



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Aguilar Cavallo, Gonzalo

El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas
imperativas de derecho internacional público

Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19712106>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista Ius et Praxis, 12 (1): 117 - 154, 2006

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público.

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

¹ Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad de Talca, Doctor en Derecho, MA en Relaciones Internacionales, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. El autor quisiera expresar su más profunda gratitud a la señorita Rebeca Remeseiro Reguero, por su gentileza y excelente colaboración para la realización de este artículo.

Recibido el 29 de marzo de 2006 y aceptado el 16 de junio de 2006.

Resumen

Una de las características más sobresalientes de la realidad jurídica del mundo moderno consiste en la presencia creciente del Derecho Internacional contemporáneo al momento de adoptar decisiones legislativas o jurisprudenciales en el ámbito de la jurisdicción interna de los Estados. Una de las principales normas que aparecen como cruciales en este aspecto son aquellas llamadas normas de *ius cogens*. Tanto tribunales internacionales como regionales y nacionales están reconociendo y recurriendo cada vez más a estas normas imperativas e inderogables. Debido a los acontecimientos ocurridos en el mundo, especialmente en el último tiempo, ciertas normas imperativas, como la prohibición de la tortura, adquieren para los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de los Estados una función inspiradora y orientadora fundamental. La actividad jurisprudencial desarrollada por los órganos jurisdiccionales tanto internacionales como extranjeros, constituye una demostración de que, debido a la interacción e interdependencia creciente entre el derecho interno y el Derecho Internacional, sin lugar a dudas, estas normas jugarán un rol mayor en el ámbito interno de los Estados.

Descriptores: Derecho Internacional, Derecho Interno, Jurisdicción Interna, Normas de *ius cogens*, Derechos Humanos, Tortura, Desaparición forzada de personas.

Abstract

One of the most outstanding features of the modern world legal current issues consists in increasing presence of the contemporary international law at the moment of adopting law making or judicial decisions within states domestic jurisdiction. One of the main provisions that appear to be crucial in this aspect is those called imperative or *ius cogens*. International, regional and national tribunals are increasingly recognizing and applying these imperative and non derogable norms. Due to the world events especially in recent times, some peremptory norms like the prohibition of torture provide legislative, executive and judicial state's bodies with a major inspiring and guiding role. As a result of the hierarchy of these norms and the increasing interaction and interdependency between national and international legal systems, the case law activity developed by jurisdictional bodies, both international and foreign, represents evidence, without any doubt, that these norms will play a fundamental role within the states.

Key Words: International Law, Domestic Law, Domestic Jurisdiction, *Ius cogens* Standards, Human Rights, Torture, Enforced Disappearance.

Introducción

Uno de los efectos importantes de la globalización ha sido la aceleración del proceso de humanización del Derecho Internacional Público, el cual consiste en poner la dignidad humana, tanto individual como colectiva, en el centro de las preocupaciones de este ordenamiento jurídico. En este sentido, una de las categorías jurídicas que han jugado un rol fundamental en esta dinámica evolutiva del Derecho Internacional, han sido las normas de *ius cogens* o normas imperativas de Derecho Internacional.

Las normas de *ius cogens* se oponen a las normas de *ius dispositivum*². Estas

últimas aluden a aquellas normas que pueden ser derogadas o modificadas por la sola voluntad de las partes. Esta oposición no hace sino resaltar una característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y que se refiere a la existencia de un determinado orden público. En este sentido, pensamos que el concepto de *ius cogens* y las normas que revisten tal carácter han contribuido a fijar y delimitar, tanto en el ámbito interno como internacional, un orden público más protector. Sin lugar a dudas, el terreno de mayor fertilidad para estas normas constitucionales de un orden público internacional común ha sido el de los derechos humanos. Así, Henkin, refiriéndose a las normas sobre derechos humanos, señala que el sistema internacional, habiendo identificado valores humanos contemporáneos, los ha adoptado y ha declarado que constituyen un derecho fundamental. De esta manera, el destacado profesor sugiere que tal(es) derecho(s) es constituyente o constitucional, lo cual alude a la noción de orden público³.

Asimismo, Nguyen Quoc Dinh se refiere a las normas de *ius cogens* y a su consagración en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 23 de mayo de 1969, como las bases constitucionales escritas de la comunidad internacional⁴. La idea de las normas de *ius cogens* como constituyendo un orden público no es nueva. En efecto, ya en su momento, Georges Scelle hacía referencia a una denominada supralegalidad internacional de aquello que él llamaba "el derecho común internacional", definido, este último, por criterios materiales. Así por ejemplo, el derecho a la vida que se opone a la guerra; la libertad corporal que se opone a la esclavitud; la libertad de circulación, de comercio y de establecimiento que es incompatible con el cierre abusivo de fronteras; las normas que garantizan la libertad colectiva esencial que se traduce por el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos⁵. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ), en su *obiter dictum* de la decisión de fecha 5 de febrero de 1970, en el asunto de la *Barcelona Traction*, aludió al concepto de orden público internacional al momento de anunciar la posibilidad de una *actio popularis* cuando las normas violadas son normas de *ius cogens*.

En la actualidad, las normas de *ius cogens* han adquirido una importancia creciente en diferentes esferas del Derecho Internacional Público, extendiéndose, al menos, a materias tan relevantes como las siguientes: el Derecho de los Tratados y su trascendencia como causal de nulidad de los tratados; el Derecho de la Responsabilidad Internacional y la distinción entre violación de una obligación internacional y violación grave de una obligación internacional⁶; y, finalmente, desde nuestro punto de vista, en el área de mayor repercusión del *ius cogens*, esto es, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, respecto de la eficacia y fuerza obligatoria de estos derechos.

En el contexto contemporáneo surge una inquietud que va más allá de la simple consideración de la jerarquía de las normas de *ius cogens*, consistente en determinar cuál ha sido la utilización de estas normas, si es que la ha habido, por parte de los órganos jurisdiccionales tanto internacionales como extranjeros, y

cuál ha sido el significado e impacto de las normas imperativas en dicha jurisprudencia. Nuestro planteamiento consiste en que, a nivel mundial, la actividad jurisprudencial desarrollada por los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como extranjeros, constituye una demostración de que, debido a la jerarquía de las normas imperativas y a la interacción e interdependencia creciente entre el derecho interno y el Derecho Internacional, sin lugar a dudas, estas normas jugarán un rol mayor en el ámbito interno de los Estados.

No es nuestra intención, en este artículo, investigar, a propósito del estudio de las normas de *ius cogens*, la interrelación que existe entre el Derecho Internacional y el derecho interno. En efecto, no se estudiará en este trabajo los efectos que estas normas tienen en el derecho interno de los Estados, ni el principio de jurisdicción universal, ni la imprescriptibilidad así como tampoco el principio de prohibición de amnistiar los crímenes contra la humanidad, tópicos todos que se encuentran estrechamente vinculados con las normas imperativas, pero que merecen un estudio minucioso y más particular. El examen de estos temas se efectuará por separado más adelante.

Este artículo es una investigación que pretende, fundamentalmente, en primer lugar, sistematizar y conceptualizar las normas de *ius cogens*, su función y posición jerárquica en el orden jurídico global, y, en segundo lugar, describir, revisar y analizar la jurisprudencia extranjera e internacional vinculada a las normas de *ius cogens*. De este modo, en una primera parte de este estudio, se realizará un análisis más bien teórico de las normas de *ius cogens*, para posteriormente, en una segunda parte, focalizarse en un examen somero del reconocimiento que la jurisprudencia ha hecho de las normas imperativas, refiriéndonos en particular al tema de la tortura y de la desaparición forzada de personas.

I. Aspectos teóricos sobre las normas de *ius cogens*

En esta primera parte examinaremos brevemente la evolución que ha experimentado el *ius cogens* en Derecho Internacional, para luego efectuar un análisis comparativo de este concepto con otras figuras relacionadas y estudiar las características principales del *ius cogens*. Finalmente, se hará un examen del contenido general del *ius cogens* internacional teniendo siempre en mente que éste es uno de los aspectos más controvertidos de esta noción.

1. Origen del concepto y su evolución en Derecho Internacional

El concepto de *ius cogens* encuentra su origen en el Derecho Romano, pasando, a través de la teoría del derecho natural, al derecho común, utilizándose a lo largo de la Edad Media y Moderna para designar a las normas imperativas, es decir aquellas "*normas que fijan o prohíben determinadas conductas sin posibilidad de exclusión de las partes*"⁷. Así, se sostenía que un tratado sería nulo si era

contrario a la moralidad o a ciertos principios básicos de derecho internacional. La base lógica de esta regla era que un tratado no podía contravenir el derecho natural⁸. Con la declinación progresiva de la teoría del derecho natural, esta regla fue por largo tiempo olvidada, en la medida en que el positivismo primero y la escuela voluntarista después negaban la posibilidad de limitar la voluntad de los Estados en el ámbito internacional.

Habrà que esperar hasta el siglo XX para asistir al resurgimiento de esta regla y a su positivización en el Derecho Internacional con caracteres propios y distintivos. En este proceso resultan relevantes las afirmaciones del profesor Alfred Verdross, quien, en 1937, ya había reconocido la existencia de "*un grupo de normas consuetudinarias de Derecho Internacional, imperativas, diferentes y particulares*"⁹. Del mismo modo, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Oscar Chinn* (1934) como la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Estrecho de Corfú* (1949) se han manifestado, en ocasiones de modo incidental, aludiendo a este tipo de normas. En 1951, la CIJ emitió una Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, en la que se señala que la Convención cuenta entre sus objetivos, "por un lado, salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por otro, confirmar y respaldar los principios de moralidad más elementales"¹⁰.

Por lo tanto, tal como ha sostenido Malanczuk, hubo intentos de revivir la regla de los principios básicos de derecho internacional, pero ya no basados en el derecho natural. El nombre técnico con el que se conocerà a partir de este momento a estos principios básicos, que no pueden ser contravenidos por el acuerdo de las partes, es el de normas imperativas _perentorias según la terminología anglosajona- de Derecho Internacional general, también conocidas como normas de *ius cogens*¹¹.

Así, el momento crucial se presenta con ocasión de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) para la codificación del Derecho de los Tratados, lo que propicia que en 1969 la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados positivice y reconozca expresamente, por primera vez, aunque restringida al ámbito del Derecho de los Tratados, la existencia de normas de *ius cogens*. En este contexto, debe tenerse especialmente presente que es generalmente admitido que la Convención de Viena de 1969 refleja costumbre internacional.

En efecto, una definición del concepto de *ius cogens* aparece recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cuando señala que "*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"¹².

Desde el punto de vista doctrinal, Cassese se ha referido a esta nueva categoría de normas de *ius cogens* como generadora de un nuevo *ethos* en la comunidad internacional. Este autor ha destacado las normas de *ius cogens* como un estímulo a nuevas expectativas en los Estados, pero, fundamentalmente, en los pueblos y los individuos, además de la opinión pública internacional¹³.

Para Combacau y Sur el concepto de *ius cogens* o normas imperativas conduce a reconocer la existencia de normas de valor superior, que no se pueden derogar y cuyo desconocimiento entraña la nulidad del tratado infractor¹⁴. Por su parte, Chetail sostiene que "el concepto de *ius cogens* supone que existen unas normas tan fundamentales para la comunidad internacional que los Estados no pueden derogarlas"¹⁵.

Cassese afirma, al resaltar el significado de las normas de *ius cogens*, que "por primera vez en la comunidad internacional, se han creado unos valores (respeto a la dignidad humana, autodeterminación de los pueblos, etc.) que deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional"¹⁶.

Por otra parte, Crawford señala que se podrían considerar como *ius cogens* "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"¹⁷.

Por tanto, se puede plantear válidamente que las normas de *ius cogens* se refieren a un núcleo de principios que reflejan valores superiores para la humanidad. Exactamente en este sentido Caccésse ha observado que las normas imperativas reflejan "valores que indican elecciones fundamentales entre sendas diferentes dentro de la comunidad internacional. Valores, en fin, que reflejan exigencias colectivas [...]"¹⁸.

Considerando esta caracterización podemos definir las normas de *ius cogens* como aquellas reglas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter imperativo, "*obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad*"¹⁹. En consecuencia, las normas de *ius cogens* son normas a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto ni modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperativa.

Desde la perspectiva jurisprudencial, en la gran mayoría de los casos, se puede observar que el órgano jurisdiccional se ha referido a determinadas normas como

de *ius cogens* sin mencionarlo expresamente, o recurriendo a expresiones que traducen el significado de una norma imperativa. En este sentido, la CIJ ha definido las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario como normas "inconculcables"²⁰. Del mismo modo, dicha Corte señaló que "el principio de la libre determinación [...] es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo"²¹.

En el *asunto relativo al Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, la CIJ ha considerado "que ningún Estado tienen la obligación de mantener relaciones diplomáticas o consulares con otro Estado, pero que no puede dejar de reconocer las obligaciones imperativas que ellas implican y que ahora están codificadas en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963"²²

Asimismo, la misma Corte, en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, ha calificado de "principios intransgredibles de Derecho Internacional consuetudinario" un gran número de reglas de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados²³. En este asunto, en sus opiniones separadas o disidentes, algunos jueces se atrevieron a declarar aquello que el tribunal no señaló en términos explícitos. En efecto, tanto el presidente Bedjaoui como los jueces Weeramantry y Koroma afirmaron categóricamente que las normas de Derecho Humanitario debían ser consideradas normas imperativas de Derecho Internacional²⁴.

Por otra parte, en el caso sobre *la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* de 1996, la CIJ, luego de reiterar que el genocidio conmueve la conciencia humana y es contrario al derecho moral, señala que "los principios subyacentes a la Convención son, por reconocimiento de las naciones civilizadas, vinculantes para los Estados aunque no exista obligación convencional alguna"²⁵.

En lo que respecta a la justicia arbitral, en su sentencia de 31 de julio de 1989, el tribunal encargado de pronunciarse en el asunto de la Determinación de la frontera marítima entre Guinea y Senegal admitió, al menos implícitamente, el carácter imperativo del derecho a la autodeterminación de los pueblos²⁶.

2. Interacción del *ius cogens* con otras figuras relacionadas

Una de las críticas que se formulan al concepto de *ius cogens* reside en la imprecisión del concepto mismo²⁷. En este sentido, es habitual que se produzca una identificación, parcial o total, entre las normas de *ius cogens* y otras figuras tales como, la costumbre, los principios de Derecho Internacional o las obligaciones *erga omnes* razón por la cual creemos que es necesario establecer ciertas matizaciones.

Con todo, frente a la crítica de la indefinición y falta de precisión que pretende descartar la existencia de las normas de *ius cogens*, conviene tener presente lo observado por Pellet en el sentido de que "tampoco las normas consuetudinarias tienen siempre perfiles claros y no por ello son consideradas menos vinculantes para los Estados"²⁸.

En todo caso, como una primera observación general debe tenerse presente que tanto la costumbre como los principios de Derecho Internacional, las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens*, se desenvuelven y juegan su rol principal en distintas áreas y aspectos del Derecho Internacional, por lo que, desde ya, son inasimilables.

2.1. Costumbre

En concordancia con lo señalado precedentemente, cuando hablamos de costumbre y de principios de Derecho Internacional estamos en el terreno de las fuentes formales del Derecho Internacional Público mientras que las normas de *ius cogens* no son una fuente nueva del Derecho Internacional, sino que se nutren de las ya existentes²⁹.

Al margen de las obligaciones convencionales, los Estados también están obligados a cumplir con el derecho internacional consuetudinario, el cual comprende una serie de normas aceptadas como práctica general independientemente de cualquier obligación impuesta por los tratados³⁰. En un informe realizado por la *International Bar Association* se mencionó la prohibición de la esclavitud, el genocidio, la discriminación racial sistemática y la tortura y cualquier otra forma de castigo o trato degradante, cruel o inhumano como ejemplos de un derecho consuetudinario que adquiere reales formas de *ius cogens*³¹. Lo anterior no hace sino confirmar lo señalado en el párrafo anterior en el sentido de que las normas convencionales pueden ser una fuente posible de normas de *ius cogens*.

Con todo, no todas las normas de *ius cogens* encuentran su origen en la costumbre, aunque esta sea una de sus fuentes habituales. Así, podemos afirmar junto con Puceiro Ripoll que es posible que los tratados multilaterales generales se configuren como fuente de las normas de *ius cogens* bien porque "sólo trasvasa aquella normas de la costumbre, reglamentándola, como lo hizo la Carta de las Naciones Unidas con respecto a los Derechos Humanos y libertades fundamentales"³² o porque el "tratado multilateral general se adelanta a la costumbre creando una norma de *ius cogens* [...] como ocurre con (sic) los principios de la Carta que establecen la igualdad soberana o la interdicción del uso de la fuerza o su amenaza en las relaciones internacionales"³³.

2.2. Principios Generales de Derecho Internacional

Los principios estructurales del Derecho Internacional son, según la definición de González Campos, "*principios que por expresar los valores generalmente aceptados por la sociedad internacional en su conjunto [...] informan las distintas estructuras jurídicas que hoy integran el derecho internacional*"³⁴. Estos principios del Derecho Internacional son los principios recogidos en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, el principio de protección del medio ambiente, el deber de ayuda a los estados menos desarrollados o los principios de derecho humanitario bélico. Aun cuando es posible encontrar normas de *ius cogens* que no forman parte de estos principios fundamentales, por regla general, se puede sostener que en estos principios "*se encuentra el núcleo de las normas de ius cogens del orden internacional*"³⁵, pero es plausible encontrar normas de *ius cogens* que no formen parte de estos principios fundamentales tal y como ocurre con la prohibición de la esclavitud³⁶.

En este último sentido, el profesor Cassese ha aludido a un núcleo de principios "a los que la comunidad internacional ha decidido (alrededor de 1960) atribuir un rango más elevado que el de las normas ordinarias del Derecho Internacional. Se trata del *ius cogens*, esto es, de los principios generales que tienen una fuerza jurídica particular: no pueden ser derogados por tratados o normas consuetudinarias contrarias a ellos"³⁷.

2.3. Obligaciones *erga omnes*

Las obligaciones *erga omnes* se configuran como obligaciones que permiten "*desbilateralizar la relación de responsabilidad*"³⁸ de modo que su incumplimiento legitimaría a cualquier Estado de la comunidad internacional para exigir su cumplimiento y sanción. Supone la configuración de la *actio popularis*, es decir, reconoce la posibilidad de que cualquier sujeto pueda "*interponer una acción en defensa de un interés público o general*"³⁹.

Sin embargo, es criticable la asimilación que, en ocasiones, se hace de las normas de *ius cogens* con las obligaciones *erga omnes*. En efecto, así como Pérez Giralda señala "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*'"⁴⁰.

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.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la noción *erga omnes* ha recibido en repetidas ocasiones un reconocimiento por parte de los tribunales, tanto nacionales como internacionales. En materia de derechos humanos, el reconocimiento de obligaciones *erga omnes* ha implicado destacar la no vigencia del principio de reciprocidad respecto de los tratados de esta naturaleza, en razón de que pretenden proteger intereses comunes a toda la humanidad. Así fue como la CIJ por el lado de la jurisprudencia internacional, en 1951, en su Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* resaltó esta vinculación entre los intereses de la humanidad y las obligaciones *erga omnes*, al sostener que "en esa Convención, los Estados contratantes no tienen intereses particulares, sino un único interés común"⁴¹. En el caso de los tribunales nacionales, el Consejo Constitucional francés dejó claramente establecida esta circunstancia en el asunto relativo al Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴².

Por otra parte, recientemente, y en materia de la dicotomía entre derechos humanos y terrorismo, en el caso *A and Others v. Secretary of State for the Home Department*, la Cámara de los Lores en el Reino Unido ha subrayado que mientras la naturaleza *erga omnes* pertenece al área de la aplicación internacional, el otro rasgo principal del principio que prohíbe la tortura, esto es, su carácter *ius cogens*, se relaciona con la jerarquía de las normas en el orden jurídico internacional⁴³.

3. Características de las normas de *ius cogens*

En el apartado anterior hemos tratado de distinguir las normas de *ius cogens* de una serie de conceptos relacionados tales como costumbre y obligaciones *erga omnes*. A partir de estas diferenciaciones anteriores, es posible precisar algunas características que presentan las normas de *ius cogens*⁴⁴:

3.1. Imperatividad:

De acuerdo con Combacau y Sur, las normas de *ius cogens*, son reglas imperativas, lo que significa que su violación conduce a la nulidad del tratado infractor y esta nulidad revestiría el carácter de absoluta. La eficacia absoluta de las normas de *ius cogens* no se reduciría solamente al marco convencional y del Derecho de los Tratados, sino que se extendería a la condena de ciertas conductas estatales, incluso en el orden interno, vinculadas al derecho humanitario y a las reglas tendientes a la protección de los derechos humanos⁴⁵.

Su naturaleza imperativa se ve corroborada por lo dispuesto en el artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados

adoptado por la CDI en el año 2001, el cual consagra la idea de una responsabilidad especial agravada en caso de violaciones de una norma de *ius cogens*⁴⁶.

3.2. Inderogabilidad:

Este segundo rasgo implica que las normas de *ius cogens* son normas obligatorias a las que los Estados no pueden renunciar. Ni tampoco ser derogadas por la voluntad de estos (es decir, no admiten acuerdo en contrario) siendo necesaria para su modificación otra norma de *ius cogens* con el mismo carácter. En definitiva, las normas de *ius cogens* son normas que se encuentran fuera de la esfera de la voluntad de los Estados u otros sujetos de derecho, de tal manera que, incluso, las contramedidas destinadas a procurar el cumplimiento de una obligación internacional se encuentran prohibidas cuando ellas consisten en suspender las obligaciones derivadas de una norma de *ius cogens*⁴⁷. Refiriéndose a los derechos humanos como norma imperativa, Henkin afirma que este derecho no convencional de los derechos humanos, derogando radicalmente el axioma de la soberanía, no está basado en el consentimiento: al menos, no acepta el disenso y vincula a los Estados particulares sin atender a sus objeciones⁴⁸.

En este sentido, Nguyen Quoc, ha afirmado que el artículo 53 y el artículo 64 ambos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, "establecen una verdadera jerarquía entre las normas imperativas y las otras" pero de ninguna manera "instituyen una nueva categoría de fuentes formales del derecho internacional"⁴⁹.

3.3. Generalidad:

Son normas que recogen valores e intereses comunes y fundamentales para la comunidad internacional, obligando, por ello, a todos los Estados. Esta característica nos permite negar la existencia de normas imperativas para una determinada zona geográfica (*ius cogens* regional) en la medida en que tales normas no serían ya universales, pudiendo, además, ser objeto de enmienda por los propios Estados. Como señala Combacau y Sur se trata de reglas con vocación universal⁵⁰. En esta misma línea, Henkin señala que el derecho internacional no convencional de los derechos humanos es como el *ius cogens*, no es el resultado de la práctica sino el producto del consenso común del cual pocos osan disentir⁵¹.

3.4. Dinamismo y mutabilidad:

Esta característica supone que las normas de *ius cogens* sólo pueden ser derogadas o modificadas por otras de la misma naturaleza e, igualmente, nuevas normas pueden ser reconocidas como tales por la generalidad de Estados, lo que

permite que dichas normas se adapten a los distintos estadios de evolución de la sociedad internacional. Según Combacau y Sur son reglas evolutivas, y esto afecta el principio *pacta sunt servanda*, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado válidamente celebrado, frente a una nueva regla de *ius cogens* se vuelve nulo y debe terminar⁵².

3.5. Responsabilidad especial:

Tal como se ha indicado en el punto relativo a la imperatividad, el artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados de 2001 consagra la idea de una responsabilidad especial agravada para el caso de violaciones de una norma de *ius cogens*. Esta responsabilidad agravada también se hacía presente en el anterior Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados de 1996 a través de la figura del crimen internacional contemplado en el artículo 19 de dicho proyecto. En el nuevo proyecto de 2001 la figura controvertida del crimen internacional ha desaparecido y ha sido reemplazada por la de violaciones graves de una obligación internacional⁵³. Sin embargo, la consecuencia de dicha conducta sigue siendo similar. Al tratarse de normas generales imperativas *erga omnes* su vulneración produce un ilícito internacional de especial gravedad, generando una responsabilidad agravada y ampliada, estando legitimados para exigirla no sólo el sujeto directamente afectado sino cualquier otro. En este sentido, refiriéndose a un derecho generalmente aceptado como una norma imperativa de Derecho Internacional general, tal como el derecho a la autodeterminación, la CIJ se ha explayado respecto de las consecuencias para los Estados de una violación de una obligación emanada de una norma de *ius cogens*⁵⁴.

Precisamente la especial responsabilidad que se deriva de la vulneración de las normas de *ius cogens* produce que se invalide el consentimiento del lesionado y el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho.

3.6. Causa de nulidad y terminación de los tratados:

La celebración de un acuerdo internacional en violación de una norma imperativa de Derecho Internacional general da lugar a impetrar la nulidad de dicho acuerdo en virtud de lo dispuesto en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Esto último implica que todo tratado que nazca en oposición a una norma de *ius cogens* adolecerá de nulidad absoluta, es decir, los efectos derivados de la nulidad se extienden a todo el tratado y no sólo a las disposiciones contrarias a las normas de *ius cogens*. Además, en este caso, la nulidad producirá sus efectos *ab initio*, es decir, desde la celebración y entrada en vigor del respectivo tratado, y, por lo tanto, la nulidad tiene eficacia *ex tunc*, esto es, produce efectos retroactivos, de modo que habrá que eliminar las consecuencias de tal oposición y reconstituir la situación al estado anterior al

nacimiento del tratado.

Aquel tratado que sea contrario a una norma de *ius cogens superveniens* terminará, es decir, se produce la derogación de un tratado hasta entonces válido. De modo que los efectos anteriores a la aparición de la nueva norma de *ius cogens* son válidos y los que todavía no se agotaron terminarán si son contrarios al *ius cogens*. Si no se oponen a una norma imperativa de Derecho Internacional, dichos efectos podrán mantenerse en virtud del principio de divisibilidad de las previsiones del acuerdo.

3.7. Aceptación y reconocimiento universal:

Esta característica implica que la norma ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, de modo que "*no se exige el voto unánime ni se acepta el veto minoritario*"⁵⁵.

Uno de los mayores problemas que suscita esta expresión del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es el sentido y alcance de la "comunidad internacional en su conjunto". Según Combacau y Sur ya la expresión comunidad en su conjunto hace alusión a la idea de una suerte de solidaridad y de unidad profunda de la sociedad internacional que trasciende las oposiciones particulares⁵⁶. Henkin en su intento por equiparar el derecho de los derechos humanos no convencional a las normas de *ius cogens*, termina por proporcionar una buena tipificación de este concepto, al señalar que no refleja antiguas costumbres ni el derecho natural tradicional y no se construye por la práctica de los Estados, por lo que no requiere el consentimiento de cada Estado, sino que refleja el consenso general⁵⁷. Malanczuk por su parte, observa que tratándose de las normas de *ius cogens* se requiere la aceptación y el reconocimiento de una abrumadora mayoría de Estados, atravesando diferencias culturales e ideológicas⁵⁸.

En opinión de Combacau y Sur, al menos, se pueden plantear tres posibles significados. Primeramente, se podría pensar que siendo la ONU el signo más manifiesto de esta comunidad internacional, le corresponde a sus órganos y, particularmente, a la Asamblea General de esa organización determinar el *ius cogens*, por ejemplo, mediante el reconocimiento como norma imperativa de los principios incorporados en la Carta de Naciones Unidas. Asimismo, sería posible sostener que las normas de *ius cogens* exigen una aceptación unánime de tal manera que la oposición de algunos Estados entraría su aparición. Finalmente, estos autores señalan que sería suficiente que el acuerdo emanara de un número de Estados bastante numeroso y bastante diverso que representara a la comunidad internacional en su conjunto⁵⁹.

A pesar de que su forma de identificación es clara en la teoría, la determinación

práctica de las normas de *ius cogens* resulta dificultosa, ya que la "comunidad internacional en su conjunto, no es en sí misma un foro identificable a simple vista". Por otra parte, una dificultad agregada sería aquella que señala Jennings en cuanto a que esta categoría de normas, comparativamente hablando, son de reciente desarrollo y no hay acuerdo general respecto de cuáles normas tienen este carácter⁶¹.

Si bien podemos considerar- junto con el profesor Gutiérrez Espada- que esta voluntad mundial podría expresarse a través de un "tratado internacional multilateral cuyo objetivo fuera enunciar las normas imperativas por todos hoy aceptadas"⁶² o de las resoluciones de ciertos organismos internacionales, lo cierto es que ninguna de las opciones resulta viable en la medida que la "comunidad internacional en su conjunto no está aún debidamente institucionalizada y ninguna organización, ni siquiera la ONU, posee la competencia necesaria para, en su nombre, decidir según reglas de voluntad de sus órganos (¿Cuáles?) qué normas son imperativas"⁶³.

Si bien, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados nos indica que debe tratarse de una norma reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, evidentemente, no debe tratarse de la unanimidad de los Estados que componen la comunidad internacional. Entonces, la duda que surge es qué número y qué calidad deben reunir los Estados. Nguyen Quoc indica que "debemos considerar que el número debe ser muy grande e incluir todos los grupos de Estados" y tener presente que la objeción persistente de un Estado particular o de algunos Estados no impide ni el reconocimiento de ese carácter imperativo ni la oponibilidad de la regla a los Estados objetores"⁶⁴.

4. Contenido de las normas de *ius cogens*

Entre las críticas que se plantean contra el concepto de *ius cogens* se encuentra la vaguedad e indefinición de las normas que lo componen. Por esta razón, junto con la comprensión de un concepto de *ius cogens* resulta relevante el análisis de su contenido. En este sentido, en primer lugar es necesario establecer una distinción entre el proceso de identificación de las normas de *ius cogens*, por un lado, y la determinación de las mismas, por otro.

En cuanto a la identificación de tales normas hemos de tener en cuenta que para explicar dicho proceso no resultan válidas ni la tesis de la proclamación, de acuerdo con la cual sólo serían imperativas las normas que fuesen reconocidas como *ius cogens* en los textos internacionales, ni la tesis del acuerdo, según la cual solo serían imperativas las normas que el Estado haya aceptado como tales⁶⁵. En definitiva, el elemento decisivo para identificar a una norma como *ius cogens* es el reconocimiento de la imperatividad de la misma por la comunidad internacional en su conjunto, es decir, la *opinio iuris cogentis*.

La determinación de las normas de *ius cogens* se realiza principalmente por el juez quien, a su vez, puede nutrirse de las opiniones de los autores, de la práctica de los Estados y de las normas convencionales mismas, analizadas a la luz de las exigencias de la conciencia pública. Esta función no es fácil, razón por la cual podemos distinguir normas cuya consideración como *ius cogens* no presenta discusión alguna y otras con respecto a las cuales se plantean dudas.

Así, en primer lugar, podemos distinguir un conjunto de normas cuya determinación como *ius cogens* no presenta discusión y en este grupo encontramos normas tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; el principio de libre determinación de los pueblos; la prohibición del genocidio, esclavitud y discriminación racial; la prohibición de la tortura; y la prohibición del *apartheid*⁶⁶.

Ya en 1971, el profesor Roberto Ago consideraba que las normas de *ius cogens* incluían "las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario (prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra)"⁶⁷.

En este contexto, el profesor Cassese señala que, "prácticamente casi todos los Estados del mundo parecen compartir la idea de que entre las más graves violaciones de los derechos humanos han de contarse el genocidio, la discriminación racial (especialmente el *apartheid*), la práctica de la tortura y la negativa a considerar el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Ello significa que casi todos los Estados concuerdan en considerar como fundamentales por lo menos algunos grandes valores"⁶⁸.

Por su parte, el profesor Matus, en su comentario a la obra de Kai Ambos, confirma la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la tortura y extiende tal carácter a los crímenes contra la humanidad y a su imprescriptibilidad⁶⁹. Consecuentemente, señala Crawford, habría un amplio consenso en cuanto a considerar como normas imperativas la prohibición de la agresión, de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y discriminación racial y el *apartheid*, la prohibición de la tortura, las normas básicas del derecho internacional humanitario y el derecho a la libre determinación⁷⁰.

En general, desde una perspectiva más global, se sostiene por la doctrina, como se ha visto *supra* y ello ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional, que la norma que impone la obligación de respeto y protección de los derechos humanos ha alcanzado el carácter de norma de *ius cogens*⁷¹. Sin embargo, algunos, utilizando equivocadamente un punto de vista restrictivo, prefieren precisar exactamente el contenido de este *ius cogens*. Así, el Instituto de Derecho

Americano señala que no todas las normas de derechos humanos son normas perentorias o de *ius cogens*, pero enumera algunas que sí lo son, tales como la norma que prohíbe el genocidio, la prohibición de la esclavitud o la trata de esclavos, la prohibición de la desaparición forzada de personas, la prohibición de la tortura u otros tratamientos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la detención prolongada arbitraria y la prohibición de la discriminación racial sistemática⁷².

Una serie de convenciones internacionales, ampliamente ratificadas confirman la general aceptación de las normas anteriormente mencionadas como imperativas. Asimismo, diversas decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales han respaldado el carácter imperativo de estas prohibiciones. En efecto, la CIJ ha respaldado esta afirmación en su *obiter dictum* de fecha 5 de febrero de 1970, en el asunto de *la Barcelona Traction* cuando señala que las obligaciones *erga omnes* en derecho internacional incluyen aquellas derivadas de los principios y reglas relativas a los derechos esenciales de la persona humana⁷³. En el asunto de *las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, esta misma Corte menciona el *ius cogens* en apoyo del carácter consuetudinario de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza⁷⁴.

En sus opiniones consultivas número 1 (29 de noviembre de 1991) y 9 (4 julio 1992), la Comisión de Arbitraje de la Conferencia europea para la paz en Yugoslavia clasificó entre las normas imperativas de Derecho Internacional general, los "derechos de la persona humana" y los "derechos de los pueblos y de las minorías" y en su opinión número 2 (11 de enero de 1992), la Comisión reafirmó la existencia de "normas ahora imperativas de derecho internacional general" imponiendo "a los Estados asegurar el respeto de los derechos de las minorías", lo que parece implicar el derecho para cada ser humano "de reivindicar su pertenencia a la comunidad étnica, religiosa o lingüística de su elección" y para estas comunidades, aquél de beneficiarse de un mínimo de protección⁷⁵. Asimismo, en su opinión número 10, pronunciada el 4 de julio de 1992, la Comisión califica igualmente de imperativas las normas que prohíben "el uso de la fuerza en sus relaciones con otros Estados o que garantizan los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas"⁷⁶.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha efectuado una contribución extraordinaria al desarrollo del Derecho Internacional a través de su Opinión Consultiva sobre *la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 2003, en la que ha señalado expresamente "que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus

cogens"⁷⁷.

En el caso de los tribunales nacionales, también ha habido decisiones que reconocen la calidad jerárquicamente superior de ciertos principios y normas. Así por ejemplo, en Estados Unidos, el caso *Siderman de Blake v. Argentina*, el caso *Filartiga v. Peña-Irala* y en el Reino Unido, el caso *Al Adsani v. Government of Kuwait*, el caso *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate*⁷⁸. De esta manera, las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos pueden verse influenciadas por la jurisprudencia como la anteriormente mencionada, la que proporciona directrices básicas para la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

En el segundo grupo, a saber, el conjunto de normas cuya determinación como *ius cogens* es fuente de debate, se encontraría, por ejemplo, la prohibición de la "contaminación masiva del medio ambiente". En este último caso, según autores como Díez de Velasco nos encontramos ante una norma de *ius cogens*, mientras que Mariño Menéndez no le otorga tal carácter al afirmar que nos encontramos ante una "norma general imperativa que posee una autoridad reforzada" pero no produce la "nulidad de los acuerdos contrarios a ella (sic)" careciendo entonces de uno de los rasgos identificadores de las normas de *ius cogens*⁷⁹.

Otras normas respecto de las cuales no existe acuerdo en torno a su carácter imperativo son el principio de arreglo pacífico de las controversias, el principio de no intervención en la jurisdicción interna de los estados, el principio de igualdad entre los Estados y el derecho al desarrollo económico, social y cultural. Determinados autores, ya sea directamente, como Puceiro Ripoll o indirectamente como González Campos, han calificado estos principios como normas de *ius cogens* mientras que otros autores como Gutiérrez Espada o Mariño Menéndez no le otorgan tal calidad al considerarlos como principios estructurales del Derecho Internacional no alcanzando la categoría de *ius cogens*⁸⁰. Quizás resulta exagerado afirmar, como sugiere Jennings que el contenido completo de las normas de *ius cogens* es algo que resta por resolver a través de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁸¹, pero sí se puede sostener que hay un conjunto de principios y normas cuya calidad de *ius cogens* no está totalmente definida, o bien, que podrían ser consideradas normas de *ius cogens in statu nascendi*. Con todo, como se ha dicho precedentemente, existe un grupo de normas que están claramente aceptadas como *ius cogens*, algunas de las cuales examinaremos a continuación.

II. Reconocimiento jurisprudencial de las normas de *ius cogens*

En este apartado analizaremos los pronunciamientos tanto de tribunales nacionales como internacionales sobre dos supuestos específicos de normas de *ius cogens*, a saber, la prohibición de la desaparición forzada de personas y la

prohibición de la tortura.

1. Desaparición forzada de personas

Desde la perspectiva de una definición de esta violación grave de los derechos humanos, Solomon se ha pronunciado afirmando que "las desapariciones forzadas se producen cuando un agente del Estado _o una persona que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial- priva a una persona de libertad sin ofrecer información sobre la detención, o niega tener a esa persona recluida, lo que convierte en ineficaces todos los recursos legales o garantías judiciales que podrían proteger a la víctima de otro modo"⁸². En el contexto de los instrumentos internacionales, la definición que proporciona la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994 es muy similar a la anterior. En efecto, el artículo 2 de la referida Convención señala que "se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"⁸³.

Uno de los rasgos característicos de la desaparición forzada de personas lo constituye el hecho que representa una violación grave de los derechos más esenciales de la persona humana. En esta línea, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de 1992 señala que esta práctica afecta "los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad [...]"⁸⁴. Por su parte, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, resalta que este tipo de actos constituye "una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana". Este enunciado de la Declaración y de la Convención parece hacer poderosamente alusión a las normas imperativas o de *ius cogens* que precisamente tienen por objeto proteger los valores más profundos de la comunidad internacional. Es más, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas expresamente declara que "la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable y que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad"⁸⁵. Como se ha señalado *supra*, los supuestos constitutivos de crímenes internacionales permitirían identificar normas imperativas de Derecho Internacional general.

Además, la misma Declaración señala en su artículo primero que "[t]odo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como

una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes". Como ya se ha sostenido *supra*, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, la infracción de una norma de *ius cogens* es considerada una violación grave de una obligación internacional, lo cual confirma, una vez más, el carácter imperativo de la prohibición de la desaparición forzada de personas. En particular, Mary Robinson ha señalado que la desaparición forzada de personas constituiría un crimen internacional que se encontraría sometido al principio de justicia universal⁸⁶.

De esta manera, algunos autores se inspiran en aquellas normas que dan origen al ejercicio de la jurisdicción universal para identificar las normas imperativas de Derecho Internacional general. En este contexto, si bien la persecución universal tradicionalmente ha incluido, por ejemplo, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura, tal como lo ha señalado Mary Robinson, las violaciones de derechos humanos susceptibles de someterse a la jurisdicción universal se han expandido en los últimos tiempos, llegando a incluir actualmente, de manera indubitada, *inter alia*, la desaparición forzada de personas⁸⁷. La *Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas de las desapariciones forzadas*, dispone el ejercicio de la jurisdicción universal para todos los actos de desapariciones forzadas, una visión que fue reconocida en el nivel regional en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁸⁸.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la CIDH, en el relevante caso *Velásquez Rodríguez* de 1988, ha señalado que "la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto. [...] Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona [...] Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad, demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos o degradantes [...]"⁸⁹.

Por su parte, el juez de la CIDH, Cançado Trindade, en su voto particular pronunciado en el caso *Blake vs. Guatemala*, ha afirmado que la desaparición forzada de personas ha adquirido el carácter de *ius cogens*⁹⁰ convirtiéndose así en

una norma imperativa de derecho internacional general cuya vulneración está "*condenada (sic) por la conciencia jurídica universal* [...]"⁹¹.

No solamente los tribunales internacionales han reconocido el carácter de *ius cogens* de las normas que prohíben la desaparición forzada de personas, sino que tribunales nacionales se han manifestado en el mismo sentido ante diversos casos que ellos han conocido.

Así, se debe destacar la sentencia de la Corte Suprema argentina de fecha 14 de junio de 2005, en virtud de la cual se declaraba la nulidad de las leyes de impunidad (ley de punto final y ley de obediencia debida) y se ratificaba la condena por crímenes contra la humanidad. En dicha sentencia, el Ministro Dr. Antonio Boggiano afirmaba, en su voto motivado, que la desaparición forzada de personas ha alcanzado la categoría de *ius cogens* lo que permite afirmar la imprescriptibilidad de tales crímenes⁹².

En la misma sentencia, el Ministro Maqueda, al fundamentar su voto y tras esbozar una definición y las características de las normas de *ius cogens*⁹³, afirma que "el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad [...]"⁹⁴. Esto último se explica por el proceso de humanización del Derecho Internacional contemporáneo, el cual busca lograr la normal convivencia de los pueblos, comunidades e individuos en el concierto global.

En este contexto, el Ministro Maqueda afirma en la sentencia referida que la desaparición forzada de personas es un crimen contra la humanidad⁹⁵, por lo que, al igual que el Ministro Boggiano, concluye que la prohibición de la desaparición forzada de personas es una norma imperativa de Derecho Internacional general o norma de *ius cogens*⁹⁶.

Los trágicos eventos que se han sucedido especialmente a lo largo de la segunda mitad del siglo XX han sido el momento oportuno para una confirmación y reafirmación del carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura. En este sentido, como veremos a continuación, la prohibición de la tortura ha recibido un reconocimiento jurisprudencial aun mayor que el otorgado a la desaparición forzada de personas.

2. Tortura

Existen diversos tratados internacionales dedicados exclusivamente a la prohibición de la tortura y otros, de contenido más general, que contienen prohibiciones específicas sobre esta materia⁹⁷. Hay dos instrumentos que para estos efectos nos interesan especialmente, a saber, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984. Y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985. La primera define la tortura señalando que se entenderá por tal "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas"⁹⁸.

De la norma que prohíbe la tortura claramente emana una obligación de prevención para el Estado, pero, además, de investigación y de persecución, todas las cuales tendrían naturaleza *erga omnes* y pertenecerían al *ius cogens* internacional. En este sentido, Solomon ha señalado "las autoridades son las responsables de investigar plenamente las denuncias de tortura y cualquier situación en la que haya motivo razonable para creer que se ha cometido un acto de tortura, aunque la víctima no haya denunciado explícitamente la tortura padecida"⁹⁹. El hecho de que no cumplan esta responsabilidad ni actúen de acuerdo con las conclusiones de la investigación constituye una violación de disposiciones concretas del Derecho Internacional"¹⁰⁰. Así, en el caso *Furundzija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex _ Yugoslavia claramente señaló que "las normas internacionales contra la tortura establecen no sólo su prohibición y castigo una vez perpetrada sino también su prevención; así cuando los Estados aceptan obligaciones internacionales en tal sentido se les impone la obligación de adoptar de manera inmediata medidas internas que prevengan o pongan fin a torturas que estén ocurriendo y se genera una responsabilidad internacional del Estado si éste mantiene en vigor o aprueba leyes contrarias a la prohibición de la tortura aún cuando no se haya producido una reclamación de cesación y reparación"¹⁰¹.

No sólo la doctrina sino que diversos órganos e instituciones internacionales se han pronunciado reiteradamente en el sentido de ratificar la calidad de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura. De este modo, en un documento oficial presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre los detenidos en Guantánamo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura en conjunto con cinco otros Relatores Especiales señalaron expresamente en su

informe que la prohibición de la tortura formaba parte del *ius cogens*¹⁰².

Por otra parte y desde el punto de vista de la jurisprudencia judicial propiamente tal, hemos de hacer referencia en primer lugar a la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex -Yugoslavia en el caso *Furundzija*, en donde el tribunal afirma dentro de sus principales conclusiones que la erradicación de la tortura ha alcanzado un estatus especial similar al de otros principios como la prohibición del genocidio, la esclavitud, la adquisición de un territorio por la fuerza o la supresión del derecho de los pueblos a la autodeterminación¹⁰³.

Desde la perspectiva de los conceptos relacionados con el *ius cogens*, este mismo tribunal señaló en el caso *Furundzija* que la prohibición de la tortura se configura como una obligación *erga omnes* cuya vulneración otorga a cualquier otro miembro de la comunidad internacional derecho a solicitar su cesación¹⁰⁴. Con todo, la afirmación más importante del Tribunal en el caso *Furundzija* está constituida por aquella en la que señala que la prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional alcanzando la categoría de *ius cogens* lo que la dota de un rango jerárquico superior no pudiendo ser derogada por tratados o costumbres internacionales¹⁰⁵. De este modo, el reconocimiento que hace este tribunal en cuanto a que la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una norma de rango superior que prima por sobre cualquier otra y, por tanto, es imperativa e inderogable, y obliga a todos los Estados, comunidades e individuos sin excepción. Consecuentemente, de esta especial calidad de la cual está revestida la prohibición de la tortura se derivan, al menos, dos efectos específicos, tanto en el ámbito de la interacción con otros Estados como en el aspecto estatal individual.

Por un lado, a nivel de los Estados y sus relaciones con otros Estados, se deslegitima cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y ello supone que se consideran nulos *ab initio* los tratados que vulneren tal prohibición y no se toman en cuenta las decisiones de los Estados que autoricen o amnistíen a los autores de torturas¹⁰⁶.

Por otro lado, en la esfera individual, cada Estado tiene el derecho y el deber de investigar, perseguir, castigar y extraditar a individuos acusados de tortura que estén bajo su jurisdicción con independencia del lugar de comisión de dichos crímenes¹⁰⁷.

Junto con el amplio tratamiento que el Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia otorgó a la tortura como norma de *ius cogens* en el caso *Furundzija*, otros tribunales internacionales regionales también se han manifestado reconociendo claramente el carácter imperativo a esta norma. Así por ejemplo, en

el año 2006, la CIDH, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, señaló enfáticamente que *"existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del ius cogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas"*¹⁰⁸. Además, en el mismo tribunal, en el año 2005, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, tuvo la oportunidad de reiterar esta afirmación al indicar expresamente que *"existe una prohibición universal de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que violan las normas perentorias de derecho internacional (ius cogens)"*¹⁰⁹.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la CEDH) en el caso *Al-Adsani vs. The United Kingdom*, reconoce el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura¹¹⁰, señalando, además, en términos bastante similares a aquellos del Tribunal Penal Internacional para la ex _ Yugoslavia, en el caso *Furundzija*, una de sus características fundamentales, a saber, ostentar el más alto rango en la jerarquía de normas internacionales superior incluso a los tratados y a las normas consuetudinarias¹¹¹. Este reconocimiento lo realiza la Corte Europea de Derechos Humanos en un asunto donde no se está tratando la responsabilidad penal personal por actos de tortura, como en el caso *Furundzija* sino la inmunidad de un Estado en un pleito civil desarrollado en otro Estado por daños ocasionados por actos de tortura producidos dentro del territorio de aquel Estado¹¹². Así, la Corte afirma que aún a pesar del carácter especial que ostenta la prohibición de la tortura en el Derecho Internacional, no hay instrumentos internacionales, autoridades o bases materiales para concluir que un Estado no goza de inmunidad en un proceso civil, desarrollado en otro Estado, donde se aleguen actos de tortura¹¹³.

Asimismo, diversos tribunales nacionales se han pronunciado directa o indirectamente respecto de la jerarquía que ocupa, en la escala de normas, la disposición que prohíbe la tortura. En este sentido, el firme rechazo universal que existe hoy contra la tortura, ya había sido adelantado por los tribunales norteamericanos en 1980, en el caso *Filartiga v. Peña-Irala*, cuando la Corte señaló que *"la tortura se ha convertido, como la piratería y la trata de esclavos antes que ella, hostis humani generis, un enemigo de toda la humanidad"*¹¹⁴. En la causa *Demjanjuk v. Petrovsky* de 1985, los tribunales norteamericanos volvieron a reiterar que los perpetradores de un crimen de tortura deben ser considerados enemigos comunes de la humanidad¹¹⁵. En otro caso conocido por los tribunales norteamericanos en 1992, la Corte describió el derecho a estar libre del flagelo de la tortura como un derecho fundamental y universal¹¹⁶.

En la misma línea que las decisiones norteamericanas, los órganos jurisdiccionales españoles también se han pronunciado respecto de la especial calidad de la prohibición de la tortura. En efecto, en el caso Pinochet, la Audiencia Nacional Española, en un auto de la Sala de lo Penal de 5 de noviembre de 1998, afirmó que "con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política"¹¹⁷. En consecuencia, el tribunal español deja claro que la prohibición de la tortura y del genocidio se consideran como normas imperativas de derecho internacional general y que, por ello, no pueden ser dejadas sin efecto por una ley estatal, tal y como pretende la ley chilena 2.191 de 1978, en virtud de su especial carácter.

En el mismo sentido se pronuncia la Cámara de los Lores del Reino Unido en su resolución de 24 de marzo de 1999 donde afirma que la prohibición de la tortura ha adquirido el carácter de *ius cogens* o norma perentoria, siendo esa naturaleza la que otorga jurisdicción universal, es decir otorga jurisdicción para que la tortura se sancione con independencia del lugar donde se haya cometido. Además, se señala que las ofensas al *ius cogens* han de ser castigadas por cualquier Estado ya que sus autores son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen interés en su captura y procesamiento"¹¹⁸.

En este contexto, las normas que prohíben y sancionan la tortura se encuentran estrechamente vinculadas con el principio de prohibición de la impunidad y, consecuentemente, por esta vía también se relacionan con las normas de *ius cogens*. Así lo ha expresamente afirmado el Tribunal Constitucional español, cuando ha señalado que el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de los crímenes de Derecho Internacional, forman parte del Derecho consuetudinario internacional e incluso, del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina¹¹⁹.

La jurisprudencia británica _al igual que las opiniones de los tribunales españoles y norteamericanos- ha sido enfática en reconocer en repetidas ocasiones el carácter imperativo de la norma que prohíbe la tortura en toda circunstancia. Así, en una decisión de la Cámara de los Lores de diciembre del año 2005, Lord Bingham of Cornhill sostuvo que es comúnmente aceptado que "la prohibición internacional del uso de la tortura goza del estatus reforzado de *ius cogens* o de norma imperativa de Derecho Internacional general"¹²⁰. Además, Lord Bingham afirma en la sentencia antes referida que deben haber pocas cuestiones sobre las cuales la opinión jurídica internacional es más clara que en la condenación de la tortura¹²¹.

En resumen, creemos que es posible apreciar una excelente dinámica que se ha producido en la esfera jurisprudencial. Esta dinámica consiste en que los tribunales nacionales han reconocido la especial calidad de la cual está revestida la prohibición de la tortura, esto es, una norma imperativa e inderogable, en base a

los estándares internacionales de derechos humanos y asumiendo en alguna medida las enseñanzas proporcionadas por la jurisprudencia internacional.

Conclusión

En la época actual nos encontramos en un período en el cual una parte significativa del planeta goza de Estados democráticos, donde individuos y pueblos disfrutan de la garantía y respeto de los derechos humanos y de la vigencia de un estado de derecho. Así ha ocurrido paulatinamente en América Latina. Este espíritu democratizador ha trasladado los intereses de los órganos políticos hacia el desarrollo de un modelo económico y tecnológico marcado por el fenómeno de la globalización, desplazando la preocupación por los derechos humanos y el estado de derecho a segundo plano.

Sin embargo, los momentos de existencia plena de una democracia no son períodos en los que se puede descansar en materia de garantía y protección de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. Quizás la tentación se haga presente en este sentido, pero, muy por el contrario, la existencia de normas e instituciones propias de una sociedad democrática debe ser aprovechada por cada pueblo y cada comunidad para la implementación y desarrollo de estándares cada vez más elevados de protección de los derechos humanos.

Un ejemplo notable de lo anterior lo constituyen los esfuerzos permanentes que se efectúan en sociedades europeas tradicionalmente democráticas para consolidar los avances que tan duramente se han ido conquistando por la comunidad internacional en materia de derechos humanos. Uno de estos logros que se ha alcanzado en el ámbito de los derechos humanos dice relación con la consolidación de ciertas normas de especial trascendencia, tales como la que prohíbe la desaparición forzada de personas y la prohibición de la tortura.

Tal como se ha mostrado en este trabajo, los avances alcanzados en esta materia por el Derecho Internacional contemporáneo se han ido transmitiendo a los ordenamientos jurídicos internos y se han ido asumiendo por los órganos jurisdiccionales estatales. Debido a la jerarquía asignada a las normas imperativas de Derecho Internacional general -en este caso, la desaparición forzada de personas y la prohibición de la tortura- y a la interacción e interdependencia creciente entre el derecho interno y el Derecho Internacional, sin lugar a dudas, estas normas jugarán un rol mayor en la solución de causas en el ámbito de la competencia doméstica de los Estados.

Nuestro interés, por tanto, ha sido ilustrar someramente un fenómeno generalizado que se reproduce tanto a nivel de la jurisdicción internacional como regional, e interna de los Estados y que consiste en la aplicación preferente como norma prioritaria y jerárquicamente superior por sobre toda otra norma jurídica, cualquiera sea su naturaleza y origen, de las normas que prohíben la tortura y la

desaparición forzada de personas.

En este sentido, no podemos sino destacar este fenómeno como un ejemplo en virtud del cual la jurisprudencia emanada de los órganos judiciales estatales está aplicando y hace suyo un concepto que tiene su origen en el ámbito eminentemente internacional y que, por la vía jurisprudencial, se incorpora en el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior, al margen de constituir un enriquecimiento mutuo de dichos ordenamientos jurídicos respecto de los avances de cada uno, demuestra cada vez más la interactividad y permeabilidad de los dos ordenamientos. No es la primera vez que, producto de la interrelación e interactividad entre ambos sistemas, se ha producido el progreso y enriquecimiento de uno de ellos, más bien, éste es un proceso interactivo clásico entre derecho interno y derecho internacional. Sin embargo, lo interesante, en este caso, es que la noción de *ius cogens* es un concepto controvertido en Derecho Internacional y si bien es ampliamente aceptado por la doctrina, aún estimula el debate entre los autores. Esto último hace aún más sorprendente su reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno, a través, como se ha expuesto, de ciertas decisiones de algunos órganos judiciales nacionales. En resumen, como se ha señalado *supra* en este artículo, la incorporación y reconocimiento de las normas de *ius cogens* es una nueva ilustración de que, gracias a la interconexión y permanente interrelación entre el derecho interno y el Derecho Internacional, este proceso de enriquecimiento y progreso de los ordenamientos jurídicos continúa.

En el caso de los órganos jurisdiccionales chilenos, las normas de *ius cogens* pueden y deben servir de fuente inspiradora, orientadora e interpretadora para la resolución de eventuales casos en las que sean aplicables, y, en general, en todos aquellos casos en los que hay una vulneración de los derechos fundamentales de comunidades e individuos.

BIBLIOGRAFÍA

A/ Obras

- 1.- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Curso de Derecho Internacional Publico*, Segunda reimpresión, Tecnos, Madrid 1994.
- 2.- CASSESE, Antonio: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- 3.- CASSESE, Antonio: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1ª reimpresión, 1993.
- 4.- COMBACAU, Jean y SUR, Serge: *Droit international public*, 5e édition, Montchrestien, Paris, 2001

- 5.- CRAWFORD, James: *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004.
- 6.- DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Undécima Edición, Tecnos, Madrid 1996.
- 7.- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio et alter: *Curso de Derecho Internacional Público*, Octava edición (Tercera en Civitas), Thomsom Civitas, Madrid 2003.
- 8.- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: *Derecho Internacional Publico*, Primera edición, Trotta, Madrid 1995.
- 9.- HIGGINS, Rosalyn: *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- 10.- International Bar Association, "Guinea Ecuatorial: en un momento decisivo", Informe de la misión de la IBA en Guinea Ecuatorial, octubre de 2003.
- 11.- JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur (Eds.): *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 9th edn., 1992.
- 12.- MACEDO, Stephen (Ed.): *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, New Jersey, 2001.
- 13.- MALANCZUK, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edn., 1997.
- 14.- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Segunda edición, Trotta, Madrid 1995.
- 15.- PUCEIRO RIPOLL, Roberto: *Las normas de ius cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo* en JIMÉNEZ de ARECHÁGA, Eduardo (Dir.): *Derecho Internacional Público*. Tomo I, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996.
- 16.- QUOC DINH, Nguyen, *Droit International Public*, L.G.D.J., Paris, 6e édition, 1999.
- 17.- REMIRO BROTONS, Antonio et alter: *Derecho Internacional*, Primera edición, McGrawhill, Madrid 1997.
- 18.- SOLOMON, Joel: *Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México*, Human Rights Watch, Nueva York, 1999.

19.- SUDRE, Frédéric: *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

20.- STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip: *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, New York, 2000.

B/ Artículos

1.- CEA EGAÑA, José Luis: "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 5, núm. 2 (1999), p. 357

2.- CHETAIL, Vicente: "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario", en *RICR*, núm. 850 (2003), pp. 235-269.

3.- HENKIN, Louis: "Human Rights and State 'Sovereignty'", en *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, núm. 31 (1995/1996), p. 37.

4.- MATUS, Jean Pierre: "El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del profesor Dr. Kai Ambos, *Der Allgemeine teil des Völkerstrafchts*, 2ª ed., Duncker und Humblot, Berlin 2004, 1058 páginas", en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1/2005, pp. 183 y 217.

5.- PELLET, Alain: "Can a State commit a Crime? Definitely, yes!", en *EJIL*, vol. 10, núm. 2/1999, pp. 425-434.

6.- PÉREZ GIRALDA, Aurelio: "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", en *REEI*, número 4 (2002), p. 23. <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF> [visitado el 28/10/2005].

7.- QUIROGA LEÓN, Aníbal: "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1/2005, p. 249.

8.- ROSSEL CONTRERAS, Mario: "Constitución y tratados de derechos humanos", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2 (1997), pp. 113-119.

C/ Sitios web

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html (visitado día 2 de octubre de 2005)

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database> (visitado día 2 de octubre de 2005)
 - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: <http://www.un.org/icty/furundzije/trialc2/judgement> (visitado día 28 de septiembre de 2005)
 - EQUIPO NIZKOR: <http://www.derechos.org/nizkor/eng.html> (visitado día 14 de octubre de 2005)
-

² Sudre, Frédéric. 2001. **Droit international et européen des droits de l'homme**, Presses Universitaires de France, Paris, p. 60.

³ Vid. Henkin, Louis. 1995/1996. "Human Rights and State 'Sovereignty'", en *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, núm. 31, p. 37.

⁴ Vid. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980; Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, L.G.D.J., Paris, 6e édition, p. 205.

⁵ Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 200.

⁶ "A pesar de sus carencias, el proyecto en su versión final reafirma, a través del artículo 41, el concepto de '*ius cogens*' [...]". Pérez Giralda, Aurelio. 2002. "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", en *REEI*, núm. 4, p. 23. <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF> [visitado el 28/10/2005]; Vid. Artículo 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados (2001).

⁷ Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo" en Jiménez de Arechága, Eduardo (Dir). **Derecho Internacional Público**. Tomo I, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 304.

⁸ Malanczuk, Peter. 1997. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, 7th revised edn., p. 39.

⁹ Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., p. 305.

¹⁰ Vid. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23.

¹¹ Vid. Malanczuk, Peter. 1997. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, op. cit., p. 39.

¹² Determinados autores como Puceiro Ripoll, consideran que dicha definición es circular al no recoger la esencia de las normas de *ius cogens*. Vid. Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., p. 305.

¹³ Cassese, Antonio. 1993. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, Ariel, Barcelona, 1ª reimpresión, p. 242; En este mismo sentido, Vid. Rossel Contreras, Mario. 1997. "Constitución y tratados de derechos humanos", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, pp. 113-119; Cea Egaña, José Luis. 1999. "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 5, núm. 2, p. 357.

¹⁴ Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, 5e édition, Montchrestien, Paris, p. 125.

¹⁵ Chetail, Vicente. 2003. "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario", en *RICR*, núm. 850, pp. 235-269.

¹⁶ Cassese, Antonio. 1993. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, op. cit., p. 241.

¹⁷ Crawford, James. 2004. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**, Dykinson, Madrid, p. 293.

¹⁸ Cassese, Antonio. 1993, **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, op. cit., p. 241.

¹⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. 1994. **Curso de Derecho Internacional Público**, Segunda reimpresión, Tecnos, Madrid,, p. 86.

²⁰ Vid. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J., Reports 1996, p. 257, par. 79.

²¹ Vid. *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J., Reports 1995, p. 102, par. 29.

²² Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 204; Vid.

asunto relativo al Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, ordenanza del 15 de diciembre de 1979, Rec. 1979, p. 20.

²³ Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 204; Vid. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 257.

²⁴ «Il ne fait pas doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus, font partie du *jus cogens*. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point dans la mesure où la question de la nature du droit humanitaire applicable aux armes nucléaires ne rentrait pas dans le cadre de la demande que lui a adressée l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour n'en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme 'des règles intransgressibles du droit international coutumier'» Vid. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 273, par. 21; p. 496; y p. 574.

²⁵ *Case Concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary objections), ICJ Reports 1996, p. 595.

²⁶ Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 204.

²⁷ Pérez Giralda, Aurelio. 2002. "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", cit., p. 10.

²⁸ Pellet, Alain. 1999. "Can a State commit a Crime? Definitely, yes!", en *EJIL*, vol. 10, núm. 2, pp. 425-434.

²⁹ Revisar las fuentes formales del Derecho Internacional Público en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en anexo de la Carta de Naciones Unidas.

³⁰ El artículo 38(1) (b) del Estatuto del ICJ se refiere a las costumbres internacionales como una "prueba de una práctica general aceptada como ley". En consecuencia, la generalidad de los autores sostienen que el Derecho Internacional consuetudinario está formado por dos elementos: la práctica general de los estados y la convicción de que tales prácticas reflejan la ley (*opinio juris*). Vid., por ejemplo, Cassese, Antonio. 2001. **International Law**, Oxford University Press, Oxford, p. 119; En un nivel mucho más general, se ha llegado a argüir que las normas establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos han pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario. Vid., por ejemplo, la Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional

de derechos humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, par. 2; Higgins, Rosalyn. 1963. **The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations**, Oxford University Press, Oxford, p. 18.

³¹ International Bar Association. 2003. **Guinea Ecuatorial: en un momento decisivo**, Informe de la misión de la IBA en Guinea Ecuatorial, p. 23.

³² Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., p. 318.

³³ Idem.

³⁴ González Campos, Julio et al. 2003. **Curso de Derecho Internacional Público**, Octava edición (Tercera en Civitas), Thomson Civitas, Madrid, p. 93.

³⁵ Idem.

³⁶ Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho Internacional Público**, Primera edición, Trotta, Madrid, p. 611.

³⁷ Cassese, Antonio. 1993. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, op. cit., p. 240.

³⁸ Díez de Velasco, Manuel. 1996. **Instituciones de Derecho Internacional Público**, Undécima Edición, Tecnos, Madrid, p. 673.

³⁹ Remiro Brotons, Antonio et al. 1997. **Derecho Internacional**, Primera edición, McGrawhill, Madrid, p. 29.

⁴⁰ Pérez Giralda, Aurelio. 2002. "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", cit., p. 11; Pellet, Alain. 1999. "Can a State commit a Crime? Definitely, yes!", cit., pp. 425-434.

⁴¹ Vid. *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23.

⁴² «Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en

particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'eu égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer». Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 Traité portant statut de la Cour pénale internationale; Vid. Sudre, Frédéric. 2001. **Droit international et européen des droits de l'homme**, op. cit., p. 57.

⁴³ Vid. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department (2004), [2005] UKHL 71, par. 33, p. 28.

⁴⁴ Clasificación establecida según lo recogido por Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., pp. 313 a 318.

⁴⁵ Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, op. cit., p. 159.

⁴⁶ Ibid, p. 157.

⁴⁷ Vid. Pérez Giralda, Aurelio. 2002. "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", cit., p. 18.

⁴⁸ Cfr. Henkin, Louis. 1995/1996. "Human Rights and State 'Sovereignty'", cit., p. 37.

⁴⁹ Vid. Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 201; Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional, tampoco hay que olvidar que, respecto de los Estados y, particularmente, de aquellos que son miembros de las Naciones Unidas, junto con las obligaciones convencionales y consuetudinarias, existe todo un cuerpo de disposiciones conocidas como derecho indicativo. Se trata de una serie de normas de derechos humanos acordadas por la ONU mediante una resolución de la Asamblea General que los Estados deben respetar, aun cuando, es posible que estas disposiciones no sean jurídicamente vinculantes. No obstante lo anterior, este derecho indicativo proporciona directrices detalladas que complementan los acuerdos legalmente vinculantes, sin hacer referencia al eventual efecto cristalizador o constitutivo de las resoluciones de Naciones Unidas. Vid. International Bar Association. 2003. **Guinea Ecuatorial: en un momento decisivo**, op. cit., p. 24.

- ⁵⁰ Cfr. Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, op. cit., p. 157.
- ⁵¹ Vid. Henkin, Louis. 1995/1996. "Human Rights and State 'Sovereignty'", cit., p. 37.
- ⁵² Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, op. cit., p. 157.
- ⁵³ Vid. Crawford, James. 2004. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**, op. cit., pp. 293 y ss.
- ⁵⁴ Vid. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9 July 2004, General List No 131), par. 159.
- ⁵⁵ Vid. Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., p. 316.
- ⁵⁶ Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, op. cit., p. 157.
- ⁵⁷ "Conceptually, it may have sneaked into the law on the back of another idea, *ius cogens* ... *ius cogens* ... does not reflect ancient custom or traditional natural law; it has not been built by state practice. Also, it does not require consent of every state: it reflects 'general' consensus ...". Vid. Henkin, Louis. 1995/1996. "Human Rights and State 'Sovereignty'", cit., p. 37.
- ⁵⁸ Vid. Malanczuk, Peter. 1997. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, op. cit., p. 39.
- ⁵⁹ Combacau, Jean y Sur, Serge. 2001. **Droit international public**, op. cit., pp. 157 y 158.
- ⁶⁰ Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho Internacional Público**, op. cit., p. 614.
- ⁶¹ Jennings, Robert y Watts, Arthur (Eds.). 1992. **Oppenheim's International Law**, Vol. 1, 9th edn., p. 4.
- ⁶² Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho Internacional Público**, op. cit., p. 614.

⁶³ Remiro Brotóns, Antonio el alter. 1997. **Derecho Internacional**, op. cit., p. 24.

⁶⁴ Vid. Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 202.

⁶⁵ Afirmación realizada con base a lo establecido en REMIRO BROTONS, Antonio el alter: *Derecho Internacional*, Primera edición, McGrawhill, Madrid 1997, pp. 23 y 24.

⁶⁶ Vid. Steiner, Henry J. y Alston, Philip. 2000. **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, New York, p. 225.

⁶⁷ Chetail, Vicente. 2003. "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario", cit., pp. 235-269.

⁶⁸ Cassese, Antonio. 1993. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, op. cit., p. 77.

⁶⁹ Matus, Jean Pierre. 2005. "El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del profesor Dr. Kai Ambos, Der Allgemeine teil des Völkerstrafchts, 2ª ed., Duncker und Humblot, Berlin 2004, 1058 páginas", en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, pp. 183 y 217.

⁷⁰ Vid. Crawford, James. 2004. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**, op. cit., pp. 293-294.

⁷¹ Quiroga León, Aníbal. 2005. "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, p. 249.

⁷² Steiner, Henry J. y Alston, Philip. 2000. **International Human Rights in Context**, op. cit., p. 233.

⁷³ Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 201; Malanczuk, Peter. 1997. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, op. cit., p. 39; Vid. *Barcelona Traction, Light and Power Compagny Limited* (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, vol. 3, pars. 33-34, p. 32.

⁷⁴ Vid. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, par. 190, pp. 100-101.

⁷⁵ Quoc Dinh, Nguyen. 1999. **Droit International Public**, op. cit., p. 204.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, parte resolutive, par. 4

⁷⁸ Vid. Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Siderman de Blake v. Argentina* (1992), I.L.R., vol. 103, p. 455, en p. 471; Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en *Al Adsani v. Government of Kuwait* (1996), I.L.R., vol. 107, p. 536, en pp. 540-541; Cámara de los Lores del Reino Unido en *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (Nº 3), [1999] 2 W. L.R. 827, en pp. 841 y 881; Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), I.L.R., vol. 77, p. 169, en pp. 177-179; Desde el punto de vista de los tribunales internacionales, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto IT _ 95 _ 17/1 _ T, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, fallo de 10 de diciembre de 1998, I.L.M., vol. 38 (1999), p. 317.

⁷⁹ Vid. Díez de Velasco, Manuel. 1996. **Instituciones de Derecho Internacional Público**, Undécima Edición, Tecnos, Madrid, p. 71.

⁸⁰ Puceiro Ripoll, Roberto. 1996. "Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo", cit., p. 322; "La identificación del *ius cogens* se facilita accediendo a la Resolución 2625 (XXV) en la que se recogen [...] los principios estructurales del ordenamiento internacional, núcleo indiscutido de las normas imperativas". Vid. González Campos, Julio et al. 2003. **Curso de Derecho Internacional Público**, op. cit., p. 113; "Las normas imperativas de Derecho Internacional o de *ius cogens* [...] no deben confundirse automáticamente con los principios que integran el sistema normativo básico o común del Derecho Internacional Público". Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho Internacional Público**, Primera edición, Trotta, Madrid, p. 611; "Muchas de las normas generales de *ius cogens* se expresan o contienen en los principios estructurales de orden jurídico internacional. Pero ambos círculos no necesariamente coinciden" Mariño Menéndez, Fernando. 1995. **Derecho Internacional Público. Parte General**, Segunda edición, Trotta, Madrid, p. 67.

⁸¹ Jennings, Robert y Watts, Arthur (Eds.). 1992. **Oppenheim's International Law**, op. cit., p. 4.

⁸² Solomon, Joel. 1999. **Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México**, Human Rights Watch, Nueva York, p. 63; *La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada por la resolución 47/133 de la

Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992, explica con más detalle en su preámbulo que la desaparición forzada de personas consiste en que "se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

⁸³ Vid. Artículo II de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

⁸⁴ Vid. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992*; Solomon, Joel. 1999. **Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México**, p 64.

⁸⁵ Vid. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

⁸⁶ Macedo, Stephen (Ed.). 2001. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**, Princeton University, New Jersey, p. 16.

⁸⁷ Vid. Macedo, Stephen (Ed.). 2001. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**, op. cit., p. 16.

⁸⁸ Vid. Artículo 12 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

⁸⁹ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, pars. 155 y 156; Solomon, Joel. 1999. **Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México**, op. cit., p. 63.

⁹⁰ "15. Estamos, en definitiva, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales inderogables, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la "criminalización" de violaciones graves de los derechos humanos - como las

prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *jus cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de lesa humanidad que recaen bajo su prohibición". "25. A pesar de que las dos referidas Convenciones de Viena consagran la función del *jus cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas imperativas del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas, - prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad, - condenadas por la consciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados". Considerandos 15 y 25 del Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de enero de 1998 en el caso *Blake vs. Guatemala*.

⁹¹ Considerando 25 del Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de enero de 1998 en el caso *Blake vs. Guatemala*.

⁹² "[...] es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no sólo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. [...] La comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens* como derecho internacional vigente [...]. Esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya...". Considerandos 38 a 40 del voto del señor ministro doctor don Antonio Boggiano en la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 14 de junio de 2005 (causa número 17.768).

⁹³ Considerandos 44 a 49 del voto del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda en la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 14 de junio de 2005 (causa número 17.768).

⁹⁴ Considerandos 49 del voto del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda en la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 14 de junio de 2005 (causa número 17.768).

⁹⁵ "[...] *la negativa de los apelantes a considerar el delito de desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad [...] resulta inadmisibile a la luz de principios del ius cogens que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica [...]*". Considerando 95 del voto del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda en la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 14 de junio de 2005 (causa número 17.768).

⁹⁶ "[...] *la negativa de los apelantes a considerar el delito de desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad [...] resulta inadmisibile a la luz de principios del ius cogens que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica [...]*". Considerando 95 del voto del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda en la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 14 de junio de 2005 (causa número 17.768).

⁹⁷ La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por Chile el 23 de septiembre de 1987; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada por Chile el 15 de septiembre de 1988; La Tortura también está prohibida de conformidad con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile el 16 de septiembre de 1969; y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990.

⁹⁸ Vid. Artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984; La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985, por la Asamblea General de la OEA, proporciona en su artículo 2 una definición de la tortura muy similar a la precedente y, expresa que se entiende por tortura "todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

⁹⁹ Vid. Artículos 12 y 13 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; artículo 8 de la Convención Interamericana

para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹⁰⁰ Solomon, Joel. 1999. **Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México**, op. cit., pp. 61-62.

¹⁰¹ Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998): considerandos 148 a 150.

¹⁰² Vid. Commission on Human Rights - Joint report on Guantanamo Bay detainees, E/CN.4/2006/120, par. 43, p. 21.

¹⁰³ "[...] *the eradication of torture, has led to the cluster of treaty and customary rules on torture acquiring a particularly high status in the international normative system, a status similar to that of principles such as those prohibiting genocide, slavery, racial discrimination, aggression, the acquisition of territory by force and the forcible suppression of the right of peoples to self-determination [...]*" Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998) considerando 147.

¹⁰⁴ Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998): considerandos 151 a 152.

¹⁰⁵ "153. [...] *Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even «ordinary» customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.* 154. *Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community*". Tribunal Penal Internacional para la Ex - Yugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998) considerandos 153 y 154; Vid. también the General Comment No. 24 on «Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant [on Civil and Political Rights] or the Optional Protocol thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant», issued on 4 Nov. 1994 by the United Nations Human Rights Committee, par. 10 («the prohibition of torture has the status of a peremptory norm»); En 1986, el Relator Especial de Naciones Unidas, P. Kooijmans, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos, había adoptado un punto de vista similar al del Comité de Derechos Humanos. Vid. Doc. E/CN. 4/1986/15, p. 1, par 3; El hecho de que la prohibición internacional de la tortura se ha convertido en una norma de *ius cogens* ha sido sostenido por los tribunales estadounidenses, entre otros, en los siguientes casos: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F. 2d 699 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, *Republic of Argentina v. De Blake*, 507 U.S. 1017,123L.

Ed. 2d 444, 113 S. Ct. 1812 (1993); Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua v. Reagan, 859 F. 2d 929, 949 (D.C. Cir. 1988); Xuncax et al. v. Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995); Cabiri v. Assasie-Gyimah, 921 F. Supp. 1189, 1196 (S.D.N.Y. 1996); and In re Estate of Ferdinand E. Marcos, 978 F. 2d 493 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, Marcos Manto v. Thajane, 508 U.S. 972, 125L. Ed. 2d 661, 113 S. Ct. 2960 (1993).

¹⁰⁶ Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998) considerando 155.

¹⁰⁷ "156. Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that *every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. [...] It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. [...]*". Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998) considerando 156.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, considerando 143.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, considerando 117.

¹¹⁰ "[...] *While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law [...]*". Corte Europea de Derechos Humanos, case *Al Adsani vs. The United Kingdom* (Application no.33763/97) Judgment, considerando 61.

¹¹¹ "[...] *a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even ordinary customary rules [...]*". Corte Europea de Derechos Humanos, case *Al Adsani vs. The United Kingdom* (Application no.33763/97) Judgment, considerando 60.

¹¹² "[...] *it observes that the present case concerns not, as in Furundzija and Pinochet, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts as torture within the territory of that State [...]*" Corte Europea de Derechos Humanos, case *Al Adsani vs. The United Kingdom* (Application no.33763/97) Judgment, considerando 61.

¹¹³ "...*Notwithstanding the especial character of the prohibition of torture in*

international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from suit in the courts of another State where acts of torture are alleged...". Corte Europea de Derechos Humanos, case *Al Adsani vs. The United Kingdom* (Application no.33763/97) Judgment, considerando 61.

¹¹⁴ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), I.L.R, vol. 77, p. 169, en pp. 177-179.

¹¹⁵ Vid. *Demjanjuk v. Petrovsky* 612 F Supp 544 (1985), 566; Lord Cooke of Thorndon describió el derecho a no ser sometido a tratamiento inhumano como un derecho inherente en el concepto de civilización. Vid. *Higgs v. Minister of Nacional Security* [2000] 2 AC 228, 260.

¹¹⁶ Vid. Ninth Circuit Court of Appeals, *Siderman de Blake v. Argentina* 965 F 2d 699 (1992), 717.

¹¹⁷ Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Española de 5 de noviembre de 1998 fundamento de derecho octavo.

¹¹⁸ "[...] *the international law prohibiting torture has the character of jus cogens or a peremptory norm, i.e. one of those rules of international law which have a particular status [...]* The *jus cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences *jus cogens* may be punished by any state because the offenders are «common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution [...]". Opinion of the Lords of appeal for judgment in the cause *Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the metropolis and others (appellants) ex parte Pinochet (respondent)* on 24 March 1999.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español reconociendo el principio de jurisdicción penal universal en los casos de crímenes contra la humanidad, 26 de septiembre de 2005, considerando (5), fundamentos jurídicos.

¹²⁰ Vid. *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* (2004), [2005] UKHL 71, par. 33, p. 24.

¹²¹ Vid. *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* (2004), [2005] UKHL 71, par. 33, p. 28.