilateral restringido— y en él la autonomía de la voluntad domina el proceso de creación normativa, los tratados y la costumbre no son más que sus expresiones.

El modelo westfaliano es un mundo de pocos Estados, todos ellos ubicados en lo que hoy conocemos como la parte occidental de Europa, que configuran una sociedad horizontal —soberanías yuxtapuestas, de idéntico valor— y altamente descentralizada; bastante homogénea, la integran Estados monár-

¹ Este tema ha sido tratado con mayor profundidad en *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Colección Breves), 2004.

quicos, absolutistas, cristianos. Las capacidades, potencialidades y recursos de cada Estado determinan su presente y su futuro.

En ese modelo internacional, los teóricos debatían sobre los límites del respeto a las normas. Ello especialmente en la escuela del derecho natural. Ya Grocio, en *De iure belli ac pacis*, se refería al derecho divino que era justo por ser dado por Dios, que era inmediatamente vinculante para todos y que, a diferencia del derecho natural, no podía ser objeto de modificación por los hombres².

Un siglo más tarde, Heffter sostenía que “La primera condición esencial de un tratado público es una causa lícita. Entendemos por tal la posibilidad de la obligación contraída. (2) Solo existe un tratado cuando su objeto es física y moralmente posible. (3) Así, por ejemplo, todo convenio contrario al orden moral de las cosas, y, principalmente, á la misión de los Estados de contribuir al desarrollo de la libertad humana, se considera como imposible; así es que no podrá válidamente estipularse nunca en un tratado la introducción ó el sostenimiento de la esclavitud³”, preanunciando la nulidad por objeto ilícito de los tratados cuando se contraviene una norma de *ius cogens*.

II. LA SOCIEDAD DE NACIONES

El siglo XIX aportará a las formas “anómalas” de personalidad en función de las necesidades e intereses de los Estados. Las comisiones administradoras de los ríos internacionales, las uniones administrativas, y otras, plantearán una subjetividad en ciernes con mayores datos de permanencia que la comunidad beligerante o la *levée en masse*. La Sociedad de Naciones será la primera gran organización internacional en el sentido moderno del término.

Si el Pacto de la Sociedad de Naciones pudo consagrar una “misión sagrada de civilización” para los mandatos —más allá de las connotaciones que hoy eso pueda tener en materia de respeto por las diferencias culturales y el principio de autodeterminación de los pueblos— la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴ se hizo cargo de señalar la importancia de la norma positiva. Así en el caso “Lotus” —señero referente en materia de ejercicio de jurisdicción por parte de los estados— la C.P.J.I. sostuvo que las normas de Derecho Internacional proceden de la voluntad de los estados, expresada en los tratados o en la costumbre y que las limitaciones a la independencia de los estados no se presumen⁵. Sin perjuicio de ello, la doctrina es

² GROTIUS, Hugo, *On the Laws of War and Peace*, traducido por A.C.Campbell y A.M, Kitchener, Ontario, Batoche Books, 2001, Libro I, Caps. I, XIII y XV, ver <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/grotius/Law2.pdf>.

³ HEFFTER, A-G., *Derecho internacional público de Europa*, traducido por G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1875 en p. 192.

⁴ En adelante CPJI.

⁵ S.S. Lotus (“Francia v. Turquía”), 1927 CPIJ (ser. A) nro. 10 (Sept.7), 18.

consistente en recuperar el voto del juez Schükling en el caso “Oscar Chinn”, dando por sentado que la Sociedad de Naciones comenzó la codificación del Derecho Internacional admitiendo la posibilidad de crear normas de *ius cogens* cuya violación generara la nulidad del acto⁶, y con ello señaló que algunas normas jurídicas son más importantes que otras.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGUNDA POSTGUERRA. OBLIGACIONES ERGA OMNES Y NORMAS DE IUS COGENS

La Segunda Guerra Mundial marca un corte drástico con todo el orden vigente hasta entonces. Durante su transcurso, algunas potencias se dedican a diseñar el orden jurídico-político de la posguerra que va a encontrar su eje en la Organización de las Naciones Unidas, que institucionaliza la comunidad internacional.

La puesta en común de una serie de temas que configuran la agenda de los Estados supone no sólo adoptar objetivos sino también fijar métodos y convenir y aceptar principios de conducta.

La política onusiana por antonomasia será la cooperación internacional. Ella exige, por su misma esencia, un actuar de consuno entre no menos de dos actores, de donde se sigue que la pluralidad de grandes potencias es uno de los datos de la comunidad internacional surgida luego de la segunda posguerra. La modalidad de tratamiento será, inevitablemente, el multilateralismo y el fenómeno de la organización internacional —multiplicado “n” veces— ayudará a su realización.

En este contexto, algunos datos son reveladores de la nueva etapa y, al mismo tiempo, determinantes de las modificaciones o adaptaciones a futuro, convirtiéndose en puntos de referencia insoslayables de nuevas propuestas normativas y políticas. La regla de la prohibición de la amenaza y del uso de fuerza armada por los Estados en sus relaciones internacionales y su única excepción relativa al derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva ante el ataque armado marca la “revolución” que aporta la Carta de las Naciones Unidas⁷. Desde el 24/10/1945, esa regla y su excepción servirán para medir, por las vías institucionales previstas, la ilegalidad internacional. Su carácter de referente será incluso más claro cuando se soslayen los mecanismos institu-

⁶ Oscar Chinn (“Bélgica v. Reino Unido”), 1934 CPIJ (ser. A/B) nro. 63 (Dic. 12), Opinión separada del Juez Schükling, 149: *Et je ne peux imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer, dans ce domaine, un ius cogens avec cet effet que, quand les Etats ont convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit.*

⁷ Carta de las Naciones Unidas, arts. 2(4) y 51.

cionales ya que la opinión pública, las asociaciones políticas y, finalmente, los ciudadanos del mundo se expresarán.

La construcción de los derechos humanos que lleva a cabo la Carta al emplazar el respeto de la dignidad y de la libertad de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación con alcance universal en la agenda internacional es el otro logro del nuevo orden jurídico-político instaurado en la segunda posguerra. La cooperación es aquí la política y también el deber jurídico. Los Estados se comprometen con el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación y con su efectividad y asumen el compromiso de adoptar medidas a esos fines⁸. Un esquema normativo —convencional, consuetudinario y *soft law*— y un conjunto de instancias internacionales —regionales y universales— coadyuvan a este logro. Al igual que con el tema del uso de fuerza, el discurso es también aquí universal. La descolonización implementada por la voluntad política mayoritaria⁹ en conformidad con el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos¹⁰ produce una de las experiencias políticas más intensas de todos los pueblos y, en definitiva, de la humanidad. La mitad del mundo, que se encontraba bajo dominio colonial en el momento de la creación de las Naciones Unidas el 24/10/1945, decide libremente su forma de organización. La membresía onusiana se cuadruplica; la sociedad internacional sigue siendo comunidad al tiempo que deviene cada vez más heterogénea en cultura, nacionalidad, idiosincrasia.

Resulta, pues, que la puesta en común de una serie de objetivos supuso transformar la sociedad en una comunidad. En ese hacer, algunas conductas resultaron descalificadas por atentar contra ese orden público recientemente diseñado. Así, la prohibición del uso de fuerza por los Estados en sus relaciones internacionales —enunciado en el art. 2º, párr. 4º, de la Carta de las Naciones Unidas como un principio que rige la conducta de los Estados miembros— origina un pronunciamiento, de carácter constitutivo, del Consejo de Seguridad en representación de la comunidad internacional institucionalizada en las Naciones Unidas, de conformidad con el art. 39 de la Carta. La capacidad reconocida al Consejo para declarar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz, un acto de agresión importa una descalificación de esas conductas por oponerse a un estado de cosas que se estima superior a intereses individuales.

Trátase, en definitiva, de admitir que algunas normas son fundamentales y otras no, que hay normas imperativas y no meramente dispositivas —esto es, que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes—. Siguiendo a Mosler, el orden público de la comunidad internacional consiste en principios

⁸ Carta de las Naciones Unidas, arts. 1(3), 13(1)(b), 55(c), 56.

⁹ G.A. res. 1514 (XV) U.N. Doc. A/RES/1514 (dec. 14, 1960).

¹⁰ Carta de las Naciones Unidas, art. 1(2).

y normas de aplicación que son de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto, por lo que cualquier acción unilateral o acuerdo que contravenga esos principios no puede tener fuerza jurídica¹¹.

En su declaración, en la opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares de 1996, el entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia¹², Mohammad Bedjaoui subrayó la nueva fisonomía de la sociedad internacional contemporánea, sus progresos en materia de institucionalización —integración y mundialización— lo que se traduce en la multiplicación de las organizaciones internacionales, la sustitución progresiva del Derecho Internacional de la coexistencia por el Derecho Internacional de la cooperación —en lo que parece una clara alusión a Wolfgang Friedmann— la emergencia del concepto “comunidad internacional” y las iniciativas, a veces exitosas, de su subjetivización internacional, “de todo esto da testimonio el lugar que el Derecho Internacional acuerda a conceptos como el de obligación *erga omnes*, normas de *ius cogens* o patrimonio común de la humanidad. El enfoque decididamente positivista, voluntarista del Derecho Internacional que prevalecía a inicios de siglo [XX] y al que adhirió la CPIJ [en el caso ‘Lotus’¹³] fue reemplazado por una concepción objetiva del Derecho Internacional, que se asume como reflejo de un estado de conciencia jurídica colectiva y una respuesta a las necesidades sociales de los Estados organizados en comunidad. A la evolución de la sociedad internacional hay que agregar los progresos en el ámbito tecnológico, que hacen posible una erradicación total y prácticamente instantánea del género humano¹⁴”.

¹¹ MOSLER, H., “The International Society as a Legal Community”, 140 R.C.A.D.I 1, 34 (1974).

¹² En adelante CIJ.

¹³ *Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs* (S.S. Lotus (“Francia v. Turquía”), 1927 CPIJ (ser. A) nro. 10 (Sept.7), 18).

¹⁴ *Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du «supra-nationalisme», on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l’institutionnalisation, voire de l’intégration et de la «mondialisation», de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d’un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l’émergence du concept de «communauté internationale» et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d’obligations erga omnes, de règles de ius cogens ou de patrimoine commun de l’humanité. A l’approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle - et à laquelle la Cour permanente n’a d’ailleurs pas manqué d’apporter son soutien dans l’arrêt susmentionné- s’est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d’un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté. A l’évolution de la société internatio-*

Sólo en 1969, en ocasión de codificar las normas relativas a la elaboración, interpretación y demás reglas sobre tratados¹⁵, se logró coincidir en un concepto de *ius cogens* como norma de Derecho Internacional general —es decir, una costumbre internacional de validez universal— aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma posterior del mismo carácter.

De esta suerte, el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶ dispone la nulidad del tratado cuyo objeto viole una norma de *ius cogens* existente y el 64 establece la terminación de un tratado cuyo objeto haya devenido nulo por el surgimiento de una nueva norma de *ius cogens*. Por su parte, el art. 71 dispone que en el caso del art. 53, deben eliminarse las consecuencias del tratado violatorio de una norma de *ius cogens* y las partes deben ajustar su conducta al orden jurídico vigente; en el caso del art. 64, deben dejarse sin efecto el tratado sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos antes de la aparición de la nueva norma de *ius cogens*.

Esa incorporación no fue totalmente pacífica y la idea de que cualquier controversia relacionada con la nulidad y la terminación de los tratados debe solucionarse por un procedimiento especial que, en su momento, incluye la posibilidad de plantear el tema a la CIJ tuvo su génesis en las dudas de algunos Estados respecto de la existencia de tales normas de *ius cogens*¹⁷. De hecho, hasta hoy persiste la “excepción francesa” a la C.V.D.T. precisamente por el tema del *ius cogens*¹⁸.

El proyecto de artículos presentado por la Comisión de Derecho Internacional¹⁹ comienza señalando que es difícilmente sostenible que un Estado pueda desvincularse a voluntad de toda norma de Derecho Internacional [esta afirmación la hace Sir Humphrey Waldock como relator especial del tema en 1963] y luego indica que a juicio de la Comisión, el derecho de la Carta relativo a la proscripción del uso de fuerza es un conspicuo ejemplo de norma de *ius cogens*²⁰. Quiero retener que la CDI se refiere al “derecho de la Carta”, lo que, ciertamente, excede los límites del tratado propiamente dicho.

nale elle-même, il convient d'ajouter les progrès enregistrés dans le domaine technologique, qui rendent désormais possible une éradication totale et pratiquement instantanée du genre humain, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (julio 8), opinión individual del presidente Mohammed Bedjaoui.

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/5/1969, 1155 U.N.T.S. 331.

¹⁶ En adelante CVDT.

¹⁷ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 247, párr. 1º.

¹⁸ TAVERNIER, Paul, “L’identification des règles fondamentales - un problème résolu”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean Marc (ed.), *The fundamental rules of the international legal order ius cogens and obligations erga omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ps. 1/20, párr. 1º.

¹⁹ En adelante CDI.

²⁰ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 247, párr. 1º.

La CDI señala que es la naturaleza del objeto de la norma lo que define su carácter de *ius cogens*²¹ y que tales normas son relativamente recientes²².

Si lograr la definición de lo que se entiende por orden público internacional requirió la inversión de un tiempo considerable, asignar contenidos específicos a la noción es un tema abierto²³. En todo caso, la proscripción del uso de fuerza en las relaciones internacionales ha sido, por mucho tiempo, el único contenido respecto del cual existiera consenso como norma imperativa aún cuando la CIJ no se haya pronunciado al respecto como sí lo hizo en relación con la prohibición del genocidio.

La relevancia del tema de las normas fundamentales y la formulación consagrada en la CVDT se evidencia también en el lenguaje empleado. Así son raras las ocasiones en que se emplea la expresión *ius cogens* y muchas más aquéllas en las cuales ese contenido está implicado en expresiones varias o se recurre a las obligaciones *erga omnes*. En un ámbito como el del Derecho en el cual el lenguaje es poder, parece entendible la gran prudencia en la determinación de las normas de *ius cogens*.

El *Institut de Droit International* ha definido a las obligaciones *erga omnes* como “[u]na obligación, establecida por el Derecho Internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas²⁴”.

La idea de la legitimación para la adopción de medidas como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* es antigua. Así Heffter señalaba “Por último una potencia neutral puede tomar parte en las represalias de otra con objeto de poner fin a las violaciones del Derecho Internacional o a procedimientos contrarios a la humanidad y a la justicia. En este caso, los Estados cumplen simplemente un deber común trazado por la naturaleza. Como órganos supremos y múltiples de la humanidad, les compete hacer respetar sus leyes donde quiera que fuesen violadas²⁵”.

Si bien el tema de las contramedidas ha tenido amplio debate y el proyecto de artículos finalmente aprobado sobre la responsabilidad internacional

²¹ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 248, párr. 2°.

²² Waldock habla de un “previously unnoticed phenomenon” (ILC, Yearbook, 1966, II, p.248, párr. 3°).

²³ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 248, párr. 4°.

²⁴ *Institut de droit International*, “Obligations and rights erga omnes in international law”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), art. 1 ; citada bajo la nota 1036 en el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” en “Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 58° período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)”, Asamblea General, Documentos Oficiales, 61° período de sesiones, A/61/10, p. 479.

²⁵ HEFFTER, A. G., *Derecho internacional público...*, cit., p. 239.

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos²⁶ las regula con detalle, la práctica internacional es frondosa en ejemplos. Sólo por tomar un ejemplo local, en relación con el conflicto con Gran Bretaña en el Atlántico Sur, la UE, entonces Comunidad Europea, impuso “sanciones” a la Argentina²⁷.

Se ha señalado también respecto del “núcleo del concepto subyacente al carácter *erga omnes* de una obligación” que “[S]i una obligación se tiene frente a todos y ha de cumplirse *en todo caso*, la causa ha de ser su gran importancia para el común, su vinculación con valores y objetivos fundamentales de la comunidad internacional²⁸”.

También se ha sostenido que la mayoría de las obligaciones *erga omnes* han surgido en la esfera de los derechos humanos y del derecho humanitario²⁹.

IV. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL³⁰ Y LA DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES

La doctrina ha entendido que la primera manifestación de la existencia de normas de *ius cogens* en la jurisprudencia internacional se da en la sentencia de la CIJ en el caso *Barcelona Traction, Light & Power Co., Inc.*³¹, donde sin

²⁶ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y A/RES/56/83 (12/12/2001).

²⁷ “The Council of the European Communities, regulation 877/82 of 16/4/1982 suspending imports of all products originating in Argentina”, [1982] OJ L102/1; ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1982:102>.

²⁸ HEFFTER, A. G., *Derecho internacional público...*, cit. p. 239.

²⁹ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” elaborado por Martti KOSKENNIEMI, Doc. ONU A/CN.4/L.682 de 13/4/2006, párr. 391, p. 227.

³⁰ Sobre el Derecho Internacional en la jurisprudencia de la CIJ, ver “Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2007, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2008, 9-31.

³¹ Barcelona “traction light and power company limited” (segunda fase), opinión consultiva, 1970 CIJ 3 (feb. 5), párrs. 33/34: *When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*

emplear el término *ius cogens*, la CIJ señaló su existencia al referirse a las obligaciones *erga omnes*³².

En efecto, hacia 1970, cuando el fenómeno de los derechos humanos comenzaba un ascenso casi vertiginoso, la CIJ aportó lo suyo al tema señalando la diferencia entre las obligaciones que un Estado asume respecto de otro u otros y aquéllas que tiene respecto de la comunidad internacional en su conjunto u obligaciones *erga omnes (respecto de todos)*, por ejemplo la descalificación jurídica de los actos de agresión y de genocidio, así como la obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona humana, incluidas la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.

Cabe recordar que la cuestión de las obligaciones contraídas respecto de todos los Estados ya se anuncia en el hoy famoso *dictum* de la CIJ en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio -“los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios por todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común”³³.

Para mayor abundamiento habría que recordar que la Corte explica que la Convención muestra la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como un “crimen de derecho internacional” que supone una denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad y que resulta en grandes pérdidas humanas, y que encontraría a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas como surge de la res. 96(I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946³⁴.

Continúa el Tribunal señalando que la intención es lograr el mayor número de Estados partes, por lo que ante el silencio de sus cláusulas, el objeto y el fin del tratado limitan tanto la libertad para formular reservar cuanto para

³² FROWEIN, Jochen A., “Ius cogens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párr. 4 en www.mpepil.com 9/8/2011.

³³ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 15.

³⁴ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 23: *The solution of these problems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention. The origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946).*

objectarlas, por lo que se erigen en el criterio válido de la compatibilidad de una reserva³⁵. Apelar a la ley moral y señalar afrentas a la conciencia de la humanidad supone algún grado de referencia en valores. En todo caso, en esa opinión consultiva, la CIJ no sólo reconoce la oponibilidad frente a todos de la prohibición y sanción del genocidio sino que de tal circunstancia deriva expresamente límites a las facultades de los Estados.

En 1951 el derecho internacional de los derechos humanos era escaso: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, las res. 95 y 96(I) de la Asamblea General y la res. E/75(V) del Consejo Económico y Social que expresa el renunciamento histórico de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al tratamiento de comunicaciones en las que se alegue la violación de derechos humanos. Resultaba, pues, bastante difícil, alegar la existencia de una práctica generalmente aceptada como derecho en relación con el genocidio. En 1969, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte tiene la oportunidad de considerar las relaciones entre las normas convencionales y las consuetudinarias, y allí señala que una norma no puede considerarse como codificadora del derecho internacional consuetudinario existente sólo porque así lo invoquen las partes en una controversia o sólo una de ellas lo haga; para ello tiene en cuenta la facultad de formular reservas a tal contenido normativo. Además, para sostener que esa disposición se ha transformado en obligatoria para terceros estados por la formación de una costumbre internacional de igual contenido, la Corte analiza cuidadosamente una serie de elementos tales como la naturaleza estrictamente jurídica de la norma convencional que sirve de base, el transcurso de un período de tiempo durante el cual todos o la mayoría de los estados concernidos por ese contenido hayan decidido hacerlo suyo especialmente a través de una práctica general y uniforme llevada a cabo con la convicción de que se trata de una obligación jurídica positiva³⁶.

³⁵ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 24: *The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis. It is inconceivable that the contracting parties readily contemplated that an objection to a minor reservation should produce such a result. But even less could the contracting parties have intended to sacrifice the very object of the Convention in favour of a vain desire to secure as many participants as possible. The object and purpose of the Convention thus limit both the freedom of making reservations and that of objecting to them. It follows that it is the compatibility of a reservation with the object and purpose of the Convention that must furnish the criterion for the attitude of a State in making the reservation on accession as well as for the appraisal by a State in objecting to the reservation. Such is the rule of conduct which must guide every State in the appraisal which it must make, individually and from its own standpoint, of the admissibility of any reservation.*

³⁶ “North Sea Continental Shelf Cases” (“República Federal de Alemania v. Dinamarca, República Federal de Alemania v. Países Bajos”), 1969 CIJ 3, (Abril 26) 41-44, párrs.

De resultas de lo anterior, sólo cabe pensar que la decisión de la Corte es una genuina creación de derecho. Sucede que la Corte está dando su lectura moral de lo que el Derecho Internacional de la post-segunda guerra mundial tiene previsto como uno de sus pilares. La Corte está integrando los derechos humanos que la Carta evoca en su preámbulo. Ese fundamento político, ideológico, filosófico que ofrece el preámbulo de la Carta. La ley moral a la que la Corte apela fue tenida en cuenta en la Carta y también en la res. 96(I) de la Asamblea General. Trátase de una ley moral que no responde a ninguna clasificación estática en materia filosófica³⁷.

La Corte se consideró en actitud fundacional de un orden jurídico y político que había colocado a los derechos humanos como uno de los objetos de la cooperación internacional. A cinco años del fin de la Segunda Guerra, a cinco años del holocausto, en la víspera de un orden de convivencia que permitiera preservar libertad y dignidad, la Corte resuelve dar esta lectura moral.

Sin embargo, resulta difícil desvincular el *dictum* (inesperado) de la Corte en el caso “Barcelona” de la adopción de la CVDT un año antes y, fundamentalmente, de la decisión que el mismo tribunal tomara en 1966 en los casos del Sudoeste Africano.

En 1960, Liberia y Etiopía solicitaron a la CIJ que declarara que en la administración del territorio del África Sudoccidental³⁸, la Unión Sudafricana

72,73,74,77,81: *It would in the first place be necessary that the provision concerned should, at all events potentially, be of a fundamentally normcreating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law. (...) With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected.(...) Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; -and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.(...)Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.(...) The Court accordingly concludes that if the Geneva Convention was not in its origins or inception declaratory of a mandatory rule of customary international law enjoining the use of the equidistance principle for the delimitation of continental shelf areas between adjacent States, neither has its subsequent effect been constitutive of such a rule; and that State practice up-to-date has equally been insufficient for the purpose.*

³⁷ BOBBIO, Norberto, “Presente y futuro de los derechos humanos” en *Problemas de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, cap. III.

³⁸ Luego denominado Namibia. South-West Africa Cases (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18).

había seguido la política de apartheid, es decir, que había establecido una discriminación con base en la raza, el color y el origen nacional o tribal, aplicando leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos arbitrarios, opuestos a la razón y a la dignidad humana, que reducían a la nada los derechos esenciales de los habitantes como surgían del Pacto de la Sociedad de Naciones, y de las normas corrientemente aceptadas y enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Probablemente, el más claro de los planteos jurídicos efectuados a la CIJ en materia de derechos humanos.

En 1962, la Corte rechaza las excepciones preliminares deducidas por Sudáfrica. La decisión se adopta por una ajustada mayoría. Seis años después, la CIJ rechazó las demandas por entender que los demandantes no tenían ningún derecho propio y autónomo que pudiera ser invocado independientemente para reclamar la buena ejecución del mandato conforme a la misión sagrada de civilización. Este era un derecho exclusivo de la Sociedad de Naciones que sólo podía ser ejercido por sus órganos³⁹.

El Tribunal podría haber terminado su decisión con la sola afirmación de la falta de legitimación de los estados demandantes. Empero, entendió necesario avanzar en algunas cuestiones más generales ya que los argumentos de las partes reincidían en la invocación de cuestiones “humanitarias”⁴⁰. A modo de *obiter* la Corte entiende que las consideraciones humanitarias pueden inspirar

³⁹ South-West Africa Cases (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18), 33, párr. 100.

⁴⁰ South-West Africa Cases (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18), 34: 49. *The Court must now turn to certain questions of a wider character. Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered.*

50. *Humanitarian considerations may constitute the inspirational basis for rules of law, just as, for instance, the preambular parts of the United Nations Charter constitute the moral and political basis for the specific legal provisions thereafter set out. Such considerations do not, however, in themselves amount to rules of law. All States are interested-have an interest-in such matters. But the existence of an ‘interest’ does not of itself entail that this interest is specifically juridical in character.*

51. *It is in the light of these considerations that the Court must examine what is perhaps the most important contention of a general character that has been advanced in connection with this aspect of the case, namely the contention by which it is sought to derive a legal right or interest in the conduct of the mandate from the simple existence, or principle, of the ‘sacred trust’. The sacred trust, it is said, is a ‘sacred trust of civilization’. Hence all civilized nations have an interest in seeing that it is carried out. An interest, no doubt; -but in order that this interest may take on a specifically legal character, the sacred trust itself must be or become something more than a moral or humanitarian ideal. In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal form. One such form might be the United Nations trusteeship system,- another, as contained in Chapter XI of the Charter concerning non-self-governing territories, which makes express reference to ‘a sacred*

las reglas de derecho; así, señala que el preámbulo de la Carta constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que se enuncian a continuación. Sin embargo, tales consideraciones no son por sí mismas normas jurídicas. Todos los estados se interesan por esas cuestiones, tienen un interés en ellas, mas no porque ese interés exista se trata de un interés jurídico.

De esta suerte, la Corte descarta de plano que las normas de la Carta sobre derechos humanos —y, específicamente, el principio de no discriminación— tengan efectos *erga omnes* —siquiera acotados al ámbito de los estados miembros— privando de juridicidad todo intento de universalización de tales normas. La premura de la Corte por señalar que las consideraciones humanitarias no crean derecho resulta cuando menos difícil de explicar a la luz de su actuación anterior aunque, obviamente, consideraciones humanitarias y ley moral puedan no ser equivalentes.

Volvemos pues a que sólo la insólita decisión en los casos del Sudoeste Africano puede explicar que en casi cuatro años, la Corte encontrara la ocasión para pronunciarse sobre el valor consuetudinario de las normas de derechos humanos expresadas en el orden jurídico internacional; y, más aún, que lo hiciera en el peculiar contexto de una protección diplomática a favor de una persona jurídica, y que las calificara de *erga omnes*⁴¹.

En 1995, en la contienda entre Portugal y Australia sobre el territorio de *Timor oriental*, la CIJ coincidió con la primera respecto al carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la autodeterminación tal como evolucionó a partir de la Carta y del Derecho de las Naciones Unidas y que se trata de uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo⁴².

En 1996, en ocasión de la opinión consultiva sobre la *Licitud del empleo de las armas nucleares en los conflictos armados*, la CIJ vuelve por los fueros de la OC sobre las reservas a la Convención de Genocidio señalando que las normas del DIH se imponen a todos los estados hayan o no ratificado los tratados y que además son principios “intransgresibles” (sic) del Derecho Internacional⁴³.

El lenguaje “alternativo” de la Corte no impidió al presidente Bedjaoui entender que la mayoría de las normas del Derecho Internacional humanitario y, en todo caso, las que prohíben el empleo de armas que causan efectos indis-

trust’. In each case the legal rights and obligations are those, and only those, provided for by the relevant texts, whatever these may be.

⁴¹ RAGAZZI, Maurizio, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon University Press, 1997, p. 131.

⁴² East Timor (“Portugal v. Australia”) 1995 CIJ 90 (Junio 30), párr. 29.

⁴³ *Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier. Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (Julio 8), párr. 79.

criminales y las que prohíben el empleo de las que causan males superfluos, forman parte del *ius cogens*⁴⁴.

En la misma fecha, la Corte decidió las excepciones preliminares en el caso de la Aplicación de la Convención de Genocidio (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia”), y allí sostuvo que la obligación de prevenir y de reprimir el genocidio que los Estados contraen en la Convención es de carácter *erga omnes* y no está delimitada territorialmente⁴⁵.

En 2004 en la opinión consultiva sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por Israel en territorio palestino ocupado*, la CIJ sostuvo que algunas de las obligaciones violadas por Israel eran obligaciones *erga omnes*, incluido el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y normas de Derecho Internacional humanitario⁴⁶ y llamó a la adopción de medidas.

En febrero de 2006, al fallar en la segunda presentación del caso sobre Actividades Armadas (“RDCongo v. Rwanda”), la Corte reconoce el carácter *ius cogens* de la norma que prohíbe el genocidio⁴⁷.

En enero de 2007, en un polémico fallo sobre la Aplicación de la Convención de Genocidio, la CIJ recordó sus manifestaciones en la opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención de Genocidio y en la sentencia de excepciones preliminares de ese mismo caso en 1996, así como su sentencia en el caso “Congo v. Rwanda”, para sostener el carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio⁴⁸ aunque finalmente no se va a pronunciar sobre el punto que permitió plantear el tema de las normas fundamentales⁴⁹.

Ciertamente los campos respectivos de las normas *erga omnes* y de *ius cogens* no se superponen exactamente aunque todas las normas de *ius cogens* sean también *erga omnes*. Esta imprecisión no invalida su existencia ni su pre-

⁴⁴ *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (Julio 8), declaración del presidente Bedjaoui, párr. 21.

⁴⁵ *Il en résulte que les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations erga omnes. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention.* Application for revision of the judgment of 11 July 1996 in the case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (“Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia”) Excepciones Preliminares 1996 CIJ 612 (Febrero 3), párr. 31.

⁴⁶ *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, opinión consultiva, 2004 CIJ 136 (Julio 9), párr. 155.

⁴⁷ *Armed activities in the territory of the Congo* (“República Democrática del Congo v. Uganda”) 2005 CIJ 168 (Diciembre 19), párr. 64.

⁴⁸ *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro”), 2007 CIJ (Febrero 26), párr. 161.

⁴⁹ *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro”), 2007 CIJ (Febrero 26), párr. 185.

eminencia normativa⁵⁰. En resumen, “en la constatación, de una u otra forma, de que existen de hecho en Derecho Internacional Público normas generales más importantes que otras, y que esta importancia, establecida en razón de su prioridad social, se traduce en el plano del derecho por una preeminencia o una primacía normativa”... Además, las distintas categorías de normas fundamentales se distinguen en virtud de las consecuencias jurídicas que se les atribuyen⁵¹. Cabría en rigor señalar que algunas normas del Derecho Internacional de los derechos humanos junto con las relativas a la proscripción del empleo de la fuerza por los Estados en las relaciones internacionales son los dos grupos de derechos que integran el *ius cogens*⁵². Asimismo, es pacífica su consideración como norma *erga omnes*⁵³. Ello no supone solamente poner de manifiesto frente a quiénes es oponible o es debida la obligación. Se trata de reconocer su preeminencia normativa, el hecho de que han sido objeto de un juicio que las distingue de otras que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por la voluntad de las partes, esto es por la autonomía de la voluntad. La jurisprudencia y la doctrina del Derecho Internacional han trabajado este aspecto⁵⁴.

Finalmente, un ejemplo de normas imperativas *inter partes* sería la manifestación de la CIJ en la sentencia de 15 de diciembre de 1979 en el caso del Personal Diplomático y Consular de los EE.UU en Irán, de que ningún estado podría dejar de reconocer las “obligaciones imperativas” codificadas en la Convenciones de Viena de 1961 y 1963⁵⁵.

Si la jurisprudencia de la CIJ ha sido prudente en la determinación de las normas fundamentales del Derecho Internacional Público, otros tribunales han sido menos parcios.

Los tribunales penales internacionales no han vacilado en considerar que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* y así lo han expresado.

⁵⁰ DUPUY, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international”, 297 *R.C.A.D.I.* 9, 301 (2002).

⁵¹ KADELBACH, Stefan, “Ius cogens, obligations erga omnes and other rules. The identification of fundamental norms”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (ed.), *The fundamental rules of the international legal order. Ius cogens and obligations erga omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 26.

⁵² DUPUY, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international”, 297 *R.C.A.D.I.* 9, 301 (2002).

⁵³ KADELBACH, Stefan, “Ius cogens...”, cit., p. 26: *The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation*”.

⁵⁴ LOPES PEGNA, Olivia, “Counter-claims and obligations erga omnes before the International Court of Justice”, 9 *E.J.I.L.* (4) (1998), ps. 731/732.

⁵⁵ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), 1980 CIJ 3 (Mayo 24), párr. 41.

El ICTY⁵⁶ en el caso “Furundzija” determinó el carácter *ius cogens* de la prohibición de la tortura y señaló sus implicancias en materia de reconocimiento de jurisdicción universal⁵⁷.

Más tarde el Tribunal sostiene que las normas del derecho humanitario imponen obligaciones *erga omnes* y que la mayoría de ellas ha logrado el carácter de *ius cogens*⁵⁸. Unos años más tarde, el Tribunal sostuvo que la prohibición del ataque a la población civil es una prohibición específica que se incluye en la prohibición del terror que tiene carácter de norma imperativa del Derecho Internacional general, por lo que puede decirse que la prohibición específica también participa del carácter imperativo porque protege el mismo valor [...] lo que es claro es que al ejemplificar y coincidir con la norma general, esta regla contra el terror no conflictua ni deroga las normas imperativas de Derecho internacional⁵⁹. Incluso Milosevic se hubo de prevalecer del carácter *ius cogens* de las normas de derechos humanos sobre derecho a la jurisdicción en una audiencia y planteó una objeción en ese sentido al juez Patrick Robinson en la sesión del 25 de abril de 2005⁶⁰.

En el ámbito de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido ciertamente precursora aún cuando no se la puede calificar de tribunal propiamente dicho. Así, en el caso “Roach y Pinkerton” —emblemático en relación con la ejecución de la pena de muerte a personas mayores por delitos cometidos durante la minoridad—, “La Comisión considera que los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos. La respuesta del Gobierno de Estados Unidos a la demanda en este caso afirma que “todos los Estados, además, tienen un sistema judicial para menores; ningún Estado permite a sus tribunales de menores imponer la pena de muerte⁶¹”. Por su parte, la CIDH en su Opinión Consultiva 18 sobre los derechos de los migrantes indocumentados señaló que “En concordancia con ello, este Tribu-

⁵⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY).

⁵⁷ “The Prosecutor v. Anto Furundzija”, CPIJ, caso nro. IT-95-17/1-T, Fondo, 10/12/1998.

⁵⁸ “The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjam Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic y Vladimir Santic a/k/a Vlado”. CPIJ, caso nro. IT-95-16-T, Fondo, 14/1/2000.

⁵⁹ “...prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law. It could be said that the specific prohibition also shares this peremptory character, for it protects the same value. However, to reiterate, the Majority is not required to decide this question. What is clear is that, by exemplifying and therefore according with the general norm, the rule against terror neither conflicts with nor derogates from peremptory norms of international law”. “Prosecutor v. Stanislav Galic”, CPIJ Trial Chamber I, Fondo, 3/12/2003, párr. 98.

⁶⁰ “Milošević, Slobodan” (IT-02-54) “Kosovo, Croatia and Bosnia”, I.C.T.Y. Transcripciones en p. 38.648.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, res. 3/1987, caso nro. 9647 (“Roach & Pinkerton”), Estados Unidos, párr. 56.

nal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁶². En el mismo contexto, la CIDH relaciona el lenguaje y dice “Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁶³”.

Ya a inicios de los noventa, la Corte había señalado que un tratado relativo a la esclavitud sería nulo por oposición a una norma de *ius cogens superveniens*⁶⁴.

En el sistema europeo, la Corte de Estrasburgo se pronunció sobre las normas fundamentales en el caso “Al-Adsani v. Reino Unido”, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura ha devenido una regla imperativa de Derecho Internacional⁶⁵ análogamente en el caso “Kalogeropoulou v. Alemania y Grecia”.

Sin perjuicio de no proceder de “tribunales internacionales”, los pronunciamientos de la Corte de Distrito de Nueva York en 1979 sobre el caso “Filartiga v. Peña Irala”⁶⁶, el *leading case* en el contexto del *Aliens Claims Torts Act* de 1789, que caracteriza a la prohibición de la tortura como norma imperativa, y los de la Corte Suprema Argentina de 2005 y 2007, en autos “Simon”⁶⁷ y

⁶² CIDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, párr. 101.

⁶³ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, párr. 110.

⁶⁴ CIDH, caso “Aloeboetoe y otros v. Surinam”, sent. del 4/12/2001, párr. 56.

⁶⁵ CEDH, caso “Al-Adsani v. Reino Unido”, Informe nro. 35763/97, 21/11/2001, párr. 61.

⁶⁶ “Filartiga v. Peña Irala”, 630 F 2nd. 876 (1980).

⁶⁷ CSJN, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, causa nro. 17.768, 14/6/2005, Fallos 234:250.

“Mazzeo”⁶⁸, respectivamente sobre la validez de las normas de punto final y obediencia debida y los indultos presidenciales, que caracterizan al orden jurídico internacional en materia de derechos humanos como de orden público, han tenido notorias incidencias internacionales⁶⁹.

V. EL BALANCE

El orden jurídico internacional que se establece después de la segunda posguerra mundial ha hecho espacio para la existencia de un orden público internacional. Este, conocido también como *ius cogens*, expresa los objetivos que ese orden se propuso en su creación y que se fueron desarrollando y logrando a través del tiempo y de la práctica internacional. También expresa valores importantes como la protección de la libertad y dignidad de las personas, el derecho de los pueblos a autodeterminarse y la ilegalidad de la acción armada.

Los tribunales internacionales han avanzado este concepto, a veces derechamente y otras tantas con la sugerencia de un lenguaje alternativo que abre el campo a la especulación doctrinaria pero que, finalmente, va en la misma dirección.

Las dudas y certezas de la comunidad internacional se reflejan en el lenguaje alternativo para las normas fundamentales.

Si la CIJ pudo ser muy prudente en la determinación de las normas de *ius cogens*, los tribunales penales internacionales, los tribunales de derechos humanos, los órganos de control en materia de derechos humanos, han sido más arriesgados. En todo caso, cabe recordar al respecto que en el caso de genocidio, enero 2007, la CIJ dejó en claro que la multiplicidad de jurisdicciones internacionales no obsta a su función de guardiana del Derecho Internacional.

En ese hacer, ella ha sabido mostrar la coincidencia de los grandes temas del orden jurídico que la creó con las normas fundamentales. De esta suerte, la proscripción del uso de fuerza, protección de los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos son los grandes temas y también las normas fundamentales del Derecho Internacional Público.

⁶⁸ CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13/7/2007, Fallos 330:3248.

⁶⁹ Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Priebke”, había expresado que “La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional”, Fallos 318:2148.