

**LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS  
ESTADOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA:  
¿HACIA UN NUEVO FUNDAMENTO DE JURISDICCIÓN?  
(COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE  
JUSTICIA DE 3 DE FEBRERO DE 2006, *ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL  
TERRITORIO DEL CONGO, REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA  
RUANDA -NUEVA DEMANDA DE 2002-*)**

**Jorge Antonio Quindimil López\***

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. EL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA RUANDA: ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS DE DERECHO; II. LA SENTENCIA: INTERROGANTES JURÍDICOS E INTERPRETATIVOS EN LA POSICIÓN DE LA CIJ; III. RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO PARA EL ACCESO A LA CIJ; IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## **INTRODUCCIÓN.**

El Derecho internacional camina por el siglo XXI a la sombra de la voluntad de los Estados. Históricamente, este *caminante* y su *sombra* han venido evolucionando juntos, manteniendo, infatigables, una larga relación dialéctica salpicada de encuentros y desencuentros, tratando de prevalecer en la Sociedad internacional a través de la imposición mutua de sus propias razones<sup>1</sup>. En este caminar, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o Corte) siempre es la luz que ilumina al Derecho internacional, pero, en ocasiones, lo que se proyecta es la sombra de la voluntad de los

---

\* Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de A Coruña. Email: [jorge@udc.es](mailto:jorge@udc.es).

© Jorge Antonio Quindimil López. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> La metáfora ha sido tomada del libro *El caminante y su sombra*, de Friedrich NIETZSCHE, en cuya primera página, la sombra le dice al caminante: “Bueno será que tanto tú como yo seamos igualmente pacientes con nosotros mismos, una vez que nuestra razón guarda silencio; de este modo, no usaremos palabras agrias en nuestra conversación, ni nos pondremos reticentes el uno con el otro si no nos entendemos [...] En toda conversación un tanto larga, el más sabio dice por lo menos una locura y tres estupideces” (NIETZSCHE, F.: *El caminante y su sombra*, Saint Moritz, 1879, M. E. Editores, Madrid, 1994, p. 23).

Estados, como ha ocurrido, en nuestra opinión, en la sentencia de la República Democrática del Congo contra Ruanda que pasamos a comentar.

Al hilo de esta sentencia, se ha vuelto a manifestar con intensidad la fuerza del consentimiento de los Estados como fundamento *exclusivo* de la jurisdicción contenciosa de la CIJ, y su rol en la evolución del Derecho internacional a través, en particular, de las normas de *ius cogens*. En efecto, en este caso contencioso ante la CIJ se visualiza con meridiana claridad la pugna dialéctica entre el impenetrable consentimiento del Estado y la difícil –hasta imposible– defensa judicial de los valores universales contenidos en las normas de *ius cogens*. En otras palabras, puede decirse que en esta sentencia se conjuran la rigurosa prudencia judicial de la Corte y la exclusividad del consentimiento estatal contra el desarrollo y consolidación del carácter imperativo del Derecho internacional.

De este modo, se confirma y se reafirma, como indicó que GUILLAUME, que, en el ámbito universal, el papel del juez en la solución de conflictos entre Estados conlleva «des limites qu’il apparaît difficile de franchir, compte tenu de ce que sont le droit et la société internationale [...] Outre ces limites liées à la nature même du droit, il en est d’autres résultant de la structure même de la société internationale sous sa forme actuelle. Cette société [...] à l’échelle universelle elle est demeurée composée d’États souverains. Ce sont enfin les États qui assurent eux-mêmes l’exécution de décisions de justice. De ce fait, les progrès de la justice internationale sont étroitement liés à l’existence même des États et à leur volonté de coopération»<sup>2</sup>. Ahora bien, esta obviedad no puede llevarnos a descuidar el hecho de que los Tribunales internacionales, y en particular la CIJ, han venido demostrando que tienen capacidad y autonomía suficiente para poder hacer evolucionar el Derecho y la Sociedad internacional, sobre el respeto a la voluntad de los Estados, y a través de los diversos instrumentos que el ordenamiento jurídico interanacional les atribuye para cumplir su función de interpretación y aplicación normativa. Ahora bien, para que los Tribunales desarrollen esta función evolutiva no sólo deben tener capacidad y autonomía, sino también voluntad de hacerlo<sup>3</sup>. Con todo, no debe descuidarse en ningún momento que, como señaló MARIÑO MENÉNDEZ, “siempre es conveniente llevar a cabo cualquier análisis de la preconizada vigencia absoluta de una norma de *ius cogens* teniendo en cuenta la

---

<sup>2</sup> GUILLAUME, G.: *La Cour Internationale de Justice à l’aube du XXI<sup>ème</sup> siècle. Le regard d’un juge*, Edit. Pedone, Paris, 2003, p. 31.

<sup>3</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ TOMÁS, refiriéndose a la solución de una posible colisión entre la soberanía estatal y la protección de los derechos humanos, afirmó que “[n]o parece haber reglas claramente establecidas. La solución quedaría en manos del intérprete. Si éste adoptara una actitud progresiva, podría favorecer la prevalencia de los derechos humanos sobre la soberanía del Estado. Si adoptara una actitud reaccionaria –como ha hecho la CIJ en el asunto República Democrática del Congo contra Bélgica, o el TEDH en el asunto Al-Adsani– favorecerá la soberanía estatal [...]” (FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad”, en VV. AA.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Edit. Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 626).

carencia de una regulación autónoma por parte del ordenamiento internacional de su propia función jurisdiccional”<sup>4</sup>.

## **I. EL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA RUANDA: ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El 28 de mayo de 2002, el Gobierno de la República Democrática del Congo (en adelante, RDC) presentaba una demanda ante la CIJ contra la República de Ruanda, por segunda vez<sup>5</sup>, por la comisión de supuestas violaciones masivas, serias y flagrantes de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, con ocasión de la agresión armada perpetrada por Ruanda sobre el territorio de la RDC, a partir del 2 de agosto de 1998, en manifiesta violación de su soberanía y de su integridad territorial. Se trataba, como puede fácilmente concluirse, de una de las secuelas judiciales del terrible conflicto armado sufrido en la región africana de los Grandes Lagos en los años noventa, conocido como la «Guerra Mundial africana» por la crudeza y magnitud trágica de sus efectos. De esta forma, la RDC estaba acudiendo, una vez más, a la Corte para velar por el respeto y la aplicación del Derecho internacional en el mayor y más complejo conflicto africano, tras la primera demanda contra Ruanda y Burundi de 1999 y la demanda contra Uganda presentada en 2000.

Pues bien, el pasado 3 de febrero de 2006, la CIJ dictaba su sentencia en este asunto de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo –nueva demanda de 2002- (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, en la que se pronunciaba acerca de su competencia para conocer del fondo del asunto y de la admisibilidad de la demanda. Después de la sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, se trata de la segunda sentencia sobre una demanda planteada a raíz del conflicto en la Región de los Grandes Lagos, donde se produjeron algunas de las mayores atrocidades y crueldades cometidas por el ser humano. Sin embargo, ambas sentencias son radicalmente opuestas en cuanto a sus resultados, a pesar de referirse al mismo conflicto internacional, a las mismas categorías de crímenes internacionales y a pesar de haber sido emitadas con menos de dos meses de diferencia. En efecto, al mismo tiempo que en el asunto contra Ruanda ni siquiera se entró en el fondo por falta de competencia, la Corte condenó a Uganda por considerarla responsable por la comisión de crímenes internacionales.

---

<sup>4</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Los límites de la noción formal de orden público internacional”, en VV. AA.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Edit. Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 827.

<sup>5</sup> La primera demanda de la RDC contra Ruanda fue presentada el 23 de junio de 1999, al mismo tiempo que presentaba las demandas contra Burundi y Uganda, si bien el 30 de enero de 2001 los asuntos contra Ruanda y Burundi fueron retirados de la lista de la Corte, a petición de la RDC, tras haberse llegado a un acuerdo entre las partes.

Como es sabido, la jurisdicción de la CIJ tiene su base en el consentimiento estatal, a saber, es preciso que los Estados presten su consentimiento para someter sus diferencias a la Corte<sup>6</sup> pues, como había afirmado ya en 1923 la Corte Permanente de Justicia Internacional, «il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États [...] à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement»<sup>7</sup>. Como señaló el profesor DIEZ DE VELASCO, «el consentimiento es la pieza esencial del procedimiento internacional»<sup>8</sup>. En el presente caso, la RDC había aceptado la jurisdicción de la Corte, mientras que Ruanda no lo había hecho. Por esta razón, la demandante tuvo que invocar, además del *forum prorogatum* y de una ordenanza de la propia Corte de 10 de julio de 2002 sobre adopción de medidas cautelares, hasta un total de nueve cláusulas de solución de diferencias de diversos instrumentos internacionales para fundamentar la jurisdicción de la CIJ en el caso<sup>9</sup>.

## II. LA SENTENCIA: INTERROGANTES JURÍDICOS E INTERPRETATIVOS EN LA POSICIÓN DE LA CIJ.

Sin embargo, la Corte rechazó todos y cada uno de esos once argumentos alegados por la RDC buscando fundamentar la jurisdicción de la Corte<sup>10</sup>, la cual terminó

---

<sup>6</sup> La propia CIJ ha declarado la existencia de “un principio de Derecho internacional bien establecido e incorporado en el Estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción con respecto de un Estado si no es con el consentimiento de éste último” (sentencia de 15 de junio de 1954, asunto del oro amonedado retirado de Roma en 1943, Recueil, 1954, p. 32).

<sup>7</sup> Ditamen consultivo de la CPJI de 23 de julio de 1923, Estatuto de la Carelia Oriental, Rec., Serie B, n° 5, p. 27.

<sup>8</sup> DIEZ DE VELASCO, M.: “Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (IV): medios de arreglo de carácter jurisdiccional (II): el Tribunal Internacional de Justicia”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª Ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 936.

<sup>9</sup> Las cláusulas alegadas por la RDC se encuentran contenidas en los siguientes Tratados internacionales: Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (art. 66); Convención de 1947 sobre privilegios e inmunidades de instituciones especializadas (art. 9); Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 1948 (art. IX); Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (art. 22); Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres de 1970 (art. 29, párrafo 1); Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 (art. 75); Acta constitutiva de la UNESCO (art. XIV, párrafo 2); Convención de Montreal para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 (art. 14.1); y Convención de 1984 contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (art. 30.1).

<sup>10</sup> En particular, la Corte analiza los once argumentos alegados por la RDC para determinar su competencia, llegando a las siguientes conclusiones: 1. Convención de 1984 contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (art. 30.1). La Corte señala que la RDC no puede invocar su competencia sobre la base de esta Convención puesto que Ruanda no es ni nunca ha sido parte en la misma; 2. Convención de 1947 sobre privilegios e inmunidades de instituciones especializadas (art. 9). No habiendo pretendido la RDC invocar esta Convención en la fase actual del proceso, la Corte decide no tomarla en consideración en su sentencia; 3. Forum prorogatum. La Corte rechaza el argumento de la RDC según el cual Ruanda habría aceptado la competencia de la Corte en el caso, al haber participado en todas las fases del proceso, puesto que precisamente la participación de Ruanda tenía por objeto contestar la competencia misma de la Corte; 4. Ordenanza de 10 de julio de 2002 sobre adopción de medidas cautelares. La Corte rechaza el argumento de que ella sería implícitamente competente para conocer del fondo del asunto, al considerar que en la citada ordenanza había justificado la no indicación de tales

---

medidas con base en la ausencia, prima facie, de competencia, y que sólo había seguido con el desarrollo del proceso con la finalidad de examinar, más adelante, la cuestión de su competencia; 5. Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 1948 (nos referimos especialmente a este fundamento en el texto del comentario); 6. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. La Corte señala que la RDC y Ruanda son partes en la Convención, si bien Ruanda había formulado una reserva al artículo 22 que atribuye a la Corte competencia para conocer de las diferencias entre Estados partes relativas a la interpretación o aplicación de la Convención. A su vez, el artículo 20.3 establece que las reservas podrán retirarse en cualquier momento mediante una notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. Pero la Corte declara no haber tenido conocimiento de ninguna notificación de retirada de esta reserva, a lo que añade que la reserva no es incompatible con el objeto y fin de la Convención, al tiempo que no se encuentra en conflicto con ninguna norma imperativa de Derecho internacional general. En este punto, la Corte se remite a su razonamiento expuesto en relación con la reserva ruandesa al artículo IX de la Convención sobre el genocidio para concluir que tampoco se podría fundamentar su competencia sobre dicho instrumento internacional; 7. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres de 1970 (art. 29, párrafo 1). Siendo ambos Estados partes en la Convención, el artículo 29.1 establece la competencia del CIJ para conocer de cualquier diferencia entre Estados contratantes relativa a la interpretación o aplicación de la citada Convención. Con todo, los Estados deben intentar resolver sus diferencias por la vía de la negociación y, luego, del arbitraje, antes de acudir a la Corte. De las pruebas aportadas durante el proceso, la Corte no pudo constatar que la RDC hubiese buscado entablar negociaciones con Ruanda para la resolución de la diferencia, sin que tampoco se hubiese demostrado el ofrecimiento de una solución arbitral. En consecuencia, la Corte también rechaza su competencia sobre esta base jurídica; 8. Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 (art. 75). Una vez más, siendo ambos Estados partes en la Constitución, su artículo 75 prevé la competencia de la Corte para conocer de cuestiones o diferencias entre Estados miembros relativas a la interpretación o aplicación del citado instrumento. La Corte concluye que ni se trata de una diferencia relativa a la interpretación o aplicación de la Constitución de la OMS ni tampoco la RDC ha probado el cumplimiento de las otras condiciones previas necesarias para acudir a la Corte. Por todo ello, tampoco la Constitución de la OMS puede ser considerada como base de su competencia; 9. Acta constitutiva de la UNESCO (art. XIV, párrafo 2). Por lo que se refiere al Acta constitutiva de la UNESCO, de la que también son parte ambos Estados, su artículo XIV, párrafo segundo, establece la competencia del CIJ pero sólo en relación con diferencias de carácter interpretativo. En este sentido, la Corte señala que la demanda de la RDC no tiene esta naturaleza, por lo que tampoco se da el requisito previo necesario para activar su competencia; 10. Convención de Montreal para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 (art. 14.1). Tras constatar que ambos Estados son parte en la Convención, la Corte señala que su artículo 14.1 establece su competencia para conocer de cualquier diferencia entre Estados partes relativa a la interpretación o aplicación de la citada Convención. Sin embargo, los Estados deben intentar resolver sus diferencias por vía de negociación y, en su caso, de arbitraje, antes de acudir a la Corte. En el presente caso, la RDC no demostró haber cumplido estas condiciones previas, por lo que esta Convención tampoco serviría de base para fundamentar la competencia de la Corte; 11. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (art. 66). En primer lugar, la Corte señala que esta Convención, de la que ambos Estados también son partes, establece en su artículo 4 que se aplicará únicamente a los tratados concluidos por Estados después de su entrada en vigor para tales Estados. Para Ruanda y la RDC la Convención sólo entró en vigor el 3 de febrero de 1980, esto es, después de la conclusión de las convenciones sobre genocidio y discriminación racial. Por ello, en opinión de la Corte, las reglas contenidas en la Convención de Viena sólo son aplicables en la medida en que tienen carácter declarativo de normas de Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la Corte entiende que el artículo 66, que le permite resolver diferencias relativas a conflictos entre tratados y normas imperativas de Derecho internacional general, no tiene el carácter de norma consuetudinaria. Además, ambas partes no se pusieron de acuerdo para la aplicación entre ellas del citado artículo 66. En este punto, la Corte recuerda que el simple hecho de que derechos y obligaciones erga omnes o reglas imperativas de Derecho internacional general (esto es, erga omnes) estén en cuestión no constituye una excepción al principio según el cual su competencia descansa siempre sobre el consentimiento de las partes.

concluyendo, por quince votos contra dos, que no tiene competencia para conocer de la demanda. En su razonamiento, la Corte afirma que no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia, recordando que en virtud de lo establecido en su ordenanza de 18 de septiembre de 2002, sólo puede entrar a conocer de las cuestiones dirigidas a dilucidar si tiene competencia para decidir la controversia y a determinar la admisibilidad de la demanda.

Con todo, sobre diversos aspectos de la decisión de la Corte planean varios interrogantes jurídicos e interpretativos que, cuando menos, podrían llegar a hacer imaginable otra solución, quizá más adecuada al caso y a sus circunstancias.

### **1. La reserva ruandesa al artículo IX de la Convención de 1948 para la prevención y represión del crimen de genocidio.**

Nos centraremos en lo que, en nuestra opinión, constituye el aspecto más vulnerable de la sentencia, y que no es otro que el relativo al razonamiento que realiza la Corte en relación con la reserva formulada por Ruanda a la *Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 1948*. En concreto, Ruanda había formulado una reserva mediante la que excluía por completo la competencia de la Corte prevista por el artículo IX de la Convención<sup>11</sup>, según el cual «las diferencias entre las partes contratantes relativas a la interpretación, la aplicación o la ejecución [...] de la Convención» se someterán a la Corte.

Durante el procedimiento, la RDC defendió que Ruanda había retirado esta reserva, apoyándose, por un lado, en un decreto-ley de 15 de febrero de 1995 por el cual Ruanda retiraba todas sus reservas a la adhesión, a la aprobación y a la ratificación de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos; así como, por otro lado, en una declaración de 17 de marzo de 2005 de la Ministra de Justicia de Ruanda durante la LXI Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Además, la RDC rebatió la validez de la reserva ruandesa por considerarla incompatible con el objeto y fin de la Convención. Así las cosas, la Corte se enfrenta con la doble labor de tener que determinar, por un lado, si la reserva ha sido retirada y, por otro lado, si dicha reserva es válida, en tanto que compatible con el objeto y fin de la Convención<sup>12</sup>. Pues bien, en este punto, la Corte ampara la posición de Ruanda al afirmar no sólo que la reserva no ha sido retirada, sino que, además, dicha reserva es compatible con el objeto y fin de la Convención.

#### A) La cuestión de la retirada de la reserva ruandesa.

---

Por todo ello, y después de concluir que ninguno de los argumentos de la RDC es suficiente para sostener la competencia del CIJ para conocer del caso, se rechaza la admisibilidad de la demanda presentada por la DC contra Ruanda, sin entrar, en consecuencia, en el fondo del asunto.

<sup>11</sup> “The Rwandese Republic does not consider itself as bound by Article IX of the Convention”.

<sup>12</sup> “The Court will therefore begin by examining whether Rwanda has in fact withdrawn its reservation. Only if it finds that Rwanda has maintained its reservation will the Court need to address the DRC’s arguments concerning the reservation’s validity” (apartado 29).

En relación con el primer argumento, la Corte se limita a recordar que las normas generales en materia de retirada de reservas contenidas en el artículo 22.3 y en el 23.4 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, al afirmar que «it is a rule of international law, deriving from the principle of legal security and well established in practice, that, subject to agreement to the contrary, the withdrawal by a contracting State of a reservation to a multilateral treaty takes effect in relation to the other contracting States only when they have received notification thereof»<sup>13</sup>. La Corte entiende que dicho decreto-ley no establece que Ruanda haya notificado la retirada de sus reservas a los demás Estados partes en tales instrumentos internacionales y, en particular, a los Estados partes en la Convención sobre el Genocidio. En este sentido, tampoco se ha establecido que en virtud de ninguna Convención la retirada de una reserva pudiese tener efectos sin haberse producido la notificación. En opinión de la Corte, para que la retirada de una reserva sea efectiva en Derecho internacional debería ser objeto de una notificación de carácter internacional, sin que pueda considerarse como suficiente la adopción del decreto-ley y su publicación en el Diario Oficial de la República Ruandesa<sup>14</sup>.

De este razonamiento de la Corte se extraen, cuando menos, dos reflexiones. Por un lado, se plantea la cuestión de determinar si, en este caso, la ausencia de un elemento adjetivo, como es la simple notificación de una reserva, tiene entidad jurídica suficiente para imponerse a una cuestión sustantiva como es la determinación de la posible responsabilidad de un Estado por la comisión del crimen de genocidio, reconocido, además, como norma de *ius cogens*. Conviene recordar, al respecto, que varios miembros de la Corte se posicionaron, tácita aunque también claramente, en una tímida corriente contraria esa posibilidad. Así, los Jueces HIGGINS, KOOIJMANS, ELARABY, OWADA y SIMMA, afirmaron en su *opinión particular conjunta* a la sentencia que “it is a matter for serious concern that at the beginning of the twenty-first century it is still for States to choose whether they consent to the Court adjudicating claims that they have committed genocide”<sup>15</sup>. De igual modo, el Juez KOROMA señaló que “[t]he allegation involving the commission of genocide is far too serious a matter to be allowed to escape judicial scrutiny by means of a procedural device. The nature of the Convention and gravity of the allegation dictate that, wherever possible, it must be subject to judicial scrutiny”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> “This rule is expressed in Article 22, paragraph 3 (a), of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides as follows: “3. Unless the Treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed: (a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another Contracting State only when notice of it has been received by that State.” Article 23, paragraph 4, of that same Convention further provides that “[t]he withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing” (apartado 41).

<sup>14</sup> Apartado 42.

<sup>15</sup> Continúan los jueces señalando que “[i]t must be regarded as a very grave matter that a State should be in a position to shield from international judicial scrutiny any claim that might be made against it concerning genocide. A State so doing shows the world scant confidence that it would never, ever, commit genocide, one of the greatest crimes known” (apartado 25 de la opinión separada conjunta).

<sup>16</sup> Opinión disidente del Juez KOROMA, apartado 24.

Por otro lado, una reflexión más aventurada podría llevarnos, tal vez, a considerar que el decreto-ley ruandés constituye un acto unilateral que contiene el reconocimiento oficial de la voluntad del Estado de someterse a la jurisdicción de la Corte. Este terreno de la eficacia jurídica internacional de los actos unilaterales no fue explorado en esta ocasión por la Corte, si bien en el caso de las *Pruebas Nucleares* de 1974<sup>17</sup> reconoció que los actos unilaterales pueden llegar a crear obligaciones jurídicas para su autor, si ésta fue su intención. Asimismo, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció como uno de los principios constitucionales del ordenamiento internacional la oponibilidad de los actos unilaterales frente a sus autores en virtud del principio de buena fe<sup>18</sup>. Ahora bien, la exploración de esta vía obligaría a la Corte a determinar el alcance jurídico internacional del decreto-ley ruandés en tanto que acto unilateral de retirada de reservas, y, sobre todo, situaría frontalmente a la Corte ante la cuestión de determinar si un acto unilateral puede llegar a ser fundamento de jurisdicción como expresión de la voluntad del Estado.

En este mismo sentido, cabría preguntarse hasta qué punto las capacidades y los mecanismos interpretativos de los que dispone la Corte podrían llevarla a considerar que la ausencia de notificación de la retirada de la reserva podría quedar cubierta por la declaración de la Ministra ruandesa de Justicia ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; habida cuenta, además, de que la propia Corte reconoció el carácter obsoleto e inadecuado del vigente sistema de reservas en el que se incardina ese requisito de notificación. Por tanto, entendemos que la Corte podría haber entrado a analizar una posible vía de fundamentación de su jurisdicción a través de la combinación del decreto-ley ruandés, como acto unilateral, con la declaración de la Ministra, como potencial elemento de notificación.

#### B) La cuestión de la validez de la reserva ruandesa

Finalmente, la Corte analiza el argumento de la RDC según el cual la reserva ruandesa sería inválida puesto que la Convención sobre el genocidio contiene normas imperativas (*ius cogens*) que se imponen a todos los Estados. En relación con esto, la Corte señala que los derechos y obligaciones recogidos por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*, pero que el simple hecho de que tales derechos y obligaciones se cuestionen en el marco de una controversia no le daría competencia a la Corte para conocer de la misma, puesto que en virtud de su Estatuto, la competencia de la Corte se fundamenta, siempre, en el consentimiento de las Partes.

A continuación, la Corte añade que la reserva no es incompatible con el objeto y fin de la Convención, para lo cual acude a su propia jurisprudencia afirmando que “it has already found that reservations are not prohibited under the Genocide Convention (Advisory Opinion in the case concerning *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1951, pp. 22 et

<sup>17</sup> Sentencia de la CIJ de 20 de diciembre de 1974, *Pruebas Nucleares*, Rec. 1974, pp. 267-268 y 472-473.

<sup>18</sup> Vid. DIEZ DE VELASCO, M.: “La costumbre internacional y los actos unilaterales”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª Ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 144.



seq.)”<sup>19</sup>. Además, la Corte considera que esta situación jurídica no se ve en modo alguno alterada por el hecho de que el artículo 120 del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional no permita reservas al mismo, incluyendo las relativas a la jurisdicción de la Corte sobre el crimen del genocidio. En consecuencia, “a reservation under the Genocide Convention would be permissible to the extent that such reservation is not incompatible with the object and purpose of the Convention”<sup>20</sup>. Ante tales circunstancias, y dado que la reserva se refiere a la jurisdicción de la Corte sin afectar a obligaciones sustantivas relativas a actos de genocidio cubiertos por la Convención, “the Court cannot conclude that the reservation of Rwanda in question, which is meant to exclude a particular method of settling a dispute relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention, is to be regarded as being incompatible with the object and purpose of the Convention”<sup>21</sup>.

Ahora bien, de este razonamiento de la Corte no se extrae un pormenorizado análisis de la relación de la reserva con el objeto y finalidad de la reserva, siendo el único fundamento al que acude su opinión consultiva de 1951. Se trata, más bien, de un razonamiento llano en el que brilla la ausencia de un estudio sobre el verdadero objeto y fin de la Convención, así como una referencia a los recientes trabajos de la CDI en materia de reservas, e incluso, yendo más allá, una vinculación del caso con los cambios operados en la Sociedad internacional en materia de Derecho penal internacional y lucha contra la impunidad por el crimen de genocidio, entre otros. En este sentido, tal vez podría haber resultado enriquecedora y esclarecedora la interpretación del objeto y fin de la Convención a la luz del conflicto de los Grandes Lagos y de los principios que llevaron a la creación del Tribunal penal internacional *ad hoc* para Ruanda. En el mismo sentido, el contexto internacional actual de la lucha contra la impunidad por el crimen de genocidio, entre otros, se completa con la creación del Tribunal penal *ad hoc* para el conflicto de la antigua Yugoslavia, la Corte Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales en las Cortes de Camboya para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea Democrática por los khmeres rojos y, sobre todo, la Corte Penal Internacional. Todo ello sitúa a la CIJ en un momento histórico muy particular en el que la Sociedad internacional y sus instituciones actúan con una singular y eficaz contundencia en su lucha contra la impunidad por los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, fundamentalmente. En este sentido, como señaló el profesor DIEZ DE VELASCO, la propia jurisprudencia de la CIJ ha reiterado en varias ocasiones que “todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en el que la interpretación tiene lugar”<sup>22</sup>. En consecuencia, estamos ante una ocasión perdida por la Corte, como apuntó el juez KOROMA, para aplicar la Convención sobre Genocidio y sus principios,

---

<sup>19</sup> Apartado 66.

<sup>20</sup> Apartado 66.

<sup>21</sup> Apartado 67.

<sup>22</sup> *Dictamen sobre Namibia, CIJ, Rec. 1971*, pp. 31-32; *Asunto de la Plataforma continental del Mar Egeo, CIJ, Rec. 1978*, p. 32; *Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, CIJ, Rec. 1997*, pp. 67-68, entre otras (DIEZ DE VELASCO, M.: “Los Tratados internacionales (III): el Tratado desde su entrada en vigor hasta su terminación”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2005, p. 202).

reiterados durante años en su jurisprudencia declarando que “are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation”<sup>23</sup>.

Con todo, este razonamiento de la Corte, sin duda impecable, parece no ser suficientemente profundo o elaborado para resolver una cuestión de tanta trascendencia como es la determinación judicial de la responsabilidad internacional por el crimen de genocidio. Pues bien, en este punto, el juez KOROMA apuntó algunas reflexiones en su opinión disidente a la sentencia que, cuando menos, permiten incorporar matices a la solución de la Corte. La posición del juez KOROMA se sustenta en dos pilares fundamentales, que son el Artículo I de la Convención sobre el genocidio y en el Décimo Informe sobre Reservas a los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), de 14 de junio de 2005<sup>24</sup>. Por un lado, el Artículo I dispone que “the Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law *which they undertake to prevent and to punish*”<sup>25</sup>, de lo que se puede concluir la obligación para los Estados de prevenir y castigar el crimen de genocidio. Por otro lado, la CDI señaló que mientras una reserva a una cláusula de un tratado relativa a la solución de controversias no es, por sí misma, incompatible con el objeto y fin del tratado, sí será incompatible cuando tal cláusula constituya la razón de ser del tratado<sup>26</sup>. De la combinación de ambos elementos, el juez considera que puede afirmarse que el Artículo IX es la única cláusula de la Convención relativa a la responsabilidad internacional del Estado, por lo que la formulación de una reserva al mismo supondría la desnaturalización de la propia Convención al impedir que un Estado rinda cuentas ante la Corte por el crimen de genocidio. En efecto, el juez KOROMA concluye que “Article IX is thus crucial to fulfilling the object and purpose of the Convention since it is the *only* avenue for adjudicating the responsibilities of States”.

Todo ello se ve acentuado por la gravedad de los hechos sometidos a consideración de la Corte en este caso, donde se denuncia la masacre de tres millones y medio de ciudadanos congoleños por motivos étnicos. En este punto, el juez KOROMA trae a colación la propia jurisprudencia de la CIJ en la que afirmó que “by [its] very nature [the outlawing of genocide, agresión, slavery and racial discrimination is] the concern of all States. In view of the important of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”<sup>27</sup>. En opinión del juez, si un Estado niega la competencia de la Corte para conocer de violaciones de la Convención no estaría proporcionando la cooperación necesaria para liberar a la humanidad del odioso flagelo del genocidio ni para alcanzar, por tanto, el objeto y la finalidad de la Convención. En otras palabras, el rechazo a la competencia de

<sup>23</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), CIJ, Rec. 1996 (II), p. 616, apartado 31.

<sup>24</sup> “Tenth Report on Reservations to Treaties”, International Law Commission, Fifty-seventh Session, 14 de junio de 2005, A/CN.4/558/Add.2, Ann.

<sup>25</sup> Cursiva añadida por el juez KOROMA.

<sup>26</sup> “Tenth Report on Reservations to Treaties”, International Law Commission, Fifty-seventh Session, 14 de junio de 2005, A/CN.4/558/Add.2, Ann., p. 31, párr. 3.1.13.

<sup>27</sup> Asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, CIJ, Rec. 1970, p. 32.

la Corte supone esencialmente una exclusión de la investigación judicial sobre la determinación de la responsabilidad de un Estado por violación de la Convención<sup>28</sup>. En definitiva, la denuncia de la comisión de genocidio es una cuestión demasiado seria como para permitir que pueda escapar del control judicial por un simple motivo procedimental<sup>29</sup>.

### **III. RELACIÓN ENTRE NORMAS DE IUS COGENS Y EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO PARA EL ACCESO A LA CIJ.**

El tema de la validez de la reserva ruandesa nos lleva inmediatamente al corazón de la hipótesis más sugerente que se puede extraer de la sentencia, como es de la posibilidad de determinar si las normas de *ius cogens* pueden llegar a fundamentar la competencia contenciosa de la Corte, más allá o en lugar de la voluntad de los Estados. En este sentido, debe recordarse, ante todo, que las normas de *ius cogens*, como afirmó CASADO RAIGÓN, “al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad [...] constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”<sup>30</sup>.

En su sentencia, la Corte dice que “the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties”<sup>31</sup>. La propia Corte reconoce implícitamente que una norma de *ius cogens* podría llegar a limitar el principio del consentimiento estatal, cuando utiliza la expresión «cannot of itself». Por tanto, al afirmar que las normas de *ius cogens* no pueden proporcionar *por sí mismas* un fundamento de jurisdicción, la Corte está abriendo la puerta a la posibilidad de que tales normas puedan llegar a constituir tal fundamento, si bien para ello necesitarán de otros elementos que están, evidentemente, por determinar, aunque las circunstancias del caso y el propio pronunciamiento de la Corte, junto algunas de sus sentencias, la jurisprudencia de otros Tribunales e importantes aportaciones de la doctrina, puedan proporcionar información relevante al respecto.

---

<sup>28</sup> Dissenting opinion of Judge Koroma, apartado 22, p. 6.

<sup>29</sup> Dissenting opinion of Judge Koroma, apartado 24, p. 6. En la misma línea se pronuncian los jueces HIGGINS, KOIJMANS, ELARABY, OWADA y SIMMA, cuando señalan que “it is a matter for serious concern that at the beginning of the twenty-first century it is still for States to choose whether they consent to the Court adjudicating claims that they have committed genocide. It must be regarded as a very grave matter that a State should be in a position to shield from international judicial scrutiny any claim that might be made against it concerning genocide. A State so doing shows the World scant confidence that it would never, ever, commit genocide, one of the greatest crimes known” (apartado 25 de su opinión separada conjunta).

<sup>30</sup> CASADO RAIGÓN, R.: *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba, 1991, p. 11.

<sup>31</sup> Apartado 64, párrafo tercero.

Así, parece concluirse que otros elementos podrían ser traídos en apoyo de las normas de *ius cogens* para consolidarlas o cristalizarlas como fundamentos de jurisdicción. Lo mismo puede predicarse de las obligaciones *erga omnes*, en relación con las cuales la Corte afirma que «the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute»<sup>32</sup>. Al igual que antes, la expresión «the mere fact» permite concluir que otros elementos podrían ser invocados en apoyo de las obligaciones *erga omnes* para cristalizarlas como fundamentos de jurisdicción ante la Corte. Sin embargo, la Corte decide resolver la cuestión con la simple y llana afirmación de que “under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the Parties”<sup>33</sup>. Ahora bien, las normas de *ius cogens*, por su propia naturaleza, constituyen un límite sustancial al principio del consentimiento estatal, aunque la Corte se escude en la prudencia para no analizar estos límites en relación con el sometimiento a su jurisdicción. En este sentido, resulta útil traer a colación el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, donde se establece que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional”. A continuación, el mismo artículo recoge una definición del concepto de normas de *ius cogens*, afirmando que “para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una 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”.

La sombra que se plantea poniendo en relación el pronunciamiento judicial con esta disposición, es la de saber si, bajo determinadas garantías y requisitos, y en el momento de evolución actual del Derecho internacional, estamos en condiciones de poder afirmar que una norma de *ius cogens* podría llegar a limitar el principio del consentimiento estatal para acceder a la jurisdicción contenciosa de la Corte. En otras palabras, se trataría de analizar si una norma de *ius cogens*, al igual que limita el consentimiento estatal para celebrar tratados internacionales –cualquier tratado, sin limitación de materia, por lo que se trata de un límite absoluto-, podría llegar a constituir un factor decisivo que, combinado con la incompatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, la regla general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la interpretación de acuerdo con el estado de evolución actual del Derecho internacional, podría tal vez permitir que se llegase a declarar la invalidez de las reservas formuladas a las cláusulas de jurisdicción de los Tratados internacionales, especialmente los que se refieren a materias de derechos humanos y de responsabilidad penal internacional.

Así, y en primer lugar, determinar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Tratado no supone ir en contra de la voluntad de los Estados y, por tanto, del principio del consentimiento, sino, antes al contrario, supone reafirmar y consolidar de forma objetiva la voluntad de los Estados, como había sido puesto de manifiesto por la

---

<sup>32</sup> Apartado 64, párrafo segundo.

<sup>33</sup> Apartado 64, párrafo tercero.

propia Corte en su Dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención del Genocidio<sup>34</sup>, como se desprende de la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Por tanto, para poder determinar si una reserva es contraria al objeto y fin, es necesario saber cuál es éste mediante una labor de interpretación que, en el presente caso, no hizo la Corte<sup>35</sup>. A continuación, debería ponerse en relación la reserva con el objeto y fin, mediante la aplicación del régimen de reservas, a efectos de determinar su compatibilidad. Ahora bien, para poder resolver convenientemente el caso, y una vez reconocido por los propios jueces de la Corte que el sistema de reservas es obsoleto e inadecuado a las circunstancias actuales en las que se enmarca el caso<sup>36</sup>, debería entrar a analizar las cuestiones jurídicas sobre las reservas necesarias para alcanzar una solución justa y ajustada a Derecho. Sin embargo, esta operación tampoco fue realizada por la Corte.

A los efectos de resolución del caso, parece vacío el argumento de que es habitual que se formulen reservas a las normas internacionales en materia de derechos humanos, como apuntan en su opinión separada conjunta los jueces HIGGINS, KOOIJMANS, ELARABY, OWADA y SIMMA<sup>37</sup>, pues lo único realmente importante es determinar, primero, cuál es el objeto y fin del tratado (por tanto, aplicar el artículo 31) y, luego, determinar la compatibilidad de la reserva con ese objeto y fin previamente establecido (esto es, aplicar el régimen de reservas). Pero, como además la propia Corte ha reconocido que el régimen de reservas tiene que ser revisado –ya que se basa en la opinión consultiva de 1951, y reconoce que no sólo en esa opinión no se daba solución a todos los aspectos de las reservas –ya que sólo se respondía a los aspectos concretos planteados a la Corte-, sino que también se reconoce que han ido surgiendo nuevas prácticas durante este último medio siglo-. Por tanto, la Corte está aplicando un sistema de reservas que abiertamente está considerando como *obsoleto* y, lo que es más grave, *inadecuado* a las circunstancias actuales –así estaría incumpliendo la regla general del artículo 31-.

---

<sup>34</sup> Siguiendo a REUTER, puede afirmarse que no estamos antes “una derogación al principio de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, su consolidación objetiva: el objeto y fin de un Tratado son los elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta por la voluntad de las Partes en el sentido de que éstas rehusarían admitir todas las libertades que pondrían en peligro este objeto y este fin que ellas libremente han escogido como su bien común” (REUTER, P.: *Introducción au droit des traités*, 3ª ed., Edit. PUF, Paris, 1995, p. 17, citado por DIEZ DE VELASCO, M.: “Los Tratados internacionales (III): el Tratado desde su entrada en vigor hasta su terminación”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2005, p. 198).

<sup>35</sup> A mayor abundamiento, y entrando en el terreno de las hipótesis, cabe preguntarse si se estaría respetando el objeto y fin de la Convención sobre el Genocidio en el caso de que todos los Estados partes formularan una reserva total al artículo IX. O, en otras palabras, la Convención sobre el Genocidio quedaría reducida a la mínima expresión en el caso de que no pudiese exigirse responsabilidad internacional.

<sup>36</sup> En efecto, en su opinión separada conjunta los jueces HIGGINS, KOOIJMANS, ELARABY, OWADA y SIMMA, afirman que “the Court’s Advisory Opinion in 1951 thus did not settle all matters relating to reservations [...] and did not foreclose legal developments in respect to hitherto uncharted waters in the future” (apartado 13); y que, además, “in the meantime certain new trends in practice are also discernable” (apartado 15).

<sup>37</sup> Apartado 10 de la opinión separada conjunta.

Por ello, parece caer en contradicción la Corte cuando aplica ese sistema obsoleto e inadecuado amparándose en su opinión consultiva de 1951 -en relación con la cual además reconoce que no analizó todos los aspectos relativos a las reservas-, y a renglón seguido, sin fundamentación alguna, sostiene que el artículo 120 del Estatuto de Roma de 1998 no altera de modo alguno la situación jurídica del sistema de reservas<sup>38</sup>. Es decir, para la Corte, este Tratado internacional firmado en 1998 y en vigor desde 2002 –por tanto, perteneciente al mismo contexto internacional en el que la Corte está emitiendo su sentencia-, que ya cuenta con 100 ratificaciones, y que establece un órgano judicial permanente con jurisdicción sobre los crímenes más graves que ha conocido la humanidad, entre los que se encuentra el genocidio, no altera en modo alguno el *obsoleto e inadecuado* régimen de reservas, especialmente por cuanto se refiere a los Tratados en materia de derechos humanos.

Si con base en el citado artículo 53 cualquier Tratado internacional –una de las máximas expresiones del consentimiento de los Estados- puede ser declarado nulo por ser contrario a una norma de *ius cogens*, ¿podría decirse lo mismo en relación con una reserva específica a una cláusula de jurisdicción de un Tratado que contiene normas de *ius cogens*, como es el caso de la prohibición del crimen de genocidio<sup>39</sup>? Además, y teniendo en cuenta que una norma de *ius cogens* no admite acuerdo en contrario, ¿podría considerarse como «acuerdo en contrario» un acto unilateral de un Estado como es una reserva, que excluye la única forma de garantizar el respeto de una norma de *ius cogens* -como es la prohibición del crimen de genocidio- que es la competencia contenciosa de la CIJ, única vía prevista por la Convención para determinar la responsabilidad de un Estado por genocidio? En otras palabras, ¿la expresión «acuerdo en contrario» podría dar cabida a actos unilaterales incompatibles con el objeto y fin de una norma de *ius cogens*, su razón de ser? Desde luego, una cosa es analizar el objeto y fin de un Tratado a los efectos de determinar si una reserva es válida o no, y otra muy diferente es analizar cuál es el objeto y fin de una norma de *ius cogens* a los efectos de determinar si un acto o acuerdo puede considerarse contrario a la misma y, por tanto, nulo.

En fin, y en el caso particular de la sentencia comentada, en la que el crimen de genocidio y su Convenio de 1948 resulta especialmente interesante, parece oportuno recordar que la Corte se enfrentaba a una norma de *ius cogens* “reforzada”. En este sentido, CEBADA ROMERO consideró “razonable hablar de un *Ius cogens* reforzado, pero no definiéndolo como aquel cuya violación puede dar origen a una violación grave/crimen internacional, sino como el integrado por aquellas normas que protegen un valor tan esencial que la determinación de la gravedad de la violación no suscita problemas. No obstante, habría que decir que sólo las normas que prohíben la agresión armada y el genocidio integrarían con claridad ese cuerpo normativo denominado *Ius cogens* reforzado”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Apartado 66 de la sentencia.

<sup>39</sup> Éste sería el caso que nos ocupa, del artículo IX de la Convención sobre el genocidio.

<sup>40</sup> CEBADA ROMERO, A.: “Los conceptos de obligación erga omnes, *ius cogens* y violación grave a la luz el nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 4, 2002, [www.reei.org](http://www.reei.org). Asimismo, la autora destacó que en el

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES.**

Con esta sentencia, se vuelve a poner de manifiesto que la Sociedad internacional actual se encuentra en tránsito hacia una Comunidad internacional a través de la consolidación de una serie de valores de validez universal, pero cuya naturaleza todavía, en pleno siglo XXI, es esencialmente política, mientras que su dimensión jurídica se limita a su consagración en normas de *ius cogens* que, en todo caso, ceden ante la impermeabilidad jurisdiccional del consentimiento del Estado. En este sentido, aplicando a las normas de *ius cogens* las palabras de Bruno SIMMA sobre las obligaciones *erga omnes*, podría decirse que todavía pertenecen más al mundo de la “virtualidad” que al de la “realidad”<sup>41</sup>.

La actitud prudente de la CIJ no revela, sino, que el principio del consentimiento de los Estados sigue manteniendo toda su fuerza, si bien la corriente que está siguiendo el Derecho internacional, especialmente en el ámbito penal, permite ser optimistas ante un reforzamiento progresivo de las normas de *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes* ante instancias judiciales internacionales que, tal vez, permitan abrir fisuras en el muro de la voluntad de los Estados. En otras palabras, la voluntad judicial de desarrollar una función evolutiva, con base en su autonomía y a sus competencias, puede llegar a relativizar la voluntad estatal en el procedimiento internacional. Ahora bien, debe tenerse presente que, en palabras de ORREGO VICUÑA, “el concepto de la existencia de normas de superior jerarquía debe por cierto salvaguardarse, pero su aplicación debe realizarse de una manera muy estricta y objetiva, fundamentada en lo que la comunidad internacional realmente desea alcanzar dentro de un marco de valores superiores”<sup>42</sup>.

En este sentido, estamos de acuerdo con el Juez CANÇADO TRINDADE en que “[e]l gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *jus cogens*<sup>43</sup>), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento»; así como en el hecho de que «[t]oda la evolución, en las cinco últimas

---

Cuarto Informe del Relator Especial “algunos Estados criticaron la expresión “grave” alegando que ésta no era siempre necesaria pues había casos en que la gravedad iba de suyo, como los de genocidio o agresión”.

<sup>41</sup> SIMMA, B.: “Does the UN Charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of obligations *erga omnes*”, en DELLBRÜCK, J. (ed.): *The Future of International Law enforcement. New Scenarios, New Law?*, Edit. Duncker & Humblot, Berlín, 1993, p. 126.

<sup>42</sup> ORREGO VICUÑA, F.: “Derecho internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?”, en *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Edit. Universidad Autónoma de Madrid / Eurolex, Madrid, 2005, p. 452.

<sup>43</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969), artículos 53 y 64; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (de 1986), artículos 53 y 64. - Otra ilustración en este sentido reside en la cláusula de salvaguardia en defensa del ser humano que representa lo dispuesto en el artículo 60.5 de las dos Convenciones de Viena (en cuanto a la terminación de un tratado o a la suspensión de su aplicación).

décadas, del derecho internacional de los derechos humanos, se ha erigido sobre el entendimiento o la premisa de que la protección de los derechos humanos, como derechos inherentes al ser humano, no se agota -no puede agotarse- en la acción del Estado»<sup>44</sup>.

En fin, en el actual contexto jurídico internacional en el que todavía impera la indefinición del contenido de las normas de ius cogens, tanto por parte de los Estados como de la doctrina y de la propia CIJ, sería, desde luego, demasiado aventurado esperar un pronunciamiento judicial diferente, que permitiese, ya no sólo desarrollar o precisar el ius cogens internacional<sup>45</sup>, sino -mucho menos- la apertura de un camino que pudiese terminar en convertirlo, aunque fuese muy remotamente, en fundamento de jurisdicción de la Corte, más allá del consentimiento de los Estados. A este respecto, también deben tenerse en cuenta los fundamentales límites al desarrollo jurisprudencial del Derecho internacional, pues, como señaló ABI-SAAB, “la fonction du juge est d’appliquer le droit et non pas de le créer ou de le changer”<sup>46</sup>. Sin embargo, el propio autor señala que la libertad de interpretación del juez es, si no ilimitada, sí muy amplia, aunque reconoce que «si les tribunaux veulent garder leur crédibilité aux yeux de leurs justiciables, notamment dans un système de juridiction consensuelle, ils doivent s’astreindre à une certaine réserve inhérente à leur fonction, la “réserve judiciaire” (judicial caution), qui explique certaines tendances dans le comportement des organes juridictionnels [...] de même, leur tendance, notamment celle de la CIJ, de décider les affaires sur la base juridique la plus étroite possible; et en général, de ne pas aller trop loin dans l’innovation judiciaire»<sup>47</sup>.

Ahora bien, ello no puede impedirnos confiar en que los vientos del voluntarismo estatal soplen, cada vez más, a favor de la judicialización de las normas imperativas del Derecho internacional, como elemento *natural* de la esencia de la Comunidad internacional. Por ello, seguimos considerando válida y vigente la posición de Hugo GROCIO que, en palabras de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “se caracteriza por

---

<sup>44</sup> Voto razonado del Juez Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1999, *Caso Blake*, apartado 14 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

<sup>45</sup> Al respecto, CASADO RAIGÓN y VÁZQUEZ GÓMEZ destacaron que “la CIJ, aun reconociendo alguna que otra vez el carácter imperativo de ciertas obligaciones, no ha seguido en la línea de contribuir significativamente a la definición del ius cogens” (CASADO RAIGÓN, R.; VÁZQUEZ GÓMEZ, E.: “La importancia del ius cogens en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en VV. AA.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Edit. Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 344). En la misma línea, FERNÁNDEZ TOMÁS indicó que “no parece que la CIJ esté dispuesta a precisar el contenido del derecho imperativo”, tras afirmar que “cuando la CIJ ha tenido ocasión de pronunciarse, ha procurado evitar la caracterización de un principio estructural como norma de ius cogens” (FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “El ius cogens y las obligaciones derivadas de normas imperativas...”, *op. cit.*, p. 628).

<sup>46</sup> ABI-SAAB, G.: “De la jurisprudence: quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international», en VV. AA.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor. M. Díez de Velasco*, Edit. Tecnos, Madrid, 1993, p. 25.

<sup>47</sup> Ídem. En desarrollo de esta posición, vid. DIEZ DE VELASCO, M.: “Législation et Codification dans le droit international actuel”, en VV. AA.: *Le droit international à l’heure de sa codification. Études en l’honneur de Roberto Ago*, Edit. Giuffrè, Milan, 1987, vol. I, pp. 247-259.



una creencia firme, una convicción absoluta de que, si se concede el tiempo necesario para el cambio y la evolución, las consideraciones de justicia habrán de penetrar en forma creciente en las reglas existentes en respuesta a las demandas ineluctables de la solidaridad social”<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: “El legado de Grocio y el concepto de un orden internacional justo”, en VV. AA.: *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Tomo I, Edit. Centro de Estudios Constitucionales / Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 619. Desarrollando su argumento, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA afirma que “para Grocio el derecho no es una condición estática ni instantánea, sino un proceso continuo de reforma y mejoramiento. Cuando, como joven abogado, defendía la libertad del mar, el derecho positivo de su época no estaba en su favor”.