

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**SEMINARIO DE GRADUACIÓN DE CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2005**  
**PLAN DE ESTUDIO 1993**



**RECONOCIMIENTO DE COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO  
FRENTE A NORMAS DE JUS COGENS: REPLANTEAMIENTO DEL CASO  
ERNESTINA Y ERLINDA SERRANO CRUZ.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTAN:**

LAINIZ MONTOYA, OSCAR ALFREDO  
LOPEZ DORADEA, ERICK ERWIN  
URBANO MARTINEZ, IRINA NADUSKA

**ASESOR DE CONTENIDO:  
LICENCIADO NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIERREZ**

**SAN SALVADOR, CIUDAD UNIVERSITARIA, MAYO DE 2007  
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**RECTORA  
DRA. ISABEL RODRIGUEZ**

**VICERECTOR ACADEMICO  
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ**

**VICERECTORA ADMINISTRATIVA  
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS**

**SECRETARIA GENERAL  
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINO**

**FISCAL GENERAL  
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**DECANA  
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHES DE ALDANA**

**VICEDECANO  
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADO**

**SECRETARIO  
LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADO HERNADEZ**

**CORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN  
LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA**

**DIRECTOR DE SEMINARIO  
LIC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIERREZ.**

*Ante todo mis agradecimientos son para Dios, por haberme dado una familia que me apoyo en todo momento, especialmente mi madre, tanto económica como*

*moralmente, por no decir que casi me obligaron a terminar mi camino; por haberme dado unos compañeros de tesis, los cuales fueron tan comprensivos a la hora de mis flaquezas.*

*Agradezco a mi asesor de tesis por ser la guía y luz que fue en nuestra formación; así mismo a la señora Juana Doradea todos mis agradecimientos por la forma tan amable que nos recibió en su casa para poder trabajar en nuestra recta final.*

*Oscar Lainez*

*Cuando la labor se vuelve cansada y oscura sombra pinta el camino; razón, pasión, misterio guían por piedra, veredas que llevan a casa. Reconozco la comprensión de mis padres, el apoyo incondicional de mis hermanos, el andar ineludible de mis compañeros de tesis, los sabios consejos de nuestro asesor de investigación y el giro interminable del caracol.*

*Erick Doradea.*

*A los días y noches, a los sacrificios y desvelos por aquellos momentáneas jornadas con horas extras que dedicamos por un fin, que hoy hemos concluido.*

*Gracias compañeros...gracias amigos...*

*Con especial énfasis dedico este agradecimiento a la mujer que con su atención y amabilidad nos apoyo en esta travesía académica.*

*Gracias Señora Juana Doradea...*

*Nadiuska*

## **INDICE**

## **INTRODUCCION**

### **CAPITULO I**

#### **EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES**

I. El Derecho Internacional Público.	9
1.1. Concepto.	9
1.2. Antecedentes Históricos del Derecho Internacional Público.	10
1.3. Características.	13
1.4. Naturaleza e Importancia.	14
1.5. Clasificación Derecho Internacional Público Natural y Positivo.	16
1.6. Relaciones del Derecho Internacional con el Derecho Interno.	17
1.6.1. Teorías Dualistas	17
1.6.2. Teorías Monistas	19
1.7. Fuentes de Derecho Internacional Público	20
1.7.1. Teorías de las Fuentes del Derecho Internacional Público.	20
1.7.2. Tratados Internacionales.	22
1.7.2.1. Concepto.	22
1.7.2.2. Clasificación de los Tratados.	24
1.7.2.3. Los Principios del Derecho de los Tratados.	25
1.7.2.4. Reservas.	28
1.7.3. Costumbre Internacional.	28
1.7.3.1. Concepto.	28
1.7.3.2. Elementos Constitutivos de la Costumbre.	29
1.7.3.3. Tipos de Costumbre.	29
1.7.3.4. Características de la Costumbre.	30
1.7.3.5. Importancia.	30
1.7.3.6. Naturaleza Jurídica de la Costumbre.	31
1.7.4. Principios Generales del Derecho.	32
1.7.4.1. Concepto.	32
1.7.4.2. La Distinción.	33
1.7.5. Normas Internacionales Ius Cogens.	34
1.7.5.1. Concepto.	34
1.7.5.2. Características.	35
1.7.6. Jurisprudencia Internacional o Decisiones Judiciales.	35
1.7.7. Doctrina de los Juristas.	36
1.7.7.1. Concepto.	36
1.7.7.2. Importancia para el Derecho.	37
1.7.8. Equidad y Cortesía Internacional.	38
1.8. Conclusión de Capitulo	38

### **CAPITULO II**

#### **LAS NORMAS INTERNACIONALES IUS COGENS, LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL DERECHO DE REPARACIÓN**

2. Las Normas de Ius Cogens.	40
2.1. Evolución Histórica del Ius Cogens.	40
2.2. Primeras Referencias de Normas Imperativas en la Antigüedad y Edad Media.	40
2.3. Codificación de Normas Imperativas Internacionales Ius Cogens.	42
2.3.1. Proyectos de la Comisión de Derechos Internacionales de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y sobre la Responsabilidad de Estados por Hechos Internacionales Ilícitos.	42
2.3.2. La Introducción del Ius Cogens en la Comisión de Derecho Internacional.	43
2.3.3. Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.	55
2.4. Razonamiento Doctrinal del Ius Cogens.	60
2.4.1. Los Negadores del Ius Cogens.	60
2.4.2. Los Defensores del Ius Cogens.	69
2.5. Importancia de las Normas Internacionales Ius Cogens.	75
2.5.1. Reconocimiento de las Normas de Ius Cogens en la Normativa Internacional.	75
2.5.2. Importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.	78
2.5.3. La Importancia para el Derecho Nacional.	83
2.6. La Desaparición Forzada.	84
2.6.1. Desaparición Forzada de Personas.	84
2.6.2. Concepto.	85
2.6.3. Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas.	85
2.6.3.1. Desaparición Forzada en la Segunda Guerra Mundial.	85
2.6.3.2. La Desaparición Forzada de Personas en América Latina.	91
2.6.3.3. Inicios de Aceptación por la Comunidad Internacional de la Desaparición Forzada como Normas Ius Cogens.	93
2.7. Derecho de Reparación.	94
2.7.1. Responsabilidad del Estado.	94
2.7.1.1. Concepto de Estado.	94
2.7.1.2. Personalidad Jurídica del Estado.	94
2.7.2. La Responsabilidad.	96
2.7.2.1. Del Término Responsabilidad.	96
2.7.2.2. Responsabilidad del Estado.	96
2.7.2.2.1. Concepto.	96
2.7.2.2.2. Teorías que Sustentan La Responsabilidad del Estado	96
2.7.2.2.3. Fundamento Constitucional y Legal.	98
2.7.3. Responsabilidad Internacional del Estado	98
2.7.3.1. Codificación de la Responsabilidad Internacional del Estado	99

2.7.3.2. Del Hecho Ilícito en la Responsabilidad Internacional del Estado.	101
2.8. Conclusión de Capitulo.	102

**CAPITULO III**  
**DECLARACION DE ACEPTACION DE COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO DE EL SALVADOR.**

3. Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos.	104
3.1. Historia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos	104
3.1.1. Congreso de Panamá	104
3.1.2. Los Congresos Hispanoamericanos del siglo XIX.	105
3.1.3. Las Conferencias Internacionales Americanas.	107
3.1.4. Sistema Interamericano.	108
3.2. Órganos Interamericanos de Protección a los Derecho Humanos.	111
3.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	114
3.2.1.1. Antecedentes	114
3.2.1.2. Composición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	116
3.2.1.3. Funciones.	117
3.2.1.4. Procedimiento ante la Comisión de Derechos Humanos.	118
3.2.1.5. Condiciones de Admisibilidad de la Petición	119
3.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	120
3.2.2.1. Creación	120
3.2.2.2. Reseña Histórica	121
3.2.2.3. Composición.	121
3.2.2.4. Funciones del Presidente	123
3.2.2.5. Competencia	124
3.2.2.5.1. Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana	124
3.2.2.5.2. Reconocimiento de la Competencia Contenciosa.	124
3.2.2.5.3. Jurisdicción Contenciosa como Jurisdicción Subsidiaria.	125
3.2.2.6. Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.	126
3.2.2.6.1. Valores de las Opiniones Consultivas.	126
3.2.2.6.2. Aceptación de la Jurisdicción de la Corte.	127
3.3. De las Declaraciones de Aceptación de Competencia de Organismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos.	128
3.3.1. Las Declaraciones Internacionales.	129
3.3.2. De las Declaraciones como Actos Unilaterales.	129

3.3.3. Tipos de Declaraciones	130
3.4. Las Reservas en los Tratados Internacionales.	132
3.4.1. Concepto de Reserva.	132
3.4.2. Diferencia entre Declaración Interpretativa y Reserva.	133
3.4.3. Tipos de Reservas.	134
3.4.3.1. Reservas a Disposiciones Normativas Contractuales e Institucionales de los Tratados.	134
3.4.3.1.1. Reservas a Disposiciones Normativas.	135
3.4.3.1.2. Reservas a Disposiciones Contractuales.	137
3.4.3.1.3. Reservas a Disposiciones Institucionales.	138
3.4.4. Procedimiento para Realizar Reservas.	139
3.4.5. Normas sobre reservas.	142
3.5. Conclusión de Capitulo	143

#### **CAPITULO IV**

### **ESTUDIO DEL CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

4. Etapas Jurídicas Internas del Caso.	145
4.1. Antecedentes y Contexto Histórico	145
4.2. Recurso de Exhibición Personal Interpuesto por la Madre de las Víctimas.	149
4.3. Proceso Penal ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango.	151
4.4. El Caso De Ernestina y Erlinda Serrano Cruz ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.	159
4.4.1. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	160
4.4.2. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	161
4.5. Análisis Del Voto Disidente Del Juez Cañado Trindade.	166
4.6. Conclusión de Capitulo	170

#### **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

5.1. Conclusiones.	172
5.2. Replanteamiento del Caso	175
5.3. Recomendaciones	176

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	179
---------------------	-----

## **ANEXOS**

- Guía de Entrevista, Licenciada Gisela de León, Centro para la Justicia y el Derecho Internacional
- Guía de Entrevista, Licenciada Leonor Arteaga, Asociación Salvadoreña de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos en el Conflicto Armado, Pro Búsqueda.
- Proyecto de Artículos sobre RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- Decreto Legislativo Numero 319. Declaración de la Republica de El Salvador sobre el Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **CAPITULO I**

### **EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES**

## 1. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

### 1.1. Concepto

El término Derecho Internacional Público es muy amplio. Son muchos los doctrinarios y juristas que lo conceptualizan, todos ellos coinciden en elementos específicos para su definición: *“conjunto de normas o cuerpo normativo”, “relaciones o conductas” y “Estados o Comunidad Internacional”*.

El Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas destinadas a reglamentar las relaciones entre sujetos del Derecho Internacional. Tradicionalmente se había hablado de Estados, en lugar de sujetos del Derecho Internacional, y ello era explicable cuando los Estados eran sujetos únicos dignos de consideración; sin embargo, hoy ya no es así, las Organizaciones Internacionales tienen un lugar dentro de este derecho, no se puede hablar únicamente de los Estados como sujetos únicos del Derecho Internacional.

Para los clásicos, el Derecho Internacional comprendía especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los estados, creando obligaciones, responsabilidades y derechos para todos.

El uso oficial del término Derecho Internacional Público o derecho de gentes se atribuye al fraile dominico español **Vitoria** en el siglo XVI; además se considere que fue usado por Bentham en 1780. El Derecho Internacional

no se presenta como conocimiento sistematizado sino hasta la aparición, en 1625, de la obra “De jure Belli ac pacis” del jurista holandés Hugo Grocio.<sup>1</sup>

El Juez de la Corte Internacional de Justicia, **Thomas Buergenthal**, prefiere citar la definición del **American Law Institute**: “*El Derecho Internacional Público es el cuerpo de reglas jurídicas que se ocupa de la conducta de los Estados y de los Organismos Internacionales así como de algunas relaciones con las personas ya sean naturales o jurídicas*”.

Entonces, definimos al Derecho Internacional Público como “el conjunto de normas de la comunidad internacional, que regulan las relaciones entre los Estados entre sí y sujetos internacionales.”, tal como lo estableció Jeremías Bentham en un primer momento, cabe mencionar que el Derecho Internacional rige sobre la realidad social y en la actualidad se reconocen muchas Organizaciones Internacionales las cuales están consideradas como sujetos internacionales y que también son reguladas por este cuerpo normativo en sus relaciones.

## **1.2. Antecedentes Históricos del Derecho Internacional Público**

No podemos iniciar hablando del Derecho Internacional Publico sin antes hacer referencia a la agrupación espontánea y natural de los Estados conocida como la Comunidad Internacional, plasmada en cinco periodos:

---

<sup>1</sup> J. Sierra, Manuel: Derecho Internacional público, México, editorial Porrúa, 1959, Pág. 16.

### **1) *Periodo del aislamiento:***

En un principio imperaba entre los diferentes Estados el aislamiento o las hostilidades, prueba de esto último es que las pocas normas internacionales que se conocen de esa época, se refieren a la guerra. Así por ejemplo, la investigación histórica ha demostrado la aplicación de normas de Derecho Internacional en China, Japón, la India, Egipto. Pero mejor conocido es el caso de Grecia, durante la Edad Antigua existió un rudimento de comunidad internacional. En efecto, los estado-ciudad griegos llegaron a formar confederaciones, siendo la más famosa la de Delfos, que agrupaba a doce Estados, entre los cuales se encontraban Atenas, Esparta, Tebas, etc.<sup>2</sup>

### **2) *Periodo del nacimiento de la actual comunidad internacional***

(Edad Media). Es realmente en este periodo cuando nace la noción de la comunidad internacional que desemboca en nuestros días, es decir la convicción de la existencia de una serie de estados relacionados por intereses solidarios. Surgió entre grupos de estados de Europa Occidental, cuando los pueblos cristianos se unieron en una comunidad, bajo una autoridad, el papa y otra temporal la del emperador (Santo Imperio Romano- Franco-Germánico; llamado también segundo imperio de occidente, fundado por Carlomagno en el año 800). Es así como la comunidad que se extendió por todo el mundo, en Europa Occidental, allá por el siglo IX. El descubrimiento de América fue un acontecimiento histórico favorable a la comunidad internacional ampliándola y dando lugar al surgimiento de problemas completamente nuevos e insospechados hasta entonces.

---

<sup>2</sup> Torre, Abelardo: Introducción al Derecho, séptima edición, Argentina, Buenos Aires, Editorial Porrot, Pág. 637.

### **3) *Periodo llamado del equilibrio político europeo***

(Desde la paz de Westfalia 1648- hasta fines del siglo XVIII) El concepto se afianzó en la época llamada del “*equilibrio Europeo*”, que se inició con los tratados de Westfalia (de 1648, poniendo fin a la guerra de 30 años), al instituir que los estados debían reunirse en congresos internacionales para resolver asuntos de interés común y reconocerse la igualdad de todos los estados sin distinguir entre católicos, luteranos y protestantes. El principio del equilibrio europeo consistió en un sistema político tendiente a impedir que una potencia europea alcanzara sobre los demás una preponderancia excesiva, lo que, ciertamente sirvió de pretexto a muchas guerras injustas.

### **4) *Periodo de la organización jurídica descentralizada***

Y la independencia de Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789), tuvieron una positiva influencia sobre la evolución de la comunidad internacional, pues inspiraron muchos movimientos revolucionarios que determinaron el nacimiento de nuevos Estados y su incorporación a la comunidad internacional. El congreso de Paris (1856) que puso fin a la guerra de Crimea, incorporó a Turquía; también por esa época ingresó los Estados Unidos de América; la segunda conferencia de la paz de la Haya (1907) fue la primera asamblea de carácter mundial. Durante este periodo se amplió la comunidad internacional y se produce un gran movimiento de organización jurídica, materializando numerosos congresos, y tratados, muchos de ellos de alcance mundial.<sup>3</sup>

### **5) *Periodo de la organización jurídica centralizada.***

La creación de la sociedad o liga de las naciones 1919-1945 como organismo permanente que centraliza y personifica la comunidad internacional,

---

<sup>3</sup> Torre Abelardo; Ob. Cit. Pág. 639.

marca el comienzo de una nueva etapa del desarrollo de dicha comunidad. En efecto, este organismo concreta la primera organización centralizada de la comunidad mundial de Estados, abriendo así nuevas perspectivas en cuanto al perfeccionamiento del Derecho Internacional Público.

### 1.3. Características.

El Derecho Internacional Público como sistema jurídico, regulador de la coexistencia y cooperación de los sujetos internacionales en la sociedad mundial, es un ordenamiento jurídico con las siguientes características:

- a) **Autónomo:** Sus normas son creación de sus propios sistemas y procedimientos jurídicos.
  
- b) **Permanente transformación:** Depende de la evolución de la historia y por ello está en dinámica, permanente y constantemente en cambio.
  
- c) **Base paritaria:** La posición de los sujetos en su aplicación es igualitaria, no hay subordinación inter subjetiva.
  
- d) **Fragmentario:** Únicamente rige aspectos parciales del ámbito social de las relaciones y conductas entre la Comunidad Internacional.
  
- e) **Mediatizado:** La norma para su creación depende de que los Estados la acepten y para su aplicación requiere que los Estados la incorporen a sus sistemas internos; es decir que el Derecho Internacional Público está condicionado por la voluntad de los Estados, y para el caso de sancionar es criticable que esta también sea mediatizada, ya que es el mismo Estado el

que lleva a cabo la sanción si es que le da cumplimiento, porque no hay una autoridad central que vigile su cumplimiento.

#### **1.4. Naturaleza e Importancia**

La esencia del Derecho Internacional Publico es cuestionada y ha sido puesta en tela de juicio en su carácter jurídico, por muchos filósofos del Derecho<sup>4</sup> que coinciden en negar que el Derecho Internacional Publico no sea Derecho.

El fundamento principal de esta postura se basa en la comparación de este “Derecho” con el Derecho Nacional, destacando tres aspectos considerados muy significativos para atribuirle el carácter de antijurídico y mas bien un producto de la voluntad de las interrelaciones estatales, un sistema voluntario de los Estados soberanos, enuncian lo siguiente:

- a) Para que la ley surja como tal debe existir un cuerpo legislativo que le de creación y vigencia, para que los ciudadanos puedan cumplirla dentro del territorio nacional; en el Derecho Internacional no existe un legislador central que dicte el ordenamiento jurídico, los Estados partes consienten en crear la normativa la cual es destinada a su propio ejercicio, convirtiéndose en un producto social que nace de la necesidad de una convivencia social, cuyas ideas se encuentran politizadas y se le resta operatividad a su aplicación.
  
- b) Un segundo aspecto destacado es el de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Público son atípicos de coercibilidad, mientras en el Derecho Nacional existen jueces encargados de velar por que se cumplan las leyes a las cuales están sometidos todos los ciudadanos,

---

<sup>4</sup> Jeremías Betham, John Austin, Hobbes, Pufendorf y otros negadores radicales.

este Derecho carece realmente de un sistema jurídico. Los conflictos entre Estados no están sujetos a un poder judicial internacional común y no hay un organismo internacional de carácter coercitivo que pueda exigir de hecho el cumplimiento de la ley internacional, existen tribunales internacionales sin embargo, requieren de la aceptación de competencia del Estado para poder ventilar el conflicto, se agrega que hay una indefinición en lo que manda o permite el Derecho Internacional Público para el caso específico y rara vez son elevadas para su consideración las normativas para que el poder judicial internacional decida sobre el conflicto, por lo que no es auténtico Derecho, afirman los negadores radicales.

- c) Otro aspecto cuestionado es el de las fuentes de surgimiento del Derecho Internacional, al respecto manifiestan que los tratados internacionales le dan vida al Derecho Internacional pero, únicamente se aplica sobre aquellos sujetos internacionales que lo ratificaron y firmaron, después de un riguroso proceso y el cumplimiento de ciertos requisitos para obligarse internacionalmente; y que la Costumbre Internacional consiste en una serie de usos que los Estados han venido repitiendo de una manera constante con la convicción de que son obligatorios.

Lo cierto es, que todo Estado puede decidir por su propia cuenta lo que constituye Derecho Internacional y la forma de interpretarlo y aplicarlo a una situación concreta, y respecto a que el Derecho Internacional es un Sistema Voluntario, basado en el consentimiento de los Estados soberanos, que por ello no existe coerción en él, los Estados consienten a las disposiciones internacionales, lo mismo que los individuos prestan su consentimiento a las leyes vigentes, reconocen la necesidad general de un sistema de orden, consideran la mayoría de reglas en vigor como deseables o, por lo menos,

tolerables y aceptan el resto porque no tienen mas remedio o porque carecen de poder para cambiarlo; por lo mismo las instituciones legales de la Comunidad Internacional, existen y contribuyen al orden internacional, he aquí donde radica la importancia del Derecho Internacional ante el desarrollo y evolución de los países cada uno de ellos con políticas, economías, culturas y medios distintos.

El Derecho Internacional Público tiene su base en la necesidad de los Estados (y de todos los sujetos del Derecho Internacional Público) de vivir en armonía, de mantener un ambiente de paz, en el que se garanticen los derechos fundamentales de toda la comunidad internacional. Por esa razón se dice que el fundamento del Derecho Internacional Público está representado por la función social, precisamente por la necesidad de evitar los actos de violencia para lograr una convivencia respetuosa y agradable entre las partes, regular las relaciones y conductas entre los Estados para contribuir a la armonía de la Comunidad Internacional.

## **1.5. Clasificación del Derecho Internacional Público Natural y Positivo.**

### **a) Derecho Natural:**

Según **Nelson González Sánchez** "El Derecho Internacional Público natural tiende a ser universal e inmutable y se caracteriza por sus preceptos negativos y los deberes que impone, pues procura asegurar el triunfo de la justicia, de la equidad y de la *moral* en las relaciones internacionales". En esta tarea de dignificación, están empeñados los jurisconsultos y los filósofos, secundados por los estadistas."

## **b) Derecho Positivo:**

Es considerado como el conjunto de reglas que han sido establecidas por el hombre para regular las relaciones entre los Estados. Este derecho es práctico y las normas que a éste rigen son el resultado del consentimiento expreso o tácito de los estados.

El derecho natural está dado desde el punto de vista teórico, expresa lo que debe ser, el derecho ideal. El derecho positivo está dado en la práctica, ha ido cambiando con el tiempo y se ha adaptado a la realidad, lo teórico y lo práctico son dos cosas distintas pero inseparables, lo práctico debe alcanzar a lo teórico y avanzar a medida que toma experiencia y enmienda los errores.

## **1.6. Relaciones del Derecho Internacional con el Derecho Interno.**

Las teorías que tratan de explicar las relaciones entre Derecho Internacional y el Derecho Interno pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) *las teorías dualistas*, para las que ambos sistemas jurídicos son independientes y separados y , b) *las teorías monistas*, que afirman que el Derecho Internacional y el Derecho Interno forman un sólo sistema jurídico, y que adoptan dos modalidades, defendiendo una de ellas la supremacía del Derecho Internacional sobre el interno, y consagrando la otra la superioridad del Derecho Interno.

### **1.6.1. Teorías dualistas.**

Dentro de ellas encontramos a Tripel y Anzilotti. Tripel, descubre entre ambos sistemas, Internacional e Interno, una oposición doble, basada en la

diferencia de las relaciones sociales que rigen, y en diferencia de fuentes jurídicas.

- a) *Diferencia de relaciones sociales*: el Derecho Interno será el conjunto de normas jurídicas establecidas en el interior de una comunidad y destinadas a reglamentar las relaciones entre sujetos que están sometidos al legislador, mientras que el Derecho Internacional está destinado a regular las relaciones entre Estados y Sujetos Internacionales.
- b) *Diferencia de fuentes jurídica*: En el Derecho Interno, la fuente jurídica es la voluntad del Estado exclusivamente, y en el Derecho Internacional será la voluntad común de varios o de numerosos Estados.

De acuerdo con esto el Derecho Internacional y el Interno no son simplemente ramas distintas del Derecho, sino también sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos en íntimo contacto, pero no se superponen jamás, y puesto que ambos no están destinados a reglamentar las mismas relaciones es imposible que haya una concurrencia entre las fuentes de los dos sistemas jurídicos.

*Anzilotti* sostiene que, aunque puede haber cierta relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional (*en los casos que el llama “reenvío receptivo o material” y “reenvío no receptivo o formal”*), se trata de dos ordenes separados. No pueden existir normas internacionales emanadas de las normas internas o viceversa, ni influir una sobre otras en su respectivo valor obligatorio, y por eso es imposible que haya conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

### 1.6.2. Teorías Monistas.

- a) *Supremacía del Derecho Internacional.*- **Kelsen** ofrece esta teoría en su forma más pura, es la consecuencia lógica de su “*sistema piramidal de normas*” que, al partir de la “norma originaria” como base de todo el derecho, nos lleva necesariamente a afirmar la unidad del sistema de Derecho. De este modo, no puede considerarse que el Derecho Internacional y el Interno sean dos sistemas jurídicos diferentes, sino dos partes del sistema general único. Por otro lado, Kelsen ataca la idea de personalidad del Estado, como una ficción. El Estado no es más que el punto final de imputación, al que debe atribuírsele los actos de sus órganos.
- b) *Supremacía del Derecho interno.* La teoría de la auto-limitación conduce necesariamente a admitir la supremacía del Derecho Interno sobre el Derecho Internacional. En efecto, si la voluntad del Estado es suficiente para crear el Derecho Internacional sería una especie de Derecho estatal exterior y, entonces, como afirma muy bien *anzilotti*, “no hay ya lugar para hablar de relaciones entre el Derecho Internacional y el Interno, sino, entre categorías de normas internas”.<sup>5</sup>

Nosotros, defendemos una relación estrecha entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, El Derecho Interno puede crear obligaciones internacionales, lo cual no ocurriría si el Derecho Interno estuviera subordinado al Derecho Internacional; inversamente, el Derecho Internacional establece limitaciones al Derecho Interno así que tampoco se le podría considerar como inferior. No siempre el conflicto de normas de Derecho interno y de Derecho Internacional envuelve una decisión sobre intereses vitales para las dos sociedades (*interna o internacional*), en cuyo caso creemos

---

<sup>5</sup> S. Vázquez, Modesto: Derecho Internacional Público, México, Editorial Porrúa, 1997, Pág. 42.

que la internacional prevalecería y de lo que precisamente se trata es de determinar con exactitud la jerarquía de las respectivas normas, determinación en que las consideraciones de interés tendrán un papel importante.

## **1.7. FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

Las fuentes del Derecho Internacional Público, son procedimientos por los cuales se crean, modifican o extinguen el Derecho Internacional emanado por las voluntades de los Estados libremente expresada en convenios o por usos generalmente aceptados como expresión de principio jurídico.<sup>6</sup>

### **1.7.1. Teorías de las Fuentes del Derecho Internacional Público**

Existen tres teorías que abordan el problema de las fuentes del Derecho Internacional Público, a saber:

- A. *Teoría positivista*: Esta teoría establece que emanan únicamente del acuerdo de voluntades de los Estados, sea de forma expresa por medio de Tratados Internacionales o de forma tácita como es el *pactum tacitum* (la Costumbre) *Anzilotti*.
  
- B. *Teoría objetivista*: esta se apoya en la tradicional distinción entre fuentes materiales y fuentes formales, las primeras son las únicas fuentes creadoras del Derecho, en tanto que las formales (*Tratados y Costumbre Internacionales*) no crean Derecho sino que se limitan a formularlo; no son modos de creación sino modos de comprobación. Las fuentes materiales empero, son ingredientes más que todo, (*factores históricos, económicos, axiológicos, etc.*). El Derecho Internacional está relacionado con las condiciones materiales de vida de la sociedad a través de una

---

<sup>6</sup> Caso Lotus: Corte Internacional de Justicia, Caso de la Plataforma del Mar del Norte. TPJI, serie A, número 10 pág.18 (1927)

serie de eslabones de una cadena única que tiene gran importancia para la formación del Derecho.

C. *Teoría jusnaturalista*: En el campo internacional, esta tesis extiende las fuentes formales del Derecho Internacional, como son los tratados y la costumbre internacional, a los principios generales del Derecho y hasta el propio Derecho natural o equidad. El primer texto que fijó el Derecho aplicable por un tribunal internacional y el cual ha sido utilizado por muchos autores para sus teorías sobre las fuentes del derecho internacional de presas: *“El tribunal aplicará las normas del Derecho Internacional. Sino existieran normas generalmente reconocidas, el tribunal fallará según los principios generales del derecho y la equidad”*

Esta última teoría es la más aceptada por la Comunidad Internacional, tendencia que quedó plasmada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aprobado el 16 de noviembre de 1948, “La Corte cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas deberán aplicar: a) las convenciones internacionales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes. b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”

Para *Charles Rousseau*, en relación al contenido del artículo antes mencionado afirma que éste solamente enumera las normas jurídicas que la Corte debe aplicar, mas no establece un valor jerárquico; el haber colocado a

los convenios internacionales en primer lugar y a la costumbre en segundo lugar obedece a la tendencia actual hacia el Derecho escrito, aunque la costumbre sea la fuente original del Derecho Internacional. De tal manera que el artículo no hace más que dar una descripción de las fuentes que pueden ser utilizadas por el juez, pero sin obligarlo a que haga una determinada elección de las mismas para decidir un caso concreto.

*Daniel Guerra Iñiguez*, sin embargo, se opone a ésta posición y propone: "estas fuentes a las que tiene que recurrir el juez están jerarquizadas, pues en el empeño de su misión el magistrado internacional debe agotar cada una de ellas en su orden hasta llegar a los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y a las doctrinas de los juristas".

## **1.7.2. Tratados Internacionales**

### **1.7.2.1. Concepto**

Constituye la principal fuente de donde emanan las normas del Derecho Internacional Público, se tratan de acuerdos de voluntades entre dos o más Sujetos del Derechos Internacional implicados en documentos en donde se consigna por escrito obligaciones y derechos para los jurantes, lo que da una mayor credibilidad o seguridad, regulando la conducta de los Estados entre sí y órganos internacionales con el fin de promover y proteger el respeto de los derechos humanos, la paz y la armonía entre los Estados.

El Tratado es todo acuerdo concluido entre dos o más Sujetos de Derecho Internacional, hablamos de sujetos y no de Estados, con el fin de incluir a las Organizaciones Internacionales.

Para algunos jurisconsultos es "*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*". Esta definición excluye acuerdos entre Estados regidos por el Derecho Interno o por acuerdos también entre Estados que no tienen como intención crear vínculos jurídicos entre ellos.

El 23 de Mayo de 1969 como la culminación de los trabajos emprendidos por la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas, se firmó en Viena la llamada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que entró en vigor el 27 de enero de 1980. Ha de precisarse que la Convención intenta reglamentar únicamente los tratados concluidos entre Estados, sin embargo, sus disposiciones no perderán fuerza por el hecho de que un tratado figuren como partes sujetos que no son Estados, y se aplicarán a las relaciones entre las partes que sean Estados.

La Convención no añade más requisitos a los acuerdos interestatales, el que revistan forma escrita, independientemente de que estén contenidos en un sólo instrumento o en una serie sucesiva de instrumentos, o cualquiera que sea el nombre que se la haya dado, pero la doctrina y la práctica actual reservan el nombre de tratados para aquellos acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional. Para que exista un tratado, se necesita, que el acuerdo sea celebrado, en primer lugar, entre Sujetos del Derecho Internacional.

Podemos mencionar que el tratado conlleva elementos esenciales los cuales son:

a) *la expresión de una voluntad:* de los Estados no necesariamente deben ser simultáneas, un tratado puede resultar de una declaración unilateral de una de las partes seguida de la aceptación de la otra parte; o de la continuación de actos unilaterales como el intercambio de notas diplomáticas.

b) *la concurrencia de voluntad de por lo menos dos partes:* las declaraciones unilaterales de un estado solo son obligatorias para el estado que las emite, no importando si lo realiza por vía oral o escrita. Por otra parte, en los tratados multilaterales no se exige de un número definido de Estados partes.

c) *Las partes de un tratado deben ser sujetos de Derecho Internacional:* sólo los Estados y las organizaciones internacionales que gozan de personalidad jurídica internacional pueden ser partes de un tratado. En otros casos, como los suscritos por la Santa Sede con diversos estados.

d) *La intención de producir efectos legales:* esa intención es la que permite distinguir al tratado en sentido escrito, de otros actos que los estados realizan que no tienen como propósito vincular a sus autores, y que solo comprometen a sus dirigentes políticos pero no a los estados miembros.

#### **1.7.2.2. Clasificación de los Tratados.**

Entre las muchas clasificaciones que pueden hacerse de los tratados, atendiendo a diferentes factores, abordaremos solo dos formas de clasificarlos, en base al número de contratantes y en base a su contenido:

- ***Clasificación de Orden Formal:***

A. *Tratados Multilaterales o Colectivos:* Es cuando las reglas son aceptadas por la mayoría de los Estados, como por ejemplo la Convención de Viena.

B. *Tratados Bilaterales*: que obligan a dos Sujetos del Derechos Internacional, como el tratado de Venezuela y Colombia por el Golfo de Venezuela.

- **Clasificación de Orden Material:**

A. *Tratados – contratos*: realización de un negocio jurídico (alianza de comercio, de limites, etc.), que engendra prestaciones reciprocas entre los Sujetos Internacionales, pero cada uno persigue objetivos diferentes.

B. *Tratados Normativos*: tienen por objeto formular una regla de Derecho y se caracteriza porque la voluntad de todos los que firman tienen idéntico contenido.

### 1.7.2.3. Los Principios del Derecho de los Tratados.

Hay una serie de principios generales que rigen el derecho de los tratados, de los que podríamos mencionar los siguientes:

a) *Principio “Pacta sunt Servando”*. De origen consuetudinario, recogido por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 26, afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe. Algunas teorías encontraban en él la base del sistema jurídico internacional, como *Kelsen* y la escuela de Viena.

La seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida si se dejara a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos.<sup>7</sup>

b) *El principio de que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes, o “res inter alios acta”*. Un tratado no puede, en principio, obligar a los

---

<sup>7</sup> S. Vázquez, Modesto: Ob. Cit. Pág. 61

sujetos que no han participado en él, puesto que, naturalmente no han podido dar su consentimiento. Pero tampoco puede enunciarse este principio de un modo absoluto, y en algunos casos, un tratado crea derechos y obligaciones respecto a terceros. Por ejemplo en el asunto de la desmilitarización de las islas de Aland (decidida en un tratado firmado entre Rusia y otros países), Finlandia sostenía que, por no haber tomado parte en ese tratado, no se creía obligado por él; pero la comisión de juristas reunida en París en 1920 decidió que ese tratado, a causa de los intereses vitales de otras potencias, envueltos en él, había creado una situación jurídica objetiva, y era oponible a los Estados terceros.

c) *El tercer principio, el consentimiento.* Este es la base de la obligación jurídica, “*ex consensu advenit vinculum*” es resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por Estados, formalmente considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual.

Debemos concluir que los tratados concertados con ausencia de un auténtico consentimiento por alguna de las partes, no dejan por ello de tener validez, en la medida que el equilibrio de fuerzas no se altere en perjuicio del país que impuso las condiciones. El que tiene el poder hace el derecho, pero ello deja siempre a salvo la facultad, para que el que no tiene, debe tratar de conseguirlo.

Con el tiempo, aun las situaciones derivadas de tratados que son una imposición pura y simple, se consolidan y adquieren respetabilidad jurídica, por lo que un intento de revisión de tales situaciones sería considerado un atentado contra el orden internacional. Es perfectamente explicable lo anterior si se

recuerda que todo el orden internacional está basado en el mantenimiento de situaciones en cuyo origen ha habido casi siempre, actos de fuerza y de imposición en contra de la voluntad de algún sujeto.

d) *El principio de respeto a las normas del "Ius Cogens"* el artículo 53 de la Convención de Viena establece que un tratado es nulo cuando fuere contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional. Dejando aparte la enorme dificultad de determinar cuando una norma internacional es de esa clase, está claro que la aplicación de esta disposición interfiere con la libertad de contratación de los Estados pues incluso una de las normas que únicamente se considera del "Ius Cogens" como es la prohibición de la agresión, podría ser derogada en ciertos casos, para las relaciones entre algunos estados en particular. Por ejemplo, que dos estados deciden abandonar parte de su soberanía, con el fin de proceder ulteriormente a fusionarse, y se reconocen mutuamente el derecho de intervención armada en determinadas circunstancias. Esa intervención armada, que se considera agresión, violatoria de normas del "Ius Cogens" no sería aceptable, y el tratado que la hubiera previsto carecía de validez, al mismo tiempo que no habría nada en contra de un tratado que prevé la desaparición total de un estado, por fusión de otro.

Si un país concluye un tratado contrario al Ius Cogens, en el que se prevé la posibilidad de intervención armada ¿quién es el que tiene autoridad para proclamar la invalidez del tratado? y si la intervención armada tiene lugar ¿quién es el que puede calificar a ese acto de agresión y declarar nulo el tratado?. Está claro que esas acciones solo podrían corresponder al estado supuestamente agredido y si este no invoca la invalidez del tratado ¿qué otro estado u organismo tendría derecho a hacerlo? El texto del artículo 53 proclama la invalidez de tales tratados en forma automática, lo que no corresponde con la realidad. Por otro lado, si un estado concluye un tratado

sabiendo que va contra el “Ius Cogens”, sería premiar la mala fe si se le da luego la oportunidad de invocar su validez.

#### **1.7.2.4. Reservas**

Los Estados pueden firmar un tratado con reservas, lo que significa que "cualquiera que sea el enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado" (Según La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –1969.)

#### **1.7.3. Costumbre Internacional**

##### **1.7.3.1. Concepto**

La costumbre internacional merece un amplio tratamiento, ya que durante largas etapas el Derecho Internacional ha sido sólo derecho consuetudinario, no había prácticamente otras fuentes competidoras si acaso, la doctrina era la única que contribuía a la formación de las reglas de derecho.

Puede definirse como un "*reconocimiento general de los Sujetos Internacionales a ciertas prácticas que los Estados consideran como obligatorias*".

El Art. 38,1b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia nos ofrece una definición de la costumbre internacional, al decir que: "...*La Corte...*

*deberá aplicar... la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como fuente de Derecho".<sup>8</sup>*

### **1.7.3.2. Elementos Constitutivos de la Costumbre**

Los dos elementos fundamentales de la costumbre son:

a) *Elemento objetivo*: que se refiere al uso constante y uniforme, es decir, el uso constante de un acto que por ser una repetición, se fija y se convierte en un protocolo.

b) *Elemento subjetivo*: Consiste en la conciencia que tienen los Estados de actuar jurídicamente obligados, es decir, que dicha práctica es obligatoria y se debe adecuar su conducta a la misma.

### **1.7.3.3. Tipos de Costumbre**

a. *Costumbre Universal*: es la costumbre en la cual ha participado la gran mayoría de los Estados para su creación; dicha costumbre obliga a todos los Estados aún cuando éstos no hayan participado en ella ni ayudado a su creación, a menos que desde el principio se hayan negado de manera permanente y persistente.

b. *Costumbre Regional*: Es aquella en la que sólo ha participado un grupo de Estados, como por ejemplo el derecho a asilo, que sólo se da en los Estados Americanos, su obligatoriedad no es para todos los Estados, sólo para aquellos que fueron partícipes y que usualmente se encuentran unidos por lazos históricos, geográficos y económicos.

---

<sup>8</sup> Ídem, Pág. 66

- c. *Costumbre Bilateral*: en dicha costumbre sólo existe la participación de dos Estados, su obligatoriedad tampoco es hacia los otros Estados, sólo a los dos participantes.

#### **1.7.3.4. Características de la Costumbre.**

La costumbre internacional ofrece dos características fundamentales las cuales son mencionadas a continuación:

- a) *Generalidad*.- La actuación de algunos Estados no es suficiente para crear una costumbre; es necesario que la mayoría de ellos participe en su formación, de manera expresa, o tácitamente al aceptarla sin adoptar una posición contraria.
  
- b) *Flexibilidad*.- La costumbre internacional se diferencia fundamentalmente del Derecho convencional en una característica que constituye al mismo tiempo su mayor virtud: por no ser una fuente escrita, carece de rigidez; y puede evolucionar con la realidad, adaptándose a las nuevas situaciones. La otra cara de la flexibilidad es la falta de precisión y es muchas veces difícil de determinar cuando una costumbre está en plena vigencia o cuando esa vigencia plena es discutible, ya sea porque la norma consuetudinaria ha caído o está cayendo en desuso, o porque estando en formación no se ha consolidado debidamente.

#### **1.7.3.5. Importancia**

Al hablar de la costumbre como fuente del Derecho Internacional, podemos decir que por mucho tiempo el Derecho Internacional ha sido solo Derecho Consuetudinario, si acaso, se puede señalar que la doctrina ha sido el

único contribuidor a la formación de las reglas del Derecho; sin embargo, aunque la costumbre ha tenido una larga trayectoria de aportación, se considera que no es una fuente de total certeza, pero todavía hoy en día no se puede precisar una regla jurídica internacional que aspire a la generalidad que no se encuentra relacionada con la costumbre de alguna manera.

Sepúlveda, señala que "el término costumbre debe de reservarse para el Derecho mismo, y que el término prácticamente debe usarse para indicar el conglomerado de pasos que son formativos del Derecho".

El problema que existe al hablar de la costumbre, es que de una u otra manera es ambiguo no en cuanto a su contenido sino en cuanto a la aceptación y realización de parte de los Estados Miembros de la Comunidad Internacional, ya que no todos los países tienen las mismas costumbres o muchas veces la practica de las costumbres es realizada única y exclusivamente solo por un pequeño número de individuos que conforman un Estado.

#### **1.7.3.6. Naturaleza Jurídica de la Costumbre.**

Nos encontramos con un problema al determinar la naturaleza jurídica de la costumbre, en el fondo, el problema central del Derecho Internacional. En efecto, no hay dificultad ninguna para admitir la fuerza obligatoria de la costumbre y determinar su naturaleza jurídica. *Triepel* fundaba el Derecho Internacional en la acción concertada de los Estados, y para él, la costumbre era una especie de acuerdo tácito entre los estados. Esta posición fue adoptada también por los positivistas; pero su origen se encuentra ya en *Grocio*. Otra explicación de la naturaleza jurídica de la costumbre nos la ofrece el jurista

alemán *Savigny*, para quien el fundamento hay que encontrarlo en una conciencia jurídica colectiva, en una coincidencia universal sobre lo que debe ser el derecho, eliminando así el elemento voluntarista en la formación de la costumbre. Para las teorías sociológicas modernas, la costumbre surge de la vida en sociedad, es un hecho social, y se impone a los Estados, sin que esto pueda hacer otra cosa que comprometa su existencia.

#### **1.7.4. Principios Generales del Derecho**

##### **1.7.4.1. Concepto**

Son aquellos conceptos fundamentales que aparecen como el conjunto de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo, y que están formados por aquellos elementos de justicia y equidad que tienen aplicación universal. Entre dichos conceptos están la libertad, igualdad, certeza, seguridad jurídica, equidad y la relación como recurso para interpretar los textos y encontrar su verdadero sentido.

Estos a su vez constituyen otra fuente indirecta porque en realidad no crean Derecho Internacional sino que consagran principios de Derecho ya establecidos y cuya consagración es producto de la aceptación que le ha dado la conciencia jurídica de la comunidad internacional en que vivimos. Sin embargo, hay que resaltar que los Principios Generales del Derecho son fuentes del Derecho Internacional únicamente cuando el juez, en presencia de una laguna legislativa tiene que aplicar los principios generales y reconocidos.

#### **1.7.4.2. La Distinción.**

Aunque el Estatuto de la Corte pasa en silencio tal clasificación, consideramos sin embargo que hay lugar a hacer una diferencia entre principios generales del Derecho y Principios del Derecho Internacional.

*a) Principios generales del Derecho.-* El Estatuto se refiere a aquellos principios que son aceptados en el Derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional. Esta última precisión elimina ciertos principios generales del Derecho interno que no pueden trasladarse al campo de las relaciones interestatales como sería el principio de que las personas pueden recurrir unilateralmente al juez, que actualmente resultaría inaplicable a los Estados, a causa de la diferente estructura de la sociedad, de las naciones.

*b) Principios del Derecho Internacional.-* Son aquellos que no tienen un origen en el Derecho interno, sino que son propios del Derecho internacional. En la vida internacional se manifiestan porque son invocados por los Estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla.

La Corte Internacional de justicia, en su sentencia relativa al “*caso del oro monetario*” (15 de junio de 1954) emplea el término de principio de Derecho Internacional, al hablar de “... un principio de Derecho Internacional establecido e incorporado en el Estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado, si no es con el consentimiento de este último”

Conviene señalar la distinción que hace *Verdross* de ambos principios, porque ilustra de modo más claro el problema: Los principios del derecho de gentes, son reglas aceptadas directamente en práctica internacional como siendo de Derecho, mientras que los principios generales del Derecho han sido primero reconocidos por los Estados en su Derecho interno.<sup>9</sup>

Entre los principios del Derecho Internacional podemos mencionar:

- Prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la guerra.
- Obligación de arreglar las controversias por medios pacíficos.
- No intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados.
- Igualdad de derecho y libre determinación de los pueblos.
- Igualdad soberana de los Estados.
- Obligación de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas.

## **1.7.5. Normas Internacionales Ius Cogens**

### **1.7.5.1. Concepto**

Las normas Ius Cogens pueden definirse como: “Normas Jurídicas Internacionales admitidas universalmente e imperativas que se dirigen por el alto grado de generalización de los preceptos expresados en ellos y son fundamentales y rectores para todas las demás normas jurídicas internacionales”.

---

<sup>9</sup> Idem, Pág. 70.

Se formulan a través del consenso universal de los sujetos de la comunidad internacional, tienen una naturaleza consensual y espontánea y su importancia radica en la especial naturaleza del objeto que protegen.

#### **1.7.5.2. Características**

1. *Imperatividad*: no pueden ser modificadas ni ignoradas, obligan en todo su contenido.
2. *Generalidad*: se impone universalmente y de forma general a todos los Sujetos Internacionales.
3. *Constitucionalidad*: son exigencias de orden moral, ético, político, indispensables para la supervivencia de la comunidad internacional.
4. *Histórico*: son expresión de necesidades perentorias de la sociedad internacional en un momento concreto, pero que evolucionan porque se terminan asentando unas, y sobre esas se pueden producir nuevas cotas de respeto.

#### **1.7.6. Jurisprudencia Internacional o Decisiones Judiciales**

Esta fuente se constituye por el conjunto de principios y normas establecidas en sentencias internacionales más o menos uniformes, viniendo a formar parte del acervo jurídico internacional.

Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional Judicial establece: "1.\_ El tribunal, cuya *función* es decidir conforme al Derecho Internacional Publico las controversias que le sean sometidas deberán aplicar las Decisiones Judiciales, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 de dicho Estatuto"

Siendo parte de las fuentes indirectas o subsidiarias del Derecho Internacional Publico se vuelve un medio auxiliar para apoyar a los Tratados, las Costumbres o Principios Generales del Derecho.

### **1.7.7. Doctrina de los Juristas.**

#### **1.7.7.1. Concepto**

La doctrina de los juristas como fuente del Derecho Internacional se conoce como la opinión de los jurisconsultos y de las asociaciones especializadas. Siendo ya bien de carácter filosófico, sociológico o histórico.

*Manuel Simón Egaña* establece tres fines esenciales de la doctrina:

- a) *Científico*, que persigue el estudio de las normas del ordenamiento jurídico vigente y las sistematiza a la vez, así como también a los principios generales del derecho.
- b) *Un fin práctico*, ofrece soluciones concretas donde la voluntad del legislador esté plasmada en las normas generales y se convierte en el principal auxiliar del abogado y del juez en el estudio de los casos que se presenten.
- c) *Un fin crítico*, trata de mejorar cada vez más al derecho procurando un contenido más justo de las normas.

#### **1.7.7.2. Importancia para el Derecho**

La doctrina se considera como fuente indirecta, por cuanto se debe recurrir a ella como complemento para los estudios de los diversos casos que se plantean. Su importancia radica en que las opiniones dadas por los jurisconsultos son de carácter desinteresado y la cultura jurídica de los jueces internacionales es la mejor guía para su aplicación. Sin embargo, no es de

carácter obligatorio, pues es el resultado de especulaciones de particulares, por muy grande que sea el prestigio de los mismos.

El Instituto del Derecho Internacional en su proyecto de bases fundamentales establece en su artículo 18: "*Los precedentes diplomáticos, las sentencias arbitrales, las decisiones de los tribunales nacionales en materia internacional, así como la opinión de los publicistas de autoridad, no tienen valor sino en cuanto ilustren, ya al Derecho existente, ya a los otros elementos arriba indicados a que deben recurrirse en ausencia de reglas jurídicas*".

#### **1.7.8. Equidad y Cortesía Internacional**

La Equidad tiene por efecto permitir al Juez, con el consentimiento de las partes, resolver un litigio de acuerdo con la justicia sin limitarse a la aplicación estricta de las reglas del Derecho vigente.

La equidad como criterio dulcificador de las disposiciones del derecho, permite al juez, modificar alguna ley o norma que le parezca injusta en un momento determinado, es decir, corrige las deficiencias en las leyes, por lo que se considera como una indudable fuente del derecho.

En ausencia del consentimiento de las partes la Corte Internacional de Justicia no puede seguir este curso sino que debe resolver el litigio conforme a Derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 38. La facultad de decidir *ex aequo et bono* no debe confundirse con la aplicación de los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones, ni con la aplicación de principios equitativos. La Corte en estos últimos casos debe necesariamente mantenerse dentro de los límites del Derecho existente, en tanto que en el ejercicio de sus facultades de decidir *ex aequo et bono* con el consentimiento de las partes, la corte puede dejar de lado la estricta aplicación

de las normas de Derecho. Según su función pueden distinguirse tres clases de equidad: ***In fralegem***, sirve para completar el derecho, cuando una situación particular no puede resolverse con ayuda de las normas jurídicas; ***extra legem***, se aplica cuando por las circunstancias particulares del caso, el derecho estricto no se puede tomar en consideración, y se produciría cierta injusticia; y ***contra legem***, puede servir como medio derogatorio del derecho. En la Sociedad Internacional, se valora el concepto ético como moralidad que ha sido observada por los estados. Estos conceptos no son normativos y por ende no tienen fuerza obligatoria en teoría ni en la práctica, el concepto amplio de cortesía internacional incluye el concepto moral. Los estados en las relaciones con otros actúan conforme a las reglas protocolares, es decir la cortesía. La equidad como criterio de interpretación del derecho, no permite la modificación de la norma jurídica, la aplica a los casos específicos, de acuerdo con los principios contenidos en la misma y no en contra de su disposición.

## **1.8. Conclusión de Capítulo**

Lo expuesto en este capítulo parte de la complejidad del Derecho Internacional Público, cuya primordial visión, radica sobre la base de la importancia y naturaleza del mismo; el mantener la armonía social, política, cultural, económica, ambiental entre otros ámbitos de la Comunidad Internacional, representa una función social para este Derecho.

Su etapa evolutiva en la historia de las sociedades, conlleva a su refundimiento a finales de la Segunda Guerra Mundial, reconociéndose este con una amplia magnitud para el respeto de las naciones.

El mayor referente en este capítulo es el abordamiento de las Fuentes Internacionales de este Derecho, destacándose como principales los Tratados Internacionales y la Costumbre; asimismo y en la actualidad se reconocen como ciertas y validas para la mayoría de autores las fuentes descritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aprobado el 16 de noviembre de 1948, basándose en la Teoría *Jusnaturalista*.

Dentro de estas Fuentes las normas imperativas *Ius Cogens*, dan origen al Derecho Internacional Público producto de un consenso entre la Comunidad Internacional para proteger una cosa específica.

El abordaje a las normas imperativas *Ius cogens*, se vuelve parte del objeto principal al tema de esta investigación, en marcada a demostrar la importancia de su vigencia y sus consecuencias al ser violentadas por los Estados en detrimento de la persona humana. A razón de ello el próximo capítulo retoma a las normas *Ius Cogens* en su conceptualización, características, naturalización e importancia, del valor que adquiere la norma consensuada y sus efectos al violentarla.

## **CAPITULO II**

### **LAS NORMAS INTERNACIONALES IUS COGENS, LA DESAPARICION FORZADA Y EL DERECHO DE REPARACION**

#### **2. LAS NORMAS DE IUS COGENS**

##### **2.1. Evolución Histórica del *Ius Cogens*.**

Si hay algo evolutivo en la historia universal del derecho, es el *Ius Cogens*, es una institución en sí misma, es tan antigua por lo menos como el derecho romano, y su terminología contemporánea no aparece sino ya muy tardíamente en la obra de los pandectistas y, su recepción en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significó, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante, por cuanto que fue la plena incorporación, al Derecho Internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional.

##### **2.2. Primeras Referencias de Normas Imperativas en la Antigüedad y Edad Media.**

En la jurisprudencia romana, en una idea similar al *Ius Cogens*, conocidas como “Maximas”, fueron el centro de la primera división del derecho, es decir entre derecho público y derecho privado, según que el correlato del uno o del otro sea la cosa pública o, por el contrario, la utilidad de los particulares; en ello se encuentra el *Ius Publicum privatorum pactis mutari non potest* el cual consistía en la absoluta inderogabilidad de las normas que se definen como *Ius publicum*, figura que mas tarde se añade al Código Napoleónico, se estampa así la única nota en la que todos convienen como característica del *Ius Cogens*, la única consignada en la Convención de Viena, y que es la de inderogabilidad de la norma imperativa por un acuerdo de las partes *inter se*. En suma, pues, el *Ius publicum* es en Roma, real y verdaderamente el *Ius Cogens*. Igualmente y

paralelamente en el derecho romano, la máxima que de manera expresa establece la inderogabilidad del *ius publicum* por pactos privados: *privatorum conventio iuri publico non derogat*. Desde entonces viene el sancionar con la nulidad los pactos contrarios tanto a las leyes fundamentales como a las buenas costumbres. Hay, pues, un derecho imperativo o absolutamente impositivo, o como se dirá después, un *ius cogens*.<sup>10</sup>

Estas máximas han pasado, en la época de la codificación, al derecho positivo de todos los Estados.

Ahora bien, la concepción de *Ius Cogens* es introducida, en la compilación del *Pandictae* o Digesto parte del Corpus Juris Civiles romano, por los pandectistas Glück y Windscheid en el plano del Derecho interno de los Estados; cuya aplicación se hace a inicios de la edad media.

Christian Friedrich Glück, propone, a fines del siglo XVIII, dividir el derecho en *ius permissivum* y *ius cogens* según se permita o no cierta libertad de acción a los particulares en la aplicación de la norma jurídica. Windscheid, por su parte, se aproxima todavía más a la actual distinción entre *ius cogens* y *ius dispositivum* y apelando a las fuentes, parece identificar el *ius cogens* con el *ius publicum*. Fue Windscheid quien trató de definir el *ius cogens* como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas. Windscheid se expresa casi en los términos mismos de la Convención de Viena, al definir como la característica típica del *ius cogens* la de su inderogabilidad, o dicho de otro modo, la exclusión de todo acuerdo particular, bilateral o multilateral, en contrario<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Gómez Robledo, Antonio: El Ius Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico, México, Institutos de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 2003. Cáp. I. Pág. 37.

<sup>11</sup> Idem. Pág. 38.

## **2.3. Codificación de las Normas Imperativas Internacionales *Ius Cogens*.**

### **2.3.1. Proyectos de la Comisión de Derechos Internacionales de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y sobre la Responsabilidad de Estados por Hechos Internacionales Ilícitos.**

Habiendo dado cuenta de los orígenes remotos del concepto de *ius cogens*, atenderemos ahora a sus orígenes próximos, es decir la historia legislativa del indicado concepto hasta su inclusión en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el año 1949, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas inició la codificación del Derecho de los Tratados con un amplio desfile de informes, proyectos y relatos que contemplaban al *Ius Cogens* como tal; y es en 1969 que se adopta la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en esta Convención se consagró el *Ius Cogens* en el Derecho Internacional, incorporándolo expresamente.

El *Ius Cogens* adquirió “carta de Naturalización” en el Derecho Internacional, a través de las labores de la Comisión de Derechos Internacional de las Naciones Unidas en materias vinculadas a la responsabilidad de los Estados por hechos Internacionales ilícitos y por el Derecho de los Tratados.

Para su codificación el *Ius Cogens* paso por ciertas etapas: su presentación en la Comisión de Derecho Internacional, su discusión en este cuerpo y, posteriormente, los comentarios de los gobiernos, el debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas y, por último,

los debates, hasta la aprobación final del artículo del *Ius Cogens*, en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>12</sup>.

### **2.3.2. La Introducción del *Ius Cogens* en la Comisión de Derecho Internacional.**

Tres fueron las nociones presentadas desde 1950 a 1963. A continuación se presenta un extracto de las discusiones efectuadas a los Proyectos propuestos por los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional, texto tomado del Libro *El *Ius Cogens* Internacional*, Estudio Histórico Crítico, del autor Antonio Gómez Robledo, Instituto de investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México 2003, Capítulo I.

La primera inicia con el doctor **Jesús María Yepes** representante colombiano en la Conferencia de San Francisco (1945) y miembro de la Comisión, planteó la cuestión de la validez de los tratados internacionales en función de la licitud de su objeto, estimaba que un corolario inmediato de la buena fe en el derecho de los tratados debía ser el de que los tratados tuvieran un fin u objeto lícito y que, al no tenerlo, el tratado no podría ser válido. Manifestó así que:

*“ La discusión que ha tenido lugar en el seno de la Comisión se ha limitado al aspecto puramente formal de la cuestión. La Comisión ha examinado los problemas siguientes: forma escrita, capacidad, firma, ratificación; tal es, en efecto el marco de los tratados. Ahora bien, y como el valor de los mismos está en función de su contenido, la Comisión ha debido decir que los Estados no tenían el derecho de celebrar tratados con un contenido cualquiera. La Comisión ha olvidado el objeto de los tratados; pero es algo esencial el que los tratados tengan un objeto lícito, y esto hay que decirlo expresamente.*

---

<sup>12</sup> Idem. Pág. 40.

En cuanto a la cuestión de quién podría declarar que el tratado tenía un objeto ilícito, **Yepes** estimó que era el Secretario General de las Naciones Unidas quien debía resolver este punto, pero que, eventualmente, podría pedir el parecer de la Corte Internacional de Justicia; por todo lo cual, en conclusión, el doctor **Yepes** presentó el siguiente proyecto de artículo:

*“Para ser válido un tratado en el sentido de esta convención, debe tener un objeto lícito según el derecho internacional. En caso de controversia sobre la licitud de un tratado, la Corte Internacional de Justicia podrá pronunciarse sobre este punto a petición de todo Estado directa o indirectamente interesado o de las Naciones Unidas. Un tratado cuyo objeto no es lícito no puede registrarse en la Secretaría de las Naciones Unidas. El secretario general de la Organización de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, siempre que tenga dudas sobre la licitud de un tratado presentado para su registro.”*

Existiendo este antecedente, en el año 1953 se presentó el texto que sometió sir **Hersch Lauterpacht**, en su carácter de relator especial del Proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados, en el cual figuraba el siguiente artículo:

*“Es nulo todo tratado o toda disposición de un tratado cuya ejecución implique un acto que el derecho internacional considere como ilegal, siempre que esta situación haya sido declarada así por la Corte Internacional de Justicia” .*

En su comentario al texto anterior, hacía notar **Lauterpacht**, en primer lugar,

*“que la libertad de contratación, tal como hasta entonces se había entendido, mantenía prácticamente intacto su campo de aplicación, ya que los Estados podrán siempre, en sus relaciones recíprocas, modificar por acuerdo mutuo no sólo el derecho convencional, sino igualmente, hablando en general, el derecho internacional consuetudinario.”*

Ejemplos de esto, puestos por **Lauterpacht**, es que:

*“los Estados pueden fijar a sus aguas territoriales la anchura que más les agrade, mayor o menor que la determinada por el derecho internacional general, convencional o consuetudinario; o convenir entre ellos que sus representantes diplomáticos no gozarán en adelante de las inmunidades de jurisdicción tradicionalmente reconocidas por el derecho de gentes; o que sus nacionales residentes en el territorio de la otra parte contratante no serán indemnizados en caso de expropiación forzosa, o que*

*estarán obligados, al igual que los ciudadanos del Estado de residencia, al servicio militar.”*

Sin embargo, según sigue diciendo **Lauterpacht**:

*“La libertad de contratación nunca fue omnímoda, ya que se reconoció siempre la ilicitud de aquellos tratados destinados a causar un daño a un Estado tercero. Nunca vaciló, por consiguiente, la solidez de la máxima pacta tertiis neque nocent neque prosunt.”*

Ahora bien, arguye **Lauterpacht**:

*“si los tratados que causan un daño a terceros Estados están afectados de nulidad en la cláusula o cláusulas respectivas, es simplemente porque tienen por objeto un acto ilícito ante el Derecho Internacional consuetudinario, por lo que nada impediría pensar en otros actos igualmente ilícitos, aunque no afecten directamente a los intereses de Estados terceros. Tales podrían ser, por ejemplo, los tratados que tuvieran por objeto el tráfico de esclavos o la trata de blancas,”...*

Por lo que en sentir de **Lauterpacht**, podría establecerse la conclusión siguiente:

*“Podría pensarse, por consiguiente, que el criterio que permitiría determinar si el objeto de un tratado es ilícito y si, por esta razón, el tratado es nulo, no es la incompatibilidad con el derecho internacional consuetudinario puro y simple, sino la incompatibilidad con los principios superiores del derecho internacional que pueden considerarse como los principios del orden público internacional. Estos principios no deben forzosamente haber cristalizado en una regla de derecho claramente aceptada, como por ejemplo la prohibición de la piratería o de la guerra de agresión. Pueden expresar reglas de moral internacional tan indiscutibles como para permitir a un tribunal internacional pensar que forman parte de estos principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas, y que la Corte Internacional de Justicia está obligada a aplicar en virtud del párrafo c) del artículo 38 de su estatuto...”*

El *ius cogens* conjunto de normas imperativas que enfrentan y condicionan la libertad de contratación las cuales son designadas ya como principios superiores de derecho internacional, o bien como principios de orden público internacional términos, al parecer, perfectamente sinónimos.

*“Por consiguiente, que un tratado internacional llegue a transgredir tales normas o principios, tendrá que ser declarado nulo, pero ha de ser solamente la Corte Internacional de Justicia la que declare esta nulidad.”*

Figura aquí una medida de cautela que tuvo a bien consignar **Lauterpacht**, y que ha pasado en lo sustancial a la actual Convención sobre el Derecho de los Tratados, pues de otro modo habría quedado librado al subjetivismo algo tan importante como la santidad de los tratados, o sea que cualquiera podría alegar que el tratado que había suscrito era violatorio de tal o cual principio superior de derecho internacional, para poder así eximirse de su cumplimiento.

En 1963 comienza los debates en la Comisión de Derecho Internacional a partir del 6 de mayo, cuando la Comisión examinó el proyecto del nuevo relator especial, sir **Humphrey Waldock**, sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 13 decía lo siguiente:

*1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens. 2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña: a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; b) Cualquier acto u omisión calificador por el derecho internacional del delito internacional o c) Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional. 3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esta estipulación será nula. 4. Las disposiciones de este artículo no serán aplicables, sin embargo, a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de ius cogens.*

Estos debates llamaron mucho la atención por una parte la unanimidad con que los miembros de la Comisión aceptaron la idea del *ius cogens*, pero a su vez, y con no menor decisión por parte de la mayoría, el repudio del término mismo de *ius cogens*. Una explicación

para la actitud de repudio podrá tal vez encontrarse en la tibieza con que el mismo relator especial defendió el empleo del término clave:

*“A falta de término mejor, ha utilizado la expresión *ius cogens*, que no es un concepto completamente nuevo en derecho internacional y al que determinados autores, entre los que cuenta MacNair, han aludido en sus obras, aunque no le hayan dado un desarrollo completo. El concepto probablemente existe en la mayoría de los sistemas jurídicos, si bien no tiene un equivalente exacto en los países de common law.”*

Por esto o por lo que haya sido, el hecho fue que el miembro estadounidense de la comisión, profesor **Briggs**, entró luego en liza con una notable intervención, y no tanto por su oposición al empleo del término *ius cogens*, como por haber propuesto proféticamente, lo que después pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena, sobre todo la noción de normas imperativas, en los términos siguientes:

*“Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente”.*

Propuso también **Briggs** —y fue aceptado así desde entonces— la supresión total del párrafo 2 del artículo 13, estimando, y con razón, que era mejor no ejemplificar el *ius cogens* en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *iuris cogentis*. Waldock, por lo demás, no había tenido la intención, ni con mucho, de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *ius cogens* absolutamente indiscutibles, y así se le considera hasta el momento actual. Otros miembros de la Comisión, como **Yasseen, Pal, Bartos** y **Tunkin**, prefirieron la noción de orden público internacional a la de *ius cogens*. **Yasseen**, en particular, en una intervención de singular valor filosófico, observó lo siguiente:

*“En derecho internacional el *ius cogens* plantea, no sólo la cuestión de la autonomía de la voluntad de los Estados, sino también la de la jerarquía de las normas de derecho internacional. La cuestión que hay que determinar en cada caso es la de si un acuerdo internacional puede o no estar en conflicto con una norma jurídica preexistente.”*

Ahora bien, y si todo esto, según seguía diciendo **Yasseen**, había sido recibido desde hacía mucho tiempo en el orden interno, mediante una subordinación política y legislativa desde la constitución hasta las decisiones en los casos más concretos y singulares, todo esto, evidentemente, no podía trasladarse tal cual a un orden jurídico no de subordinación sino de coordinación, como es el derecho internacional. Dentro de un orden semejante, un orden horizontal, donde los contratantes son los mismos legisladores, ¿cómo encontrar la jerarquía normativa que fluye naturalmente de la verticalidad del orden jurídico interno?, ¿cuál podrá ser el criterio que permita establecer esta jerarquía, y en su más alto vértice? A esta cuestión, pues, responde **Yasseen** del modo siguiente:

*“Sin embargo, en Derecho Internacional las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas. La cuestión del criterio que ha de adoptarse para determinar el orden de precedencia de las normas es, por lo tanto, muy compleja. El número de Estados que acepten la norma no puede ser tal criterio, porque ese número no siempre está en proporción con el valor y la importancia de la norma. Tampoco puede tomarse como criterio la fuente formal de que emana la norma, y es particularmente difícil decir si la costumbre ha de prevalecer siempre sobre la norma de un tratado o viceversa. Así pues, el único criterio posible es el contenido de la norma; para tener el carácter de *ius cogens* una norma de derecho internacional, no sólo ha de ser aceptada por gran número de Estados, sino que también ha de ser considerada necesaria para la vida internacional y estar profundamente enraizada en la conciencia internacional.”*

Con estas últimas precisiones, está bien claro que el concepto de *ius cogens* es un concepto evolutivo, de lo cual se hace cargo **Yasseen** al comentar el párrafo final del artículo 13 en la forma siguiente:

*“El párrafo 4o. es necesario porque subraya que el *ius cogens* no es inmutable y que ha de dejarse al concepto de orden público la posibilidad de evolucionar. Mientras no exista un órgano supranacional, la conciencia internacional está reflejada en los tratados multilaterales generales; las conferencias que redactan esos tratados expresan las necesidades de la vida internacional, se hacen eco de sus tendencias y por ello tienen la facultad de determinar la fuerza de las normas preexistentes.”*

**Pal**, de la India, se adhería por su parte a la noción de orden público internacional al decir que:

*“Ahora no puede haber duda alguna acerca de la existencia del orden público internacional y de algunos principios de derecho internacional con carácter de ius cogens. Toda la perspectiva política de las Naciones Unidas puede caracterizarse como una jurisprudencia orientada hacia los valores, dirigida a hacer surgir en la comunidad internacional un orden público bajo el imperio del derecho. Con la Carta se trató de establecer un sistema mediante el cual la comunidad pueda reprimir el abuso internacional de la fuerza bruta y promover en una sociedad que ansía la libertad y la justicia un orden público mundial que incluya los valores de la dignidad humana...”*

A pesar de las dudas expresadas por algunos, terminó diciendo Pal:

*el orden público internacional existe, aunque en forma imperfecta, y está por tanto plenamente justificada la inclusión en el proyecto de las disposiciones del artículo 13”.*

Manfred Lachs, en su intervención, hizo hincapié en el hecho de que en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de principios generales de derecho internacional que han venido a engrosar, de este modo, el ius cogens, por lo que, en su concepto, sería conveniente hacer figurar otros ejemplos en la breve enumeración propuesta por el relator especial en el párrafo 2, que le parecía ser muy fragmentario. Habría que listar además, e igualmente a título de ejemplo,

*“los tratados que son visiblemente desiguales y los tratados que establecen esferas de influencia.”*

Gilberto Amado, del Brasil, siempre tan pintoresco, hizo la siguiente confesión, que mucho le honra, al abogar por la transposición del orden público interno al orden público internacional:

*“El comentario del Relator Especial al artículo 13 indica que se ha escrito muy poco sobre el ius cogens en Derecho Internacional. Sin embargo, en el Derecho Internacional el concepto de orden público ha desempeñado un papel muy importante; por ejemplo, antaño, cuando un terrateniente brasileño llegaba a Inglaterra con sus esclavos, éstos quedaban inmediatamente en libertad al pisar suelo inglés, puesto que allí la institución de la esclavitud era contraria al orden público. El ideal sería que el concepto de orden público tuviese la misma fuerza en Derecho Internacional. Lo único que uno se pregunta, dicho sea con todo respeto, es si alguna vez llegó a Inglaterra*

*un fazendeiro brasileiro con su séquito de esclavos, y con la pretensión, además, de reconocer, en la Gran Bretaña, la institución servil.”*

De mayor interés fue la intervención de **Tunkin**, el miembro soviético de la Comisión. Sobre la firme base del positivismo jurídico, más aún, del voluntarismo, ya que para **Tunkin** la costumbre es un pacto tácito, hizo, no obstante, esta manifestación explícita en favor del *ius cogens*.

*“Algunas de las normas establecidas por acuerdo, en tal amplio sentido, entre Estados, son por éstos reconocidas como normas que poseen el carácter de ius cogens. Es decir, no son reglas impuestas desde arriba en virtud de alguna ley natural. Por esto, el Relator Especial ha hecho bien en incluir la disposición que figura en el párrafo 4o. del artículo 13, porque un tratado multilateral en el que sean parte todos o casi todos los Estados de la comunidad internacional puede derogar o modificar una norma de ius cogens.”*

La alegación de algunas autoridades en la materia, incluso sir **Hersch Lauterpacht**, de que las normas generales sólo pueden derivar del derecho consuetudinario, quizá haya sido verdadera cincuenta años antes; pero ya no lo es ahora con el gran incremento de los tratados multilaterales generales, virtualmente de carácter universal. Sin compartir la teoría de **Tunkin** sobre la costumbre, **Roberto Ago** declaró, sin embargo, que estaba de acuerdo con él en cuanto a reconocer que las normas actuales de *ius cogens* pueden tener un origen no sólo de derecho consuetudinario sino igualmente convencional, por haber sido consagradas en un tratado multilateral y que, al adquirir el carácter de normas imperativas, obligarían por ello aun a los Estados que no fueron partes en el tratado.

**Antonio de Luna**, el jurista español, fue prácticamente el único miembro de la Comisión que consideró conveniente conservar, en el texto del artículo, el término *ius cogens*. Inscribiéndose abiertamente dentro de una posición iusnaturalista, declaró:

*“que la existencia del ius cogens, como igualmente la de un orden público internacional, es difícilmente explicable dentro de una concepción positivista radical del derecho, ya que hay numerosos principios superiores de derecho internacional que no han sido consagrados jamás por una ley formal, sino que pertenecen a la visión del mundo que es común a todos los miembros de la sociedad en cuestión.”*

A juicio del profesor **De Luna**, esto podría explicar por qué en cierta época, en el siglo XIX concretamente, la doctrina positivista fue aceptada con toda tranquilidad, porque en realidad

había una visión del mundo —es decir, un sistema uniforme de valoraciones— que era la misma para todos los grupos que se sucedían en el poder.

*“La sociedad internacional de aquella época —terminaba diciendo De Luna— pudo por ello aceptar la idea de la voluntad ilimitada del Estado, porque era relativamente estable. Pero cuando surgió un fenómeno tal como el nazismo, la validez de esta teoría resultó discutible”.*

De Luna, en conclusión, sostenía que el *ius cogens* no forma parte, en su totalidad, del derecho positivo, si por esta expresión hubiera de entenderse el conjunto de normas puestas por un acto formal de la voluntad del Estado. Por el contrario, el jurista español concedía sin dificultad que si hubiera de entenderse por derecho positivo el conjunto de normas vigentes de hecho en la conciencia y en la práctica de determinada comunidad, en este sentido bien podría admitirse que el *ius cogens* forma parte del derecho positivo.

En otra de sus intervenciones, Tunkin hizo ver cómo había acuerdo general entre los miembros de la Comisión sobre la naturaleza jurídica del *ius cogens*, por más que pudiera haber desacuerdo sobre su naturaleza filosófica y sobre sus fuentes, y siguió diciendo:

*“Lo que importa es que todos los miembros convengan en la cuestión práctica de que ningún Estado puede eludir contractualmente una norma que tenga el carácter de *ius cogens* y en que tales normas existen. Pueden existir diferencias de opinión acerca de la explicación filosófica del derecho internacional considerado en su conjunto, o de los distintos problemas del derecho internacional. Lo esencial en este debate es que la Comisión está dedicada a formular, no un tratado teórico, sino un proyecto de convención. Por supuesto, los miembros pueden no estar de acuerdo en las cuestiones teóricas o filosóficas, y todavía puede esperarse menos que los Estados coincidan en tales cuestiones.”*

Milán Bartos, el miembro yugoslavo de la Comisión, dio por su parte esta definición del *ius cogens*:

*“Es el mínimo de normas de conducta necesario para que las relaciones internacionales sean posibles”.*

Fue también Bartos quien tomó partido en la cuestión del *ius cogens* superveniente, que no figura, por cierto, en el proyecto de Waldock, pero sí en el anterior de Fitzmaurice.

Colocándose en la perspectiva más amplia del problema de los derechos adquiridos dentro de un orden jurídico evolutivo, **Bartos** dijo lo siguiente:

*“El problema queda fuera del campo del presente debate, pero es pertinente señalar que los derechos adquiridos de conformidad con tratados preexistentes son válidos mientras subsiste el orden dentro del que fueron confluídos esos tratados; si el orden cambia, hay que modificar o poner fin a los llamados derechos adquiridos. En tal caso y siempre que el cambio sea debido a evolución y no a revolución, todos los juristas convienen en que debe mantenerse el orden existente hasta que se produzcan cambios radicales y haya de haber un periodo de ajuste, con medidas transitorias destinadas a facilitar el paso de un régimen al otro.”*

De aquí deducía **Bartos** que:

*“las nuevas normas de orden público son aplicables desde el momento de su aceptación y producen efectos inmediatos sobre los tratados concluidos con anterioridad”.*

Al recoger con aprobación estas apreciaciones, el relator especial se apresuró a declarar que, según lo entendía, lo dicho por **Bartos** entraba dentro de la noción más amplia de derecho ínter temporal. No dijo más **Waldock** en aquella ocasión, pero era manifiesto que quería aludir a la fecunda doctrina según la cual un derecho particular, un derecho subjetivo, está siempre en función del ordenamiento jurídico total, o de la estimativa jurídica de cada época, y subsiste o perece según la evolución de estos grandes conjuntos dentro de los cuales se encuentra aquél inserto. El derecho ínter temporal, como se vio en el caso del Sahara occidental, ha tenido un papel muy importante en la formación del nuevo derecho de la descolonización, en la caducidad, por ejemplo, de los títulos que otro pudo tener la potencia colonial. Según **Waldock**, en conclusión, no podría hablarse de retroactividad si se aceptara el *ius cogens* superveniente, sino que su introducción en el derecho de los tratados regiría sólo para el futuro del modo siguiente:

*“En otras palabras, todos los tratados estarán comprendidos en tal disposición y la aparición de una nueva norma de *ius cogens* atañerá a todos los tratados preexistentes que no sean compatibles con ella por no ser ya posible cumplirlos; pero no se invalidará la ejecución de esos tratados en el pasado... Los convenios del pasado siglo sobre la regulación del comercio de esclavos son un ejemplo evidente de tratados válidos en el momento de su celebración pero que con posterioridad resultan*

*nulos por la creación de una nueva norma de derecho internacional que prohíba completamente el comercio de esclavos.”*

Después de estos primeros debates, la comisión consideró que el asunto podía pasar al Comité de Redacción, el cual, por conducto del relator especial, presentó, en la sesión del 21 de junio de 1963, el nuevo texto siguiente:

*“Un tratado sería nulo cuando sea contrario a una norma perentoria de derecho internacional general de la cual ningún Estado puede eximirse y que sólo puede ser modificada por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.*

Con algunos retoques que vinieron después —como el del reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de las normas *ius cogens*— éste fue el texto que pasó, en definitiva, a la Convención de Viena. Aunque no sin resistencia por parte de algunos miembros de la Comisión, para los cuales hubiera estado mejor el mostrar, con algunos ejemplos concretos, la realidad viviente del *ius cogens*, quedó admitido al fin que lo más prudente tal vez era no ejemplificar el *ius cogens*, sino caracterizarlo en general de la mejor manera posible. Quedó entendido, además, según aclaró **Yasseen**, que al describirse la norma imperativa como aquella “*de la cual ningún Estado puede eximirse*”, lo que en realidad quiso decirse fue lo siguiente: “*de la cual no pueden los Estados apartarse contractualmente*”. Esto debía entenderse, por supuesto, de tratados bilaterales o multilaterales, pero no de tratados generales, en los que sí podría válidamente derogarse una norma de *ius cogens*. Enviado de nuevo al Comité de Redacción, en la sesión del 9 de julio se examinó el nuevo texto revisado, del tenor siguiente:

*Artículo 13: Tratados contrarios a una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens). Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter.*

El Comité de Redacción hizo notar, en especial, que había creído mejor rechazar el principio de la divisibilidad, propuesto por el relator especial en el párrafo 3o. del artículo 13, por los siguientes motivos:

*“El Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que no debe admitirse la divisibilidad en los casos a que se refiere el artículo 13. Es posible que sólo determinadas cláusulas del tratado sean incompatibles con una norma de ius cogens, pero el Comité de Redacción ha estimado que, en vista de la naturaleza del ius cogens, no procede admitir la divisibilidad. Si las partes conciertan un tratado que es incompatible con una norma existente de ius cogens, deberán atenerse a las consecuencias: el tratado será invalidado y a las partes no les quedará otro recurso que volver a negociar el tratado y formularlo conforme al derecho internacional.”*

Al terminar la sesión, el relator especial presentó una enmienda al texto del Comité de Redacción, al efecto de que a la expresión “por una nueva norma de derecho internacional general” se añadiera esta especificación: “sea mediante acuerdo o de otro modo”. Con esto habría quedado perfectamente claro que la derogación eventual de una norma *iuris cogentis* podría tener lugar tanto por vía convencional como por vía extra convencional. La enmienda, sin embargo, aunque apoyada por **Tunkin**, fue derrotada por empate: 5 sí, 5 no y 5 abstenciones. Rechazada la enmienda, el artículo 13 fue finalmente aprobado por unanimidad. Al enviar el texto anterior, que pasó a ser el artículo 37, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de cada uno de los gobiernos miembros, la Comisión creyó conveniente dar a conocer su criterio, el de la mayoría por lo menos, en ciertos puntos que estimó ser de especial interés.

La Comisión, en primer lugar, expresó su convicción de que actualmente hay ciertas normas y principios que los Estados no podrían derogar entre sí por medio de acuerdos convencionales, y entre esos principios señaló con especial énfasis la prohibición del empleo de la fuerza, en los términos de la Carta. Como este principio puede haber otros del mismo carácter, pero la comisión se cuidó bien de señalar que sería ir demasiado lejos si se pretendiera que son de la misma condición todas las normas de derecho internacional general. La Comisión, además, al referirse a la ausencia de ejemplos en el texto del artículo, manifestó que en su opinión **“la mejor solución consistía en estipular en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una regla de ius cogens, y esperar a que la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales esclarezcan el alcance de esta regla”**. La Comisión, por último, se pronunció con toda decisión contra el principio de la divisibilidad de las disposiciones de un tratado violatorio, en alguna de sus cláusulas, de una norma de *ius cogens*. Por más que este criterio hubiera sido prohijado en el

proyecto del relator especial, en la Comisión prevaleció el principio contrario, el de la indivisibilidad del tratado, en razón de la importancia fundamental que se atribuyó al *ius cogens*. Las partes, por supuesto, quedarían en libertad de celebrar un nuevo tratado, exento de todo vicio.

### **2.3.3. Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados**

En los escritos de los autores jusnaturalistas se formula el postulado sobre la existencia de ciertas normas de orden superior que los Estados no pueden desconocer por acuerdo entre ellos. Esta teoría adquirió notoriedad como consecuencia de la Convención de Viena, esta surge teniendo presente los principios del Derecho Internacional incorporado en la Carta de las Naciones Unidas, que consiste en mantener la paz y la seguridad internacional, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional.

Teniendo como alcance los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre los Estados y regido por el derecho Internacional, ya conste, en uno, en dos o mas instrumentos por conexo.

El artículo 53 del Convenio de Viena de 1969 sobre los tratados establece que *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”*. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

El artículo 64 de la misma Convención dispone que si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo Tratado que esté en oposición con esa norma, se convertirá en nulo y terminará.

Considerando sus elementos exponemos: a) Se trata de una regla imperativa de Derecho Internacional de carácter general, la doctrina afirma que debe ser "*universal*", consideramos que este concepto imperativo debe ser aceptado regionalmente, como "*la costumbre internacional*" que es aceptada universal y regionalmente. b) Debe ser aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional como tal: no solo se refiere al "*derecho escrito*" sino también se refiere "*al derecho no escrito*", es decir la Costumbre Internacional. c) No admite acuerdo en contrario, toda manifestación de voluntades de los Estados en contrario, hace insubsistente dicho acuerdo. d) Solo puede ser modificada por una norma ulterior de la misma naturaleza, su modificación solo compete a regla posterior de Derecho Internacional general. e) De adoptarse una norma posterior general, dejará insubsistente aquellos acuerdos suscritos en contrario (art. 64).

Al estar en presencia de una regla general de las Naciones Unidas imperativa y de carácter supranacional, el Derecho Internacional considera ilícito los tratados que atentan contra la libertad, dignidad o intereses vitales de los Estados.

Para la protección a nivel Universal de las normas de *Ius Cogens* en materia de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, deben haber mejores mecanismos de protección para lograr materializarlos mas profundamente, en especial, los derechos civiles, políticos y sociales, los que deben tener una mayor protección, vigilancia y control por parte de la Comunidad Internacional en procura de fortalecer el esfuerzo de los Estados.

El *Ius Cogens* como norma de Derecho Internacional General reconocida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y solo a los efectos de la Convención – *tal como lo expresa el artículo 53* –, no significa que la conceptualización no tenga carácter externo al campo de los tratados ya que implica el reconocimiento de la existencia de una categoría de normas distintas a las meramente obligatorias.

Se ha señalado en la doctrina la diferencia entre normas de Derecho Internacional General y normas particulares. Así, se ha destacado el carácter relativo de las normas particulares, en la medida en que sólo son oponibles a los Estados que han contribuido a su formación, a diferencia de las normas universales y generales, las que son oponibles a todos los Estados. En otro orden de cosas, también se ha resaltado la necesidad de probar la existencia de una norma particular, por parte de quien la invoca, a diferencia de quien invoca la existencia de una norma universal, quien no necesita hacerlo.

Las normas de *Ius Cogens* constituyen “deberes” y no obligaciones; su violación, *erga omnes*, no genera para los Estados de la Comunidad Internacional derechos subjetivos tales como para exigir el comportamiento en que el deber consiste, sino, como mucho, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del “deber”, por ejemplo, a través de órganos representativos de la Comunidad de Estados. Tal posición se debe a la falta de distinción en la relación (género-especie) “*violación de norma erga omnes*” y “*violación de normas de Ius Cogens*” y las consecuencias sustanciales que tal distinción implica.

En lo que hace a la generación formal de la norma de *Ius Cogens*, aparentemente, para que la norma exista, basta constatar la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Es de

recordar que la Comisión de Derecho Internacional ha entendido que la expresión Comunidad Internacional de Estados en su conjunto o Comunidad Internacional en su conjunto, no significa la unanimidad sino que se refiere a los “*componentes esenciales*” de la misma (todos los sectores de la Comunidad Internacional). No obstante, la imperatividad de la norma es para todos los miembros de la Comunidad Internacional.

Las normas de *Ius Cogens* son inderogables tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Sus violaciones son las más graves del Derecho Internacional, configurando crímenes internacionales.

Entre *Ius Cogens* y *obligatio erga omnes* hay una relación diferente. El apelativo *Ius Cogens* designa el estatuto jurídico de algunos crímenes internacionales, mientras que *obligatio erga omnes* designa las implicaciones jurídicas que emanan del estatuto de *Ius Cogens* de un determinado crimen. Tal distinción, sólo parcialmente refleja la relación, ya que, si bien la violación de una norma de *Ius Cogens*, constituye un crimen internacional y sus implicaciones son *erga omnes*, no constituye esa relación la esencia de su diferencia. Los crímenes internacionales son “*violaciones*” a obligaciones superiores de la Comunidad Internacional con estatuto de *Ius Cogens* (imperativas, coactivas, inderogables), cuya violación va a importar un crimen internacional. Por su condición de violaciones de normas de *Ius Cogens* se consideran producidas *erga omnes* (contra la comunidad internacional en su conjunto). No obstante, ello no debe llevarnos a la confusión de creer que las violaciones *erga omnes* (contra la comunidad en su conjunto), necesariamente son conformadas por violaciones a normas de *Ius Cogens*. A la par de las normas de *Ius Cogens*, existen otras normas *erga omnes* (para con la comunidad en su conjunto), cuyas violaciones son también *erga omnes* (frente, contra la comunidad en su conjunto) pero no por ello son imperativas. El hecho

de que las normas *erga omnes* sean obligatorias por su carácter de normas de Derecho Internacional General no significa que sean imperativas o inderogables como lo son las normas de *Ius Cogens*. Probablemente, la confusión encuentre su fundamento en el agregado al Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que señala que una norma de *Ius Cogens* **“sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General de tal carácter”**.<sup>13</sup> La expresión “*modificada*” no debe ser entendida como “*cambiada*”, mudando una cosa por otra, sino con la precisión del real alcance del término, es decir modificado o transformado, cambiando sólo algunos de sus accidentes.

Debe reconocerse que las normas imperativas de Derecho Internacional General, vistas desde cualquier corriente doctrinaria, se hallan en la cúspide del sistema normativo, teniendo la capacidad de invalidar cualquier norma que se le oponga, sea ella consuetudinaria o convencional. Violaciones graves como el genocidio y la agresión, entre otras, constituyen normas de *Ius Cogens* aceptadas universalmente. No es dable pensar que puedan ser derogadas en ningún momento histórico de la Comunidad Internacional de Estados. Ello, no sólo por razones éticas, sino básica e indiscutiblemente por razones lógicas, ya que una consideración en contrario llevaría inevitablemente, en su última instancia, a aceptar como lícita la destrucción del género humano y de las bases mismas del Derecho Internacional.

---

<sup>13</sup> Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Ius Cogens*. <http://www.acader.unc.edu.ar>, consultada 7 de octubre de 2005.

## **2.4. Razonamiento Doctrinal del *Ius Cogens*.**

Difícilmente podría incurrirse en exageración al ponderar la trascendencia que en el campo de las relaciones internacionales ha tenido la introducción del *ius cogens* en el Derecho de los Tratados.

En concepto de varios autores, este gran paso ha significado nada menos que la transformación del Derecho Internacional, su refundición luego de la Segunda Guerra Mundial, residiendo en la Convención de Viena una voluntad clara y con fuerza que trasciende en el dominio de las relaciones internacionales, a la voluntad particular de cada Estado.

La misma Comisión de Derecho Internacional, según lo hemos visto, prefirió quedarse en un formalismo puro en el artículo de la Convención que finalmente produjo, limitándose a añadir que su contenido material lo irían dando progresivamente la doctrina y la jurisprudencia.

Del progreso de las normas imperativas del *Ius Cogens*, se han manifestado fuertes vertientes doctrinales, por un lado las que niegan al *Ius Cogens* como tal, y las que defienden la postura de legalidad de estas normas imperativas.

### **2.4.1. Los Negadores del *Ius Cogens*.**

Cuando se trata de separar la afirmación de la negación en la realidad concreta, hay siempre una amplia zona —*en un principio la más amplia sin duda*— ocupada por los indecisos o, si preferimos llamarlos de otro modo, por los escépticos, cuya actitud no implica una negativa de principio, y en todo caso merece ser tomada en consideración. Por esto nos detendremos brevemente

en dos o tres de entre ellos, antes de enfrentarse con las posiciones más radicales.

**Charles Rousseau**, el de la primera época sobre todo, porque también en él, al igual que en **Lauterpacht** y en **Guggenheim**, ha habido una cierta evolución. En 1944, pues, el maestro francés pensaba que en Derecho Internacional, “a diferencia de lo que pasa en Derecho Interno, la noción de un orden público que limite la autonomía de la voluntad estatal es prácticamente inexistente, en razón de la estructura esencialmente individualista y voluntarista de la comunidad internacional”. **Rousseau** no desconoce, por lo demás, que ciertos tratados pueden tener un objeto ilícito, en cuanto contrarios a los valores o sentimientos éticos predominantes en cada sociedad y en cada circunstancia histórica; pero tiene el temor —que compartieron igualmente **Guggenheim** y **Lauterpacht**— de que por esta vía puede colarse el derecho natural.

**Rousseau** no ha variado sustancialmente de posición. Ahora como entonces, continúa pensando que ofrece grandes dificultades la trasposición, al Derecho Internacional, de un orden público análogo al que existe en Derecho Interno, y cuyo efecto sería el mismo, es decir la limitación de la libertad contractual. “Hay sin embargo —dice— entre los dos órdenes jurídicos serias diferencias de estructura, y que por su naturaleza excluyen todo razonamiento por analogía”<sup>14</sup>

En la ausencia de todo poder central, de toda subordinación, ¿cómo concebir la existencia de normas supraconvencionales **Rousseau**, por último, somete a una crítica muy severa el texto del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Transcribimos el pasaje

---

<sup>14</sup> Gómez Robledo, Antonio: Ob. Cit. Cáp III

correspondiente, después de haber reproducido, para su mejor intelección, el texto del citado artículo: Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Esta fórmula —dice Rousseau— es poco satisfactoria en cuanto que responde a la cuestión por la cuestión. Decir que una norma internacional es imperativa porque no es susceptible de derogación, no es una respuesta muy seria al problema planteado. Habría que saber, en efecto, por qué no es posible una derogación de tal norma, y es de temerse que la única respuesta válida sea precisamente la del carácter imperativo atribuido a la norma en cuestión. El debate es, desde este momento, insoluble, a menos de invocar consideraciones de derecho natural —o lo que sería peor— consideraciones de orden político o ideológico impuestas por voto mayoritario y abusivamente erigidas en normas seudojurídicas. La consecuencia inevitable de semejante confusionismo sería la de ofrecer a los Estados un nuevo medio de sustraerse unilateralmente a sus obligaciones convencionales invocando la nulidad de un tratado por no conformarse a un *ius cogens* aún in formulado.

Otro autor que podría estar en la linde de la negación del *ius cogens*, sería **Hans Kelsen**, por lo menos en opinión de **Tunkin**. Para el jurista soviético, “*la característica esencial de la teoría pura del derecho, es la de arrancar el derecho internacional a la realidad viviente, para ahogarlo en*

*seguida en la práctica*".<sup>15</sup> Todo aquello que emane, en efecto, de una fuente formal creadora de derecho, es, para **Kelsen**, derecho.

Si, con todo ello, lo hemos colocado en la primera parte de este recuento, en el capítulo de la afirmación, ha sido porque **Kelsen** reconoce por lo menos un principio, el de la libertad de los mares, como de *ius cogens* en Derecho Internacional. Por su propio peso, sin embargo, su doctrina general propende más bien a la negación, y esto hace ver, una vez más, lo azarosas que son, en una materia como ésta, las clasificaciones sumarias y a rajatabla.

**Dionisio Anzilotti**, el mayor representante, en su tiempo, del positivismo jurídico. Para él, y sobre la base de que los Estados son al mismo tiempo los creadores de las normas de derecho internacional y los obligados por ellas, no hay nada que pueda impedir a los mismos Estados abrogar las normas que han establecido a sustituirlas por otras. Desde este punto de vista, sigue diciendo **Anzilotti**, podría decirse que todas las normas internacionales son dispositivas, sólo que hay ciertos tratados de enlace general que prohíben todo acuerdo particular en contrario, por lo que la cuestión del *ius cogens* podría plantearse en los siguientes términos: Cuando se trata de normas generales o aun de normas válidas para un grupo más o menos numeroso de Estados, lo importante es determinar si estas normas excluyen de manera absoluta o si admiten en límites más o menos grandes, acuerdos particulares derogatorios. A esto se reduce, pura y simplemente, el problema de las normas imperativas en Derecho Internacional.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup>Gómez Robledo, Antonio: Ob Cit. Cáp. III.

<sup>16</sup> Idem. Cáp. III

La diferenciación entre *ius cogens* y *ius dispositivum* en Derecho Internacional. Por su naturaleza misma, toda norma puede revestir indiferentemente uno u otro carácter, y todo dependerá de que, por su tenor o sentido, excluya o no acuerdos particulares en contrario. **Anziolotti**, por lo demás, acepta la transposición al derecho internacional de las dos categorías de *ius dispositivum* que encontramos en la doctrina, a saber: normas destinadas a completar una manifestación incompleta de voluntad (normas supletivas), y normas destinadas a regular la relajación, pero sin excluir por ello una regulación diferente por los sujetos interesados (normas permisivas).

**Anzilotti** en contra de la legalidad del *ius cogens*, de su autonomía específica. Si todas las normas de derecho de gentes, todas en absoluto y sea cualquiera la fuente de que puedan ser oriundas (tratado, costumbre, principios generales de derecho) son producto de la voluntad de los Estados, y más concretamente de la voluntad de cada uno con respecto a cada norma en particular, realmente no se ve por qué cada Estado no pueda desligarse de una norma cualquiera en el momento que más le agrade. Para ello no tendrá sino que denunciar el tratado, o declarar que no se considera más obligado por tal costumbre o por tal principio.

Otro autor de la misma época, del primer cuarto del presente siglo, e igualmente en gran boga en su tiempo, **von Liszt**, se adscribe también entre los negadores del *ius cogens* al decir lo siguiente: “El derecho internacional es derecho dispositivo. No obliga en absoluto a los Estados, antes bien en ciertos casos permite una modificación por concierto o acuerdo de los Estados interesados. Ello es debido al derecho fundamental de la independencia de los miembros pertenecientes a la comunidad”.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Idem .Cáp. III

**Angelo Piero Sereni**, a su vez, se inscribe entre los positivistas más radicales de la escuela italiana. De acuerdo con él, no habría ninguna norma convencional o consuetudinaria a la que no pudiera derogarse, con inclusión de los “principios constitucionales” del orden jurídico internacional, como lo son las máximas *pacta sunt servanda* y *consuetudo est servanda*. No hay ninguna imposibilidad jurídica o conceptual que se oponga a su derogación, y lo único que pasa, según **Sereni**, es que cuando se habla del *ius cogens* se confunde la legalidad de una norma con su eficacia.

De este modo, prosigue diciendo el autor, nada impide que un Estado pueda renunciar contractualmente a tener una flota o una aviación civil o militar, no obstante que, según Verdross, serían principios *iuris cogentis* la libertad de los mares o la soberanía del Estado sobre su espacio atmosférico. Lo que no podría hacerse en cambio, es excluir a terceros Estados de alta mar, ya que un acuerdo semejante carecería por completo de eficacia. El ejemplo es bueno, pero no por la razón que da **Sereni**, de su ineficacia (¿qué impide de hecho a un grupo de potencias excluir a un Estado débil de alta mar?) sino porque con tal acuerdo se violaría el principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, que precisamente por su inderogabilidad radical suele enumerarse entre los principios y normas pertenecientes al *ius cogens*.

En la línea de los negadores del *ius cogens*, y aun en su punto extremo, estaría, a juicio nuestro, el publicista belga **Joseph Nissot**, cuya posición es verdaderamente singular y, hasta donde sabemos, única. **Nissot**, en efecto, llega hasta rechazar en general y en cualquier campo, la distinción, hoy universalmente admitida, entre *ius cogens* y *ius dispositivum*, por cuanto que, a su juicio, todo el derecho es, por definición, *ius cogens* dado que la norma jurídica, a diferencia de la norma moral, es de cumplimiento forzoso, por lo que, en conclusión, el término *ius cogens* no sería sino un truísmo, una tautología.

Pero eso no pasa de ser una ocurrencia de mal gusto y un falseamiento de los datos más evidentes de la legislación.

Basta con abrir cualquier código para comprobar cómo al lado de disposiciones absolutamente impositivas, como, digamos, la obligación del padre de familia de alimentar a sus hijos, hay innumerables artículos, señaladamente en materia de contratos, en los cuales el legislador se limita a enunciar cierta línea de conducta que habrán de seguir las partes, pero como supletoria de su voluntad, ya que en tales artículos aparecen una y otra vez restricciones como las siguientes: “*si las partes no convinieren en otra cosa*”, “*salvo a cuerdo en contrario*”, y otras similares.

Como dijimos antes, esto no es serio, esto de negar la existencia de un *ius cogens*, cualquiera que sea su ámbito, *in universo iure*. El verdadero problema (con la posible negación, pero con sentido, de un *ius cogens* internacional), está en la trasposición del derecho interno al derecho internacional, de toda esta constelación conceptual: orden público, normas imperativas o prohibitivas, con las sanciones consiguientes, a la cabeza de ellas la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios. En este terreno, se coloca el adversario más resuelto del *ius cogens*, **Georg Schwarzenberger**. La trasposición del *ius cogens* del derecho interno al derecho internacional parecele de todo punto imposible, toda vez que, por más que pueda hablarse de un orden jurídico internacional, este orden está muy lejos de tener la consistencia y efectividad del orden jurídico interno, y descansa no sobre una base de poder, sino en consideraciones de interés recíproco, sentido común y conducta razonable (*common sense and reasonableness*) como en un club cualquiera. ¿Qué ha pasado, se pregunta el autor, cuando dentro de esta sociedad se ha pretendido instaurar normas *iuris cogentis*? Este carácter tenía, a buen seguro, el principio del no reconocimiento de adquisiciones territoriales

por la fuerza (doctrina Stimson), principio consagrado de hecho en el artículo 10 del Pacto de la Sociedad de Naciones; y con todo ello, sus miembros más prominentes acabaron por reconocer al rey de Italia como emperador de Etiopía. ¿Qué indica todo esto, comenta el autor, sino que un *ius cogens* internacional, no respaldado por una autoridad indiscutible o por un poder incontrastable es tan precario como cualquier *ius dispositivum*?

Con mayor claridad que en cualquier glosa ajena, resume **Schwarzenberger** su tesis del modo siguiente: El derecho internacional, al nivel de la sociedad internacional inorganizada, no conoce ningún *ius cogens*. La explicación está en la ausencia de todo centro de gobierno dotado de fuerza física incontrastable, y tribunales con jurisdicción obligatoria y competencia para formular reglas análogas a las del orden público a nivel nacional. Lo extraordinario es que a lo largo de un milenio y en ausencia de toda concentración de poder en la sociedad internacional, el derecho internacional consuetudinario haya podido desarrollar empíricamente un orden *de facto* de notable estabilidad. Este orden ha tenido por fundamento ciertas limitaciones de sentido común en la libertad de contratar, con base en el principio de reciprocidad. Cuando ésta se hizo a un lado en obsequio a sentimientos más elevados pero sin relación con las realidades inmutables de la sociedad internacional, el *nuevo* derecho internacional ha demostrado no ser otra cosa que un esfuerzo efímero, cuando no, como ha ocurrido a menudo, un alarde inútil.<sup>18</sup>

Al final de su artículo, **Schwarzenberger** atenúa en algo su requisitoria tan severa contra el *ius cogens* internacional, al decir lo siguiente: En una sociedad mundial organizada, los Principio de las Naciones Unidas, con sus

---

<sup>18</sup> Idem. Cáp. III

formas correspondientes de *ius cogens* en otras instituciones internacionales, se presentan como tentativas tendientes a la creación de normas consensuales de un orden público internacional. Estos esfuerzos, con todo, son aún demasiado precarios, como es el caso en las Naciones Unidas, o muy limitados *ratione personae* o *ratione materiae*, como acontece en los organismos especializados de las Naciones Unidas o en las comunidades europeas supranacionales. Trátese, cuando más, de cuasi órdenes internacionales.

Lo que **Schwarzenberger** declara percibir con toda honestidad, la existencia de normas imperativas en el seno de ciertas comunidades supranacionales europeas (señaladamente, a lo que nos parece, en el Eurotom y en la comunidad del carbón y del acero) no tiene por qué no extenderse a espacios más vastos, en la medida en que la comunidad total vaya adquiriendo la cohesión y la homogeneidad que por ahora es propia tan sólo de ciertas comunidades parciales. Lo que ha sido posible en lo pequeño, tendrá que serlo en lo grande. Por ahora, sin embargo, tendremos que conformarnos con un *ius cogens* de contadas normas, un *miniius* a fin de cuenta, pero no importa. Lo esencial es haber despegado. Es así como al fin alcanzamos la unidad dialéctica que resulta de la contienda. Que hay o debe haber ciertas normas imperativas dentro de una comunidad cuyos miembros son cada día más interdependientes entre sí, como acontece en la comunidad internacional contemporánea, es algo que parece haber sido demostrado suficientemente. Pero a los contradictores y a los escépticos somos igualmente deudores del espíritu de cautela, de reserva y discreción que han sabido insuflarnos, y sin el cual habrá siempre el peligro de caer en una mística del *ius cogens* (contra la cual nos prevenía Jiménez de Aréchaga) o, lo que viene a ser lo mismo, en una inconsiderada proliferación de sus normas.

#### 2.4.2. Los Defensores del *Ius Cogens*

En la época que corre entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial el profesor **Alfred von Verdross** es, el doctrinario máximo del *ius cogens*. Desde el año de 1935 por lo menos hasta en sus publicaciones más recientes, en un marco temporal de medio siglo o poco menos, el profesor austriaco se ha esforzado incansablemente por fundar la legalidad de las normas imperativas en derecho de gentes.

Desde uno de sus primeros artículos, el primero posiblemente, **Verdross** distingue con toda claridad entre tratados internacionales impugnables y tratados nulos. Los primeros, los tratados impugnables son los que adolecen de algún vicio del consentimiento: error, dolo, violencia, que puede subsanarse con la ratificación, en plena libertad, de la parte agraviada, y cuya nulidad, en cualquier hipótesis, sólo puede ser declarada a petición de parte. Los tratados nulos, por el contrario, nulos de pleno derecho, son aquellos que son incapaces de obligar a las partes a causa de su contenido intrínseco, y esto por alguno de los tres siguientes motivos: o por estar en contra de alguna norma positiva y compulsoria de derecho de gentes, o por estipular algo imposible o algo moralmente prohibido, **Verdross** ponía de manifiesto, desde entonces, el carácter, por sus efectos, que en la Convención de Viena se reconoce actualmente a las normas *iuris cogentis*, o sea que por voluntad de las partes no puede derogarse en nada a lo que dichas normas prescriben de manera “incondicional”.

En el ensayo que **Verdross** ha hecho de una clasificación de normas imperativas, distingue dos grupos de normas susceptibles de producir la nulidad de pleno derecho del tratado contrario a ellas. ¿Cuáles son estos dos grupos? El autor nos da la siguiente respuesta: 1) “*Las normas imperativas de derecho*

*internacional consuetudinario*” (las libertades de la alta mar, el derecho de paso inocente por aguas territoriales); 2) “ *Las normas prohibitivas de los tratados contra bonos mores*” . Ahora bien, y en lo que concierne a esta segunda categoría, **Verdross** piensa sobre todo en los tratados cuyo efecto sería el de impedir al gobierno signatario cumplir con los deberes que se imponen a todo Estado soberano y cuya ejecución no puede contrariarse en forma alguna. Entre estos deberes tendríamos, según el autor, los siguientes: “el mantenimiento del orden público, el derecho de defensa de un Estado contra todo ataque exterior, el cuidado que un Estado debe asegurar el bienestar físico y espiritual de sus nacionales en el interior del país, y la protección de sus nacionales en el extranjero”.

Por otra parte, no deja de parecer extraño el que **Verdross** clasifique entre los tratados *contra bonos mores* aquellos que afectan al Estado parte en el cumplimiento de sus mencionados deberes internacionales, cuando por el contrario, y a menos que estemos en un error, la susodicha expresión ha venido aplicándose invariablemente a aquellos tratados que, por su objeto, constituirían una infracción abierta, notoria, clamorosa, de, la moral que es aceptada sin discusión y dondequiera. Tratados *contra bonos mores* serían, por ejemplo, aquellos cuyo objeto fuera el tráfico de esclavos, la trata de blancas y otros similares, pero no uno por el cual un Estado se viera privado de los medios de proveer a su defensa. En conclusión, la ciencia jurídica es deudora a **Verdross** no tanto por su casuística, cuanto por las grandes líneas que abrió en su vigorosa afirmación del *ius cogens* en el derecho de los tratados y en el Derecho Internacional.

Otra cuestión en lo relativo a la esfera material de validez de los tratados, es la de saber si por un tratado puede excluirse la aplicación de normas de derecho internacional general; o bien, como suele formularse la cuestión, si un

tratado en desacuerdo con normas de Derecho Internacional General puede considerarse válido. Es el problema de si las normas consuetudinarias de Derecho Internacional General tienen carácter de *ius cogens* o de *ius dispositivum*.

**Bin Cheng** fue otro de los autores que por aquellos años, cuando las voces en favor de *ius cogens* eran distintamente individuales, habló de ciertos principios generales, “ con arraigo en el sentido común y en la práctica común de las naciones civilizadas”, que pueden por sí solos oponerse a la omnipotencia contractual de los Estados, como a la omnipotencia legislativa del parlamento británico —*así lo dice Cheng*— se opone la imposibilidad de hacer de un varón una mujer y viceversa.

En *Oppenheim-Lauterpacht* encontramos la siguiente afirmación: “*Del mismo modo que no tienen fuerza obligatoria los tratados concluidos con referencia a un objeto ilícito, así también pierden su fuerza obligatoria cuando a consecuencia de un desarrollo progresivo del derecho internacional, llegan a ser inconsistentes con este último*”<sup>19</sup>

Por otra parte, *Oppenheim-Lauterpacht* establecen también la doctrina del *ius cogens* antecedente, si podemos llamarlo así, al decir que no pueden vincular a las partes aquellos pactos que tienen un objeto inmoral, como lo sería, por ejemplo, una alianza cuyo objeto ostensible fuera el de atacar a un tercer Estado sin ninguna provocación de su parte. Por último, los citados autores enuncian categóricamente lo siguiente: “Es una norma reconocida de derecho internacional consuetudinario la de que las obligaciones que están en

---

<sup>19</sup> Idem. Cáp. III.

desacuerdo con principios universalmente reconocidos de derecho internacional, no pueden ser objeto de un tratado”

**McNair**, por su parte, anticipándose a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, hace la siguiente declaración: Existen numerosas normas de derecho internacional consuetudinario que, por estar en una categoría superior, no pueden derogarse o modificarse por los Estados contratantes. Trátase de normas que han sido aceptadas o bien expresamente por un tratado, o tácitamente por una costumbre, en cuanto son necesarias para proteger los intereses públicos de la sociedad de Estados o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellas. La comunidad de Estados no puede escapar a este principio, y por más que la práctica judicial y arbitral no contenga muchas alusiones con respecto a su aplicación.

**Michael Virally** consigna su opinión en los términos siguientes: El *ius cogens*, al ser la expresión de un interés común a la sociedad internacional en su totalidad, o de una prescripción ética universalmente reconocida, no puede establecerse sino por un proceso que obligue a la sociedad internacional en su totalidad, lo cual, por otra parte, está en perfecta conformidad con el hecho de que el *ius cogens* pertenece al Derecho Internacional General.

Para el profesor **Berber**, es nulo un tratado contrario a una norma de *ius cogens*. A este derecho pertenecen, de manera muy señalada, los principios éticos fundamentales de Derecho Internacional, tales como el honor y la independencia de los Estados, el respeto de los Derechos Humanos fundamentales y el Derecho Humanitario.

**Seid-Hohenveldern**, a su vez, al adherir a la doctrina del *ius cogens*, aunque con extrema cautela, reconoce la existencia de normas imperativas en

derecho internacional, pero en seguida agrega que son poquísimas y que hasta hoy sólo tienen este carácter la prohibición del uso de la fuerza y las normas fundamentales del derecho humanitario.

De gran interés es la posición de **Ian Brownlie**. En términos generales la expone de la siguiente manera: El rasgo principal que distingue a esta especie de normas (*ius cogens*) es el de que son relativamente indelebiles. Son normas de derecho consuetudinario que no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria sub-secuente de efecto contrario. Los ejemplos menos controvertidos de esta clase son la prohibición de una guerra de agresión, la ley del genocidio (su prohibición), el principio de no discriminación racial, los crímenes contra la humanidad y las normas que prohíben la piratería o el tráfico de esclavos, Otras normas que pueden tener este *status* especial incluyen los principios de soberanía permanente sobre los recursos naturales y el principio de autodeterminación.

En sentir de **Brownlie**, la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la *Barcelona Traction*, hizo suya la doctrina del *ius cogens*, al establecer una distinción entre las obligaciones “hacia la comunidad internacional en su conjunto”. Al ejemplificar este tipo de obligaciones, la Corte dijo lo siguiente: “Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en Derecho Internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y genocidio, como también de los principios y normas relativas a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Idem Cáp. III

Influido por la tradición iusnaturalista del siglo de oro, el maestro **Miaja de la Muela**, para quien “un ordenamiento jurídico integrado por normas exclusivamente de tipo dispositivo, consistiría más bien un repertorio de consejos que un sistema de reglas”. En cuanto pueda hablarse, sigue diciendo Miaja, de una constitución de la comunidad jurídica internacional, sobre la huella de **Verdross** tendremos que convenir en que “*en ningún ordenamiento jurídico es concebible una norma materialmente constitucional de estructura meramente dispositiva*”.<sup>21</sup>

Los partidarios del *ius cogens*, **Rolando Quadri**, de quien copiamos, por creerla muy sustanciosa, la siguiente página: A nosotros no nos parece que pueda ponerse en duda la nulidad de un tratado *contra bonos mores*. Hay que quitarse de la cabeza el prejuicio positivista de que la obligatoriedad de un tratado (por lo menos en el caso de los tratados ley) reposa en la voluntad de los contratantes, cuando, por el contrario, reposa en la voluntad del cuerpo social, el cual no puede autorizar la prosecución de fines contrarios a las concepciones éticas esenciales de la comunidad internacional.

La literatura socialista, concretamente la soviética, cuyos exponentes máximos, antiiusnaturalistas por definición, son, con todo, entusiastas adictos del *ius cogens*. A la cabeza de ellos está, según creemos, el profesor **Tunkin**, el cual, después de constatar que “la necesidad de los principios y normas imperativas apareció y se ha reforzado con la extensión de las relaciones internacionales”, añade lo siguiente:

Por esta razón el Derecho Internacional contemporáneo ha presenciado el considerable desarrollo de normas y principios imperativos. De ellos forman

---

<sup>21</sup> Idem. Cáp. III.

parte todos los principios fundamentales del derecho internacional generalmente reconocidos. De este modo, encontramos en el Derecho Internacional contemporáneo principios y normas de carácter imperativo, sobre la base de acuerdos entre los Estados, los cuales, por ello mismo, no pueden concluir tratados regionales que excluyan aquellas normas y principios en sus relaciones recíprocas.

La existencia de normas imperativas no frena de ningún modo la marcha del Derecho Internacional hacia el progreso. No constituye un obstáculo a la creación de nuevas normas que podrían ir más lejos aún en la dirección de la salvaguarda de la paz y de las relaciones amistosas entre los Estados. **Tunkin**, por lo demás, se cuida bien de recalcar que esta concepción es compartida por todos los internacionalistas soviéticos: “todos ellos reconocen que el tratado debe corresponder a los principios fundamentales del derecho internacional”. Sólo que estos principios, según declaración expresa del autor —*en su obra escrita y ante la Comisión de Derecho Internacional*— deben ser siempre fruto del acuerdo entre los Estados, lo que no excluye la costumbre internacional, ya que, para los pensadores positivistas, la costumbre es, a su vez, un pacto tácito. Y el carácter positivo de las normas imperativas vuelve aún a encarecerlo el jurista soviético, al decir que son, todas ellas, renovables y perfectibles, con el fin de hacer cada día más estable y fructífera la solidaridad internacional.

## **2.5. Importancia de las Normas Internacionales *Ius Cogens***

### **2.5.1. Reconocimiento de las Normas de *Ius Cogens* en la Normativa Internacional.**

Las Convenciones e instrumentos de Derecho Internacional establecen las normas Universales de *Ius Cogens*, como normas obligatorias, inderogables, que vinculan a los Estados; estas, forman parte de lo que se

conoce como principios generales del Derecho Internacional, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y los graves crímenes de guerra también han llegado a ser principios generales del Derecho Internacional, por ello, se considera que sin perjuicio que un Estado no las haya ratificado, igual está obligado a cumplir dichas normas.

Los delitos de Desaparición Forzada y el delito de Tortura, se consideran de dominio del *Ius Cogens*, se insertan en la evolución del más lucido pensamiento jurídico contemporáneo que ha conllevado al combate de las violaciones más graves a los Derechos Humanos, a la emergencia de un verdadero régimen jurídico Internacional contra tales delitos.

Compone ese conjunto de normas Jurídicas los distintos instrumentos y procedimientos internacionales de prohibición de la desaparición forzada, de la tortura, las convenciones de las Naciones Unidas de 1948 y su Protocolo Facultativo de 2002 y la Convención Interamericana de 1985 sobre la materia.

Hay que tomar en cuenta la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes de 1987. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el grupo de trabajo de detención arbitraria desde 1991 de la misma Comisión de Derechos Humanos, las tres Convenciones coexistentes de combate a la tortura de las Naciones Unidas de 1984, la Convención Interamericana de 1985 y la Europea, estas tres más que ser compatibles, son complementarias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que la *“prohibición de la tortura es absoluta e inderogable aun en las circunstancias*

*más difíciles, tales como suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades publicas.*<sup>22</sup>

Se considera que aun para los Estados que no han ratificado la Convención Americana o ninguna de las tres convenciones en contra de la tortura, sería inadmisibles intentar aludir o relativizar el carácter perentorio y absoluto de la tortura y de los tratos o penas inhumanas o degradantes en los términos del artículo 3 de las Convención Europea sobre Derechos Humanos, esta disposición incorpora uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.

La prohibición categórica y absoluta de la tortura en cualquier circunstancia que recae en el dominio del *Ius Cogens* Internacional es un criterio infalible de medición del grado de civilización alcanzado por cualquier país.

Los elementos Constitucionales de la tortura en la definición encontrada en el artículo 1 de la Convención de la Naciones Unidas y el artículo 2 de la Convención Interamericana, que define como *el sufrimiento severo físico o mental, inflingido intencionalmente para obtener información o confesiones con el consentimiento o aquiescencia de las autoridades u otras personas actuando en capacidad oficial.*

El tribunal Penal Internacional Ad hoc para la Ex Yugoslavia, sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional como consuetudinario tienen el carácter de norma de *Ius Cogens*, tal prohibición absoluta de la tortura – agregó el tribunal – impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, la naturaleza de las normas

---

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza versus Guatemala; Parr. 89

de *Ius Cogens* de esta prohibición la toma uno de los estándares mas fundamentales de la comunidad internacional incorporando un valor absoluto del cual nadie debe desviarse.

El concepto de *Ius Cogens* no se limita al Derecho de los Tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.<sup>23</sup>

Se ha conformado en un régimen jurídico de prohibición de todas las formas de tortura, tanto físicas como psicológicas y respecto a esta ultima, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce en determinadas circunstancias una angustia moral de tal grado que puede ser considerada, tortura psicológica, la prohibición absoluta de la tortura en todas sus formas, pertenecen hoy al dominio del *Ius Cogens*.

### **2.5.2. Importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

La expresión “*Ius Cogens*” designa las normas de máxima jerarquía en el Derecho Internacional. La definición más aceptada es la plasmada en el artículo 53 del Convenio de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que lo define como “*una norma imperativa de derecho internacional general*”, y agrega: para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma ulterior de Derecho Internacional general posterior que tenga el mismo carácter. También se

---

<sup>23</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, caso Soering versus Reino Unido, Sentencia 07/07/1989 Pág. 26 parr. 88.

emplea la expresión “*norma perentoria*” del Derecho Internacional, la cual quizás capta el sentido de esta institución mejor que “*norma imperativa*”. La expresión “*obligaciones erga omnes*”, que podría traducirse como obligaciones que vinculan a todos, se emplea para referirse a las obligaciones correspondientes a normas de *Ius Cogens*. Esta expresión se encuentra en la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia en el caso conocido como Barcelona Traction,<sup>24</sup> en la observación siguiente:

*(...) En particular, es menester reconocer una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y sus obligaciones frente a otro Estado (...) Por su naturaleza las primeras interesan a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que trata, todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes.*

En el derecho contemporáneo, tales obligaciones surgen de la prohibición de hechos de agresión y de genocidio, y también de los principios y las reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial

Ocasionalmente, la expresión “*Ius Cogens*” se emplea como sinónimo de “Derecho Consuetudinario”. En realidad, las normas *Ius Cogens* forman una subcategoría del derecho consuetudinario. Esto está implícito en la aplicación de los calificativos “*imperativo*” y “*perentorio*” para referirse a estas normas, a fin de diferenciarlas de las demás normas del derecho consuetudinario. Asimismo, se confirma por la condición reconocida por el Convenio de Viena, a saber: que no admite acuerdo en contra. La modificación de las normas ordinarias del

---

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Segunda Fase, Informe de la CIDH, 1970.

derecho consuetudinario entre las Partes es una de las razones de ser de los tratados.

Esta interpretación está confirmada por la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso **Furundzja**.<sup>25</sup> Después de analizar los antecedentes que permiten concluir que la prohibición de tortura tiene carácter de norma consuetudinaria, tanto en el Derecho Internacional Humanitario como en el derecho internacional de los Derechos Humanos, el Tribunal pasa a considerar su carácter de norma de *Ius Cogens*. Al respecto, esta parte de la sentencia dispone lo siguiente: Mientras el carácter antes mencionado *erga omnes* (de la proscripción de tortura) concierne al ámbito internacional de su aplicación, la otra característica sobresaliente del principio de la proscripción de la tortura se refiere a la jerarquía de las reglas de la normativa internacional.

Este principio, en razón de la importancia de los valores jurídicos que tutela, se ha convertido en norma perentoria o *jus cogens*, es decir, una norma que ocupa una jerarquía en la normativa internacional superior al derecho contractual “treaty law” y aún al derecho consuetudinario ordinario. La consecuencia más notable de este rango superior es que dicho principio no puede ser derogado por los Estados mediante la adopción de tratados internacionales, ni mediante costumbres locales o especiales, y ni siquiera por normas consuetudinarias generales que no ostentan dicha fuerza normativa.

El carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura pone de manifiesto la idea de que esta prohibición ha llegado a ser una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional. Además, dicha prohibición es

---

<sup>25</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia caso IT-95-17/1-T, del 10 de diciembre de 1998.

destinada a producir un efecto disuasivo, puesto que señala a la atención de todos los miembros de la comunidad internacional y los individuos sobre quienes ellos ejercen autoridad que la prohibición de la tortura es un valor absoluto que nadie tiene derecho a incumplir. La frase: “*La consecuencia más notable de este rango superior es que dicho principio no puede ser derogado por los Estados mediante (...) costumbres locales o especiales (...)*” parece reconocer, tácitamente, la continua vigencia de la doctrina clásica de que un Estado que no acepta una norma de derecho consuetudinario ordinario puede soslayar el efecto vinculante de la misma manteniendo una postura clara en tal sentido, en forma permanente, frente a la comunidad internacional.<sup>26</sup> Esto es una distinción importante entre el derecho consuetudinario en general y el *ius cogens*, pues las normas de *ius cogens* vinculan a todo Estado sin excepción alguna.

La Corte Internacional de Justicia consideró la prohibición de la discriminación racial como norma con carácter *ius cogens* en su sentencia en el caso Barcelona Tracción, en 1970.<sup>27</sup> En 2003, la Corte Interamericana manifestó que este criterio es aplicable a toda forma de discriminación. Su Opinión Consultiva OC-18 fundamenta esta conclusión de la manera siguiente: Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “*directamente de la unidad de*

---

<sup>26</sup> Esta doctrina fue reconocida en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Noruega c. el Reino Unido conocido como Fisheries Case.

<sup>27</sup> Corte IDH, caso Barcelona Traction, Ob Cit. 1970, párr. 33.

*naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*". El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna que ella siempre se ha opuesto a la aplicación (de dicha regla) a la costa Noruega."

El Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *Ius Cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *Ius Cogens*.<sup>28</sup>

En el ámbito penal, el Tribunal concluye que *"parece ser que una de las consecuencias del reconocimiento por la comunidad internacional del carácter Ius Cogens de la prohibición de tortura es que todo Estado tiene competencia para investigar, enjuiciar y castigar o extraditar individuos acusados de tortura quienes se hallan en su territorio."*

---

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes.

### 2.5.3. La Importancia para el Derecho Nacional

Según las palabras de **Krystyna Marek**: *“Puede decirse, que en Derecho Interno el ius cogens es una institución sólidamente anclada en el orden jurídico y que funciona de una manera efectiva, gracias al alto grado de desarrollo de aquel derecho”*.

**Hermann Mosler**, por su parte, se hace igualmente eco del sentir común, al decir que el *ius cogens* en derecho interno se integra por la concurrencia de dos datos de inmediata comprobación. *El primero es la existencia de un legislador*, el cual determina soberanamente aquello que deja a la libre actuación de las partes, como igualmente los límites infranqueables a esta libertad. *El segundo dato o presupuesto es*, como dice **Mosler**, la relación vertical, de mando y obediencia, entre gobernantes y gobernados, gracias a la cual es posible, para los primeros, delimitar, como queda dicho, los ámbitos del *ius cogens* y del *ius dispositivum*.

Pasando ahora del Derecho Estatal al Derecho Interestatal, no hay mayor dificultad en admitir la existencia de un *ius cogens* regional o particular si nos restringimos a aquellos organismos internacionales o uniones de Estados que han alcanzado un grado de cohesión muy semejante al del Estado singular, con órganos supranacionales en los tres órdenes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es el caso, obviamente, de las comunidades europeas (*comunidad económica, comunidad del carbón y del acero, Euratom*) las cuales han podido estructurarse de este modo por haber entre ellos un cierto equilibrio de poder, lo que permite la constitución de órganos supranacionales que de otra suerte podrían estimarse opresivos. Con respecto a estas comunidades, una vez más, todos admiten que dentro de ellas pueda darse un *ius cogens*, a ejemplo del que se da dentro de cada Estado en particular. El problema, el gran problema,

es el de saber si, con toda propiedad, puede hablarse de un *ius cogens* en el ámbito mundial, de un derecho impositivo sobre todos los miembros de la comunidad internacional. Es aquí donde se dividen los caminos; donde se opera, aún hoy, la confrontación doctrinal.

## **2.6 LA DESAPARICIÓN FORZADA.**

### **2.6.1. Desaparición Forzada de Personas.**

La desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos; que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos; además hay que recordar que la protección internacional de los Derechos Humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana; y es que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad; si bien los hechos comprendidos en la desaparición forzada constituyen tanto una violación de fundamentales derechos y libertades garantizados en instrumentos internacionales, como la comisión de delitos establecidos previamente por las correspondientes legislaciones nacionales, resulta importante elaborar un instrumento que caracterice la desaparición forzada de personas como un delito específico y autónomo, que establezca las normas destinadas a su sanción y prevención y regule sus efectos internacionales. Por lo que surge *La Convención Interamericana sobre*

*desaparición forzada de personas* Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos

### **2.6.2. Concepto**

Con respecto a una definición sobre el concepto de desaparición forzada de personas en relación a la problemática de América Latina, en su informe anual (1986-1987), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA expresa que la desaparición forzada puede definirse: "[...] como la detención de una persona por agentes del Estado o con la aquiescencia de éste, sin orden de autoridad competente, y en la cual su detención es negada sin que existan informaciones sobre el destino o paradero del detenido".<sup>29</sup>

### **2.6.3. Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas**

#### **2.6.3.1. Desaparición Forzada en la Segunda Guerra Mundial.**

Es difícil establecer con absoluta claridad algunos antecedentes históricos sobre los orígenes de la desaparición forzada de personas por parte del Estado (agentes, personas o grupos a su servicio). No obstante, existen diversas interpretaciones sobre sus orígenes. Antes de examinar el concepto, es conveniente señalar que el Derecho Internacional Humanitario se preocupó del tema a finales de la Segunda Guerra Mundial, pero exclusivamente en relación a los casos de "*desaparecidos en combate*". En ese sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja señaló su preocupación por los prisioneros de guerra y por las personas desaparecidas durante los conflictos armados de carácter internacional. Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo

---

<sup>29</sup> Grupo Iniciativa: La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, Coloquio de Buenos Aires, 10 a 13 de octubre de 1988, Pág. 157.

Adicional I de 1977 consagran la obligación de los Estados que participan en un conflicto internacional, de identificar combatientes, no combatientes y muertos en combate.

Sin embargo, el tema de nuestro trabajo es diferente, ya que aquí se trata de la desaparición forzada de personas como un método represivo utilizado por parte de agentes del Estado. En este caso, el contexto histórico es generalmente de conflicto interno o de grave crisis política. Aunque el Estado ha utilizado el terror desde sus inicios como institución legitimadora de la violencia en el seno de las sociedades, algunos investigadores consideran que el fenómeno de la desaparición forzada de personas como expresión represiva por parte del aparato del Estado, comienza a esbozarse a partir de la Segunda Guerra Mundial. En 1940, durante la ocupación nazi de varios países europeos, **Adolfo Hitler** dictamina una orden militar, conocida como "*balance del terror*" que reprime severamente los actos de la resistencia con resultado de muertes. Así, por cada militar alemán muerto, habría como represalia de los ejércitos del Tercer Reich, un número determinado de ejecutados de la resistencia y población civil en consonancia con el grado del uniformado muerto.<sup>30</sup> Dicha orden implantaba la práctica de la detención de rehenes entre la población civil y especificaba la idea de estructurar un sistema orgánico de desinformación sobre las listas de detenidos, tanto del lugar de la detención como para las condiciones en las cuales se encontraban. Según **Simón Lázara**:

"... esta orden de Hitler, ratificada de inmediato por el Estado Mayor Alemán, parece ser el primer precedente formal e institucionalizado del sistema de desaparición forzada de personas utilizado como método de detención, a pesar de que éste tuvo otras expresiones anteriores a lo largo de la

---

<sup>30</sup> Lázara, Simón: Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales, en La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, Buenos Aires Pág 32.

historia....De esta orden transcurrió un año y en 1941 Hitler puso en práctica otro decreto. Este, conocido más tarde como "*noche y niebla*", expuso las formas mediante las cuales el Estado nazi esperaba llegar a "la solución final del problema judío": el exterminio sistemático en los campos de concentración.... Bergen, Buchenwald, Treblinka, Auschwitz, Maidanek... esos nombres del horror y la indignidad están en la historia, tanto como los métodos usados para hacer desaparecer a los prisioneros y todo el sistema montado con ese fin: el desvanecimiento en la noche y en la niebla."

En esa misma orientación el abogado **Rodolfo Mattarollo** cita un largo pasaje del Abate Joseph de la Martinière, deportado N. N. (sin nombre) en Dachau y sobreviviente de los campos de concentración nazi, quien en su libro "*Le décret et la procédure, Nacht und Nebel (Nuit et brouillard)*" relata que una resistente francesa, en el verano de 1941, fue indultada de la pena de muerte personalmente por Hitler. Este no confirmó el fallo, lo conmutó por una pena de prisión y resolvió: "*Esa mujer debe ser llevada a Alemania y luego aislada del mundo exterior*". Según La Martinière, "...en realidad el Führer había pensado que la desaparición de esta francesa sería más impresionante que su ejecución y tendría la ventaja de no hacer de ella una mártir, como Miss Cavell... Y después Hitler concibió la idea de generalizar ese caso aislado. A lo largo de una entrevista con Keitel, en septiembre de 1941, le impartió instrucciones: las actividades comunistas en los países ocupados se extendían, y las sentencias de los tribunales, que exigían largos procedimientos y condenaban en general a penas de prisión, carecían de todo efecto psicológico. Ordenó entonces que sólo se iniciaran procesos en los países ocupados en los casos en que, de acuerdo al derecho vigente, se podía contar con certeza y en el más breve plazo con condenas a muerte. Por el contrario, todos los demás acusados (y ésta fue la expresión misma utilizada por Hitler) debían ser enviados "en la noche y en la niebla" (Nacht und Nebel) del otro lado de la frontera, a Alemania,

donde serían "completamente aislados del mundo exterior". Esto produciría un efecto de intimidación, contrariamente a lo que ocurría con las condenas en los países ocupados." <sup>31</sup>

Después de la derrota de los nazis en la Segunda Guerra Mundial, y de los horrores que se conocieron y se establecieron en el Tribunal de Nuremberg –en los cuales algunos responsables fueron condenados por crímenes contra la humanidad– todo parecía indicar que el respeto a los Derechos Humanos se constituiría como los valores supremos de las sociedades civilizadas. Pero inmediatamente terminada la guerra, en 1945, comienza la llamada "**Guerra Fría**" y una serie de conflictos en diversos puntos del planeta siguen provocando sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos. En los años 50 los militares franceses analizan el fracaso militar en Dien-Bien-Phu llegando a la conclusión de que el problema de su derrota fue de métodos. La solución es buscar nuevas formas de lucha. Así, los franceses toman las experiencias de los ejércitos ingleses en Malasia, de los norteamericanos en Filipinas y de los holandeses en Indonesia. Diseñan nuevas hipótesis de conflicto e intentan establecer las nuevas formas en que se enfrentarán los conflictos. Por consiguiente, emerge la teoría de un *enemigo interno* y de la guerra que se hace en todos los campos. La respuesta será una *guerra total*, extendida a todos los ámbitos. Así surge la doctrina de la contrainsurgencia. Algunos teóricos militares, como **Roguer Trinquier**, desarrollan la idea de la contrainsurgencia, planteando que cuando el poder político está en peligro, los militares son los únicos que disponen de medios suficientes para establecer el orden. En una situación de "emergencia", según **Trinquier**, los límites legales establecidos detienen la acción de las fuerzas militares regulares y la protección

---

<sup>31</sup> Mattarollo, Rodolfo: ¿Qué puede hacer el derecho internacional frente a las desapariciones? en La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Argentina, Buenos Aires, APDD, Pág. 177.

de la ley favorece al irregular. La ley es un obstáculo para la guerra total, la solución es apartar al prisionero del marco legal que pueda protegerlo. Asimismo, las tareas de inteligencia e informaciones pasan a un primer plano. **Simón Lázara** expresa que la experiencia de algunos conflictos armados y la derrota de algunos ejércitos modernos por fuerzas guerrilleras irregulares, fueron algunos factores que hicieron reflexionar a los militares occidentales sobre una nueva concepción de la guerra.

*"La doctrina de la contrainsurgencia en su aplicación integral requiere no sujetarse a la ley. No otorgar facilidades al "enemigo", de manera que éste no sepa a qué atenerse respecto del avance de una operación: no se dan a publicidad las detenciones y se mantiene en secreto el lugar del encarcelamiento. La necesidad de extraer información con rapidez es cumplida mediante la aplicación de la tortura sistemática. Esta operación está protegida por el secreto y, por tanto, no sujeta a los recaudos de la ley. Los prisioneros no contarán con la defensa de abogados, sus parientes no sabrán dónde están, no será pública su detención."*

Por otra parte, otros autores señalan que el método de la desaparición forzada de opositores no es algo nuevo, ni es la *"invención genial"* de algún miembro de los aparatos represivos en los países de América Latina, sino más bien la aplicación masiva de un método ya conocido en la guerra psicológica, probablemente ya utilizado en la guerra de Vietnam por los militares norteamericanos.<sup>32</sup> Según Horacio Riquelme, a partir de la guerra de Vietnam, comienza a desarrollarse una dimensión de la guerra que incorpora los factores psíquicos: se trata de la *"guerra psicológica"*.

---

<sup>32</sup> Riquelme, Horacio: América del Sur, Derechos Humanos y Salud Psicosocial, en era de Nieblas, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, Caracas 1993, Pág. 33.

"Psicólogos sociales y antropólogos culturales estadounidenses que le dieron seguimiento científico a la guerra de Indochina, pudieron hacer observaciones significativas y llegar a conclusiones básicas acerca de la moral de defensa de los vietnamitas: lo que más afectaba psicológicamente a los vietnamitas involucrados en la guerra no era la muerte de sus vecinos o familiares a consecuencias de la agresión norteamericana, sino el hecho de no poder celebrar las ceremonias tradicionales, con las cuales acostumbraban a mostrar su luto y despedirse ritualmente de los muertos. La ausencia de ceremonias de luto rompía el delicado vínculo cultural que relaciona a los vivos con los difuntos; la familia y la comunidad se sentían profundamente inseguras, como si hubiesen violado colectivamente un tabú; esta táctica se llamó "almas errabundas" y alcanzó un valor muy significativo en la guerra psicológica contra la población vietnamita." <sup>33</sup>

Amnistía Internacional señala que el término "*desaparecido*" hizo su entrada en el vocabulario de los derechos humanos en Guatemala en 1966, cuando el gobierno empezó, en secreto, a librarse de la oposición política. Esta práctica se adoptó posteriormente en varios países de América Latina y, como una plaga espantosa, al poco tiempo había infectado otros continentes. En Guatemala las "desapariciones" continuaron en una enorme escala durante más de 20 años. Se calcula que, a partir de 1966, durante la primera década del terror oficial, 20.000 personas fueron víctimas de homicidios políticos y "desapariciones" llevadas a cabo por los "escuadrones de la muerte" clandestinos y respaldados por el ejército, aunque también participaron la policía y las fuerzas civiles paramilitares."

---

<sup>33</sup> Idem. Pág. 36.

### **2.6.3.2. La Desaparición Forzada de Personas en América Latina**

Según diversas fuentes, los primeros casos de desaparición forzada de personas por parte de agentes o personas al servicio del Estado en América Latina comienzan a partir de la década de los sesenta, alcanzando niveles impresionantes en los años setenta. Aún no existen estudios sistemáticos y rigurosos sobre el número total de casos de desaparición forzada para cada país y para el conjunto de América Latina. Salvo, en algunos países, después de haber salido de dictaduras militares (Brasil, Uruguay, Argentina, Chile, El Salvador), comisiones de investigación a nivel gubernamental, eclesiástico o humanitario han realizado informes fiables. De acuerdo a una ordenación cronológica de casos de desaparición forzada de personas por país, ocurridos en América Latina se puede indicar lo siguiente:

**Guatemala** En 1964, durante el régimen del coronel Enrique Peralta Azurdia, se produce la primera desaparición masiva de 28 dirigentes sindicales y políticos, los que fueron secuestrados y lanzados al mar desde aviones militares. Los autores son agentes del Estado y "escuadrones de la muerte" (grupos paramilitares). A partir de esa fecha hasta estos últimos años se han producido cerca de 20.000 casos, según Amnistía internacional, si bien fuente extraoficiales señalan 35.000 desapariciones.

**Haití** A partir de la instalación de la dictadura de los Duvalier hasta estos últimos años, según CODEFAM han habido cerca 12.000 casos.

**Paraguay** A partir de la dictadura de Stroessner, que estuvo más de 30 años en el poder, han habido cerca de 140 casos, según CODEFAM.

**Brasil** Durante los regimenes militares instalados entre 1964 y 1985, según informaciones de la Iglesia católica, se han producido 125 casos.

**Uruguay** Desde 1973 hasta 1989, según informaciones de organismos de derechos humanos del país, se han producido 160 casos, la gran mayoría de ellos ocurridos en Argentina, con 127 víctimas (entre mayo y octubre de 1976)

**Chile** Las desapariciones atribuidas al régimen militar de Pinochet, hasta la ocurrencia del último caso, el 14 de noviembre de 1989, sumaron varios cientos, de acuerdo a las coincidentes estadísticas de los distintos organismos denunciadores de los crímenes: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Oficial de Gobierno): 957 casos; Vicaría de la Solidaridad de la Iglesia Católica: 984 casos; Agrupación de Familiares de Detenidos-desaparecidos: 1.192 casos (1995).

**Argentina** Desde el 24 de marzo de 1976 hasta 1983: Según la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Informe Oficial de Gobierno): 9.000 casos; Números extraoficial de casos: 30.000.

**Perú** Desde 1987 hasta 1988, según CODEFAM, se han producido cerca de 3.000 casos.

**Colombia** Según CODEFAM se han producido en los últimos años 1.108 casos.

**México** Según informaciones de CODEFAM se han producido 543 casos

**El Salvador** Según informaciones de CODEFAM ha habido cerca de 6.705 casos.

**Bolivia** Según informaciones de CODEFAM ha habido cerca de 155 casos.

**Honduras** Según informaciones de CODEFAM ha habido 137 casos.<sup>34</sup>

### **2.6.3.3. Inicios de Aceptación por la Comunidad Internacional de la Desaparición Forzada como Norma *ius cogens*.**

Los delitos de desaparición forzada han encontrado su origen y desarrollo histórico en los enfrentamientos que libera el gobierno de un Estado que busca mantener y proteger el poder, de los beligerantes, insurgentes y personas opositoras al ideal político que gobierna. Muchos autores concilian que la desaparición forzada y la tortura surgen como un método represivo del Estado, práctica que es utilizada para salvaguardar los intereses políticos. Universalmente, se puede hablar de la desaparición forzada a partir de las Guerras Mundiales, en especial la guerra originada por el Nazismo; regionalmente, la desaparición forzada en Latinoamérica inicia en los años sesenta; la historia ha sido testigo de sus formas y opresión. Internacionalmente, estas figuras se encuentran reguladas en distintos Tratados suscritos y ratificados por los Estados, se ha normado las acciones (investigación, condena y reparación) a favor de las víctimas y el hecho que un Estado responda internacionalmente por el delito de carácter universal. La desaparición forzada ha sido reconocida internacionalmente como norma imperativa, por ser crimen de lesa humanidad que interesa a la Comunidad Internacional.

---

<sup>34</sup> Los datos sobre el número de casos de desaparición forzada en América Latina, han sido obtenidos del Informe de CODEFAM, expuesto al VIII Congreso de FEDEFAM, por su Presidenta, Pamela Pereira, en Bogotá, Colombia, del 13 al 20 de noviembre de 1988.

## **2.7. DERECHO DE REPARACIÓN**

### **2.7.1. Responsabilidad del Estado**

#### **2.7.1.1. Concepto de Estado.**

“Es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política.”<sup>35</sup>

“Grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno”<sup>36</sup>

#### **2.7.1.2. Personalidad Jurídica del Estado**

Una vez conceptualizado el término Estado surge la interrogante si el Estado goza de personalidad jurídica, es decir si es persona o sujeto de derecho, son diversas las teorías que existen en el plano de la doctrina para darle respuesta, a continuación se sintetizan algunas de ellas:

1. **Teoría negativa:** Esta teoría sostiene que el hombre, y solamente él, puede ser persona, por ser el único que posee inteligencia y voluntad. La persona física es la única que tiene personalidad jurídica. Para quienes apoyan ésta idea, una asociación es un conjunto de personas que actúan colectivamente, pero que de esta unidad de intereses no surge una nueva persona, distinta de quienes la conforman. En consecuencia, el Estado no puede ser persona.

---

<sup>35</sup> Ossorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta, 1992. Pág. 306.

<sup>36</sup> Idem.

2. **Teoría de la identidad del orden jurídico y del Estado:** Esta es la teoría propuesta por Kelsen, en la que postula que Estado y derecho son una misma cosa. El Estado es la totalidad del derecho convertido en sujeto, y por tal circunstancia, son palabras que designan un mismo objeto.
3. **Teorías que consideran al Estado como una persona:** Admiten la existencia del Estado como persona, debido a que los destinos de la comunidad no pueden ser regidos por las voluntades individuales de cualquiera de sus miembros, sino que deben serlo por aquellos que han recibido, por la misma organización estatal, potestad, y que están erigidos en órganos de una voluntad superior y única.
4. **Teoría de la doble personalidad del Estado:** Algunos autores sostienen que el Estado tiene una doble personalidad, una de derecho público y otra de derecho privado, ejerciendo en una su soberanía y en otra siendo titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.
5. **Teoría de la personalidad única del Estado:** El Estado como persona es uno, sólo el ámbito en que actúa es plural. El Estado constituye un mismo sujeto de derecho que actúa, ya sea en su función de poder público, ya en defensa de sus intereses como persona de derecho privado.

## **2.7.2. La Responsabilidad.**

### **2.7.2.1. Del Término Responsabilidad**

Según el diccionario de la Real Academia española, el término “Responsabilidad” indica la “obligación de reparar y satisfacer un daño o perjuicio”.

Jurídicamente el término admite dos conceptos principales, capacidad de responder ciertos actos en abstracto, y necesidad de responder otros concretos e imputables a determinado sujeto. En un caso hablamos, por ejemplo, de la que tiene en la realización de determinados actos jurídicos un mayor de edad. En el segundo caso se refiere, en cambio, a las consecuencias por actos realizados.

### **2.7.2.2. Responsabilidad del Estado**

#### **2.7.2.2.1. Concepto**

El Estado, como ente orgánico tendiente a satisfacer las necesidades de los individuos que lo conforman, ya sea que sus funciones se desarrollen en el ámbito del Derecho Público o en el del Derecho Privado, tiene el deber de responder por los actos o hechos que le sean imputables a los funcionarios públicos como consecuencia del desempeño de las tareas a ellos asignadas por el Estado.

#### **2.7.2.2.2. Teorías que Sustentan la Responsabilidad del Estado.**

##### **A) Teoría de la Representación**

Se basa en la idea de que el representado, (en este caso el Estado) responde por los actos de su representante (el funcionario). Esta responsabilidad se funda en la elección del representante por parte del

representado. Esta teoría no es aceptable para la mayoría de la doctrina ya que no es la administración propiamente la que elige a los funcionarios, sino que éstos son elegidos, a su vez, por otros funcionarios, por lo que la responsabilidad terminaría recayendo sobre estos últimos.

### **B) Teoría de la Proporcionalidad de las Cargas**

Esta teoría se fundamenta en el hecho de que ningún ciudadano debe sufrir más que otro las cargas impuestas en interés de todos. Cuando un acto produce un daño injusto a un ciudadano con respecto a los demás, debe ser indemnizado.

Partiendo de ésta teoría, se fijó como principio para responsabilizar al Estado, el de igualdad ante la ley. Según este principio, cuando el Estado produce un daño a una persona que no está obligada a soportar el mismo, debe ser recompensado mediante el pago de una indemnización “... pues sería injusto que un particular se sacrifique, sin tener que hacerlo, en beneficio de la comunidad y que ésta no compense dicho sacrificio”.<sup>37</sup>

### **C) Teoría de la Responsabilidad por Riesgo**

La responsabilidad de la Administración Pública, existe por el hecho de haber ocasionado el funcionamiento del servicio público, un perjuicio particular a un individuo o a un grupo de personas. La posibilidad de ocasionar ese daño es un riesgo que corre el Estado al realizar cada uno de sus actos, por lo tanto hay responsabilidad por riesgo.

---

<sup>37</sup> Entrena Cuesta, Rafael: Curso de derecho administrativo, Responsabilidad del Estado, Argentina, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, pág. 54.

## **D) Teoría de la Equidad**

Propugnada por **Mayer** quien sostenía “La indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado”.<sup>38</sup>

### **2.7.2.2.3. Fundamento Constitucional y Legal**

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado debe encontrarse en la Constitución, a fin de constituir una verdadera garantía.

Dice **Fiorini** acerca de la inexistencia de una norma expresa sobre la responsabilidad del Estado, “Es verdad que no hay un artículo que consagre la responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, pero hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda la responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa de los derechos adquiridos y reconocidos”.<sup>39</sup>

En cuanto a esta teoría no existe una disposición expresa en la Constitución de la Republica sin embargo, este cuerpo normativo hace alusión a la responsabilidad de los funcionarios públicos, consagrándolos en el Titulo VIII del cuerpo normativo antes mencionado.

### **2.7.3. Responsabilidad Internacional del Estado.**

El Principio básico del Derecho Internacional, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reza así: “todo Estado es

---

<sup>38</sup> Mayer, Otto: Derecho Administrativo Alemán, Responsabilidad del Estado, Argentina, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, pág. 32.

<sup>39</sup> Fiorini, Bartolomé: Manual de Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, 1968 , pág. 1098.

internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados”<sup>40</sup>.

En la actualidad la ampliación de la función de la responsabilidad internacional en los casos de graves violaciones de principios fundamentales del ordenamiento internacional, aspira a la imposición de sanciones de otra clase, no solo la reparación del daño, sin embargo, su función esencial y mas importante sigue siendo reparatoria.

Lo que se persigue con ello es la reparación de los daños causados por un Estado en violación del Derecho internacional, su naturaleza se origina en la relación de Estado a Estado, el hecho ilícito de un Estado causa daños directos a otro Estado y las consecuencias las sufren directamente los nacionales del Estado.

#### **2.7.3.1. Codificación de la Responsabilidad Internacional del Estado**

Durante años la Sociedad de las Naciones - hoy Organización de las Naciones Unidas- ha tenido como objetivo la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos de carácter internacional; en 1930 promovió que en la Conferencia de Codificación celebrada en La Haya, se hiciera el intento de codificar el régimen de responsabilidad internacional por daños causados a particulares extranjeros. La Comisión respectiva avalo la normativa en los aspectos de fundamentación de la responsabilidad y la caracterización del hecho ilícito, pero no se pudo concluir en la materia, por las diversas discrepancias que se suscitaron.

---

<sup>40</sup> Mauricio Ivan del Toro Huerta, La Responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Pág. 664.

Posterior a ello, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 7 de diciembre de 1953 pide a la Comisión de Derecho Internacional que inicie trabajos sobre los principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad entre los Estados; fue en el periodo de sesiones de 1996 que la Comisión aprobó un Proyecto de Artículos sobre la materia.

El Proyecto de Artículos comprende la manifestación mas tradicional de la responsabilidad internacional, es decir la causada por hechos que suponen trasgresión de una obligación internacional.

La Comisión se ha mostrado renuente en codificar las normas que imponen obligaciones a los Estados cuya violación puede ser causa de responsabilidad internacional- dicese de las normas primarias-, se ha interesado mas en las normas secundarias, las que tienen por objeto definir las condiciones generales que han de satisfacerse, en derecho internacional, para que el Estado sea considerado responsable de acciones u omisiones ilícitas y establecer las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones señaladas por las normas primarias; referente a las normas primarias, estas implicarían enunciar en una Convención todas las normas de Derecho Internacional, situación que envolvería la reformulación de la mayor parte del Derecho Internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional, existiendo con anterioridad normas especiales de Derecho Internacional, ratificadas ya por los Estados, además, de llegarse a una resistencia política por parte de los Estados.

Posterior, a 1996 los trabajos de la Comisión y la discusión del mismo por los gobiernos, deja entrever que no se considera seriamente la adopción de una convención sin embargo, siendo una mera declaración de principios el fruto del trabajo de la Comisión, no se priva completamente su utilidad siendo una

base de apoyo para organismos jurisdiccionales en la identificación de normas consuetudinarias.

A más de 45 años, que la Comisión de Derecho Internacional, inicio la codificación de la Responsabilidad Internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, culmina en el año 2001 el esfuerzo de tal Comisión con la aprobación del “Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, incluyendo en su aplicabilidad las violaciones de todas las normas primarias, excepto en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, encuentre el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado en una norma especial de Derecho Internacional.<sup>41</sup>

#### **2.7.3.2. Del Hecho Ilícito en la Responsabilidad Internacional del Estado.**

Según el Artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en lo sucesivo Proyecto), “la Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”; para una mejor comprensión, debe partirse por los elementos que conforman al hecho ilícito y tal como lo describe el Artículo 2 del Proyecto “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

---

<sup>41</sup> [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TECBX?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo\\_print](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TECBX?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print), consultada en noviembre de 2006.

En el literal “a” del artículo 2 del Proyecto se diferencia el **elemento subjetivo** de esa acción u omisión “Es atribuible al Estado según el derecho internacional”, destaca como elemento la **atribución** o **imputación**, los Estados intervienen en la realidad por medio de los seres humanos, ya que su naturaleza lo convierte en un ente no tangible, las personas actúan en nombre del Estado, y desde esta perspectiva las acciones jurídicamente ilícitas son imputables al Estado.

El literal “b” de este artículo, refiere al origen y carácter de la infracción siendo esto el **elemento objetivo** del hecho ilícito, el origen de la “obligación internacional” del Estado, puede ser una regla consuetudinaria, convencional, aquella que se asume por actos unilaterales, la impuesta por un órgano de una organización internacional o la de un tribunal arbitral, la violación en una de estas fuentes y entre otras implica la existencia de un hecho ilícito internacional.

## **2.8. CONCLUSIÓN DE CAPITULO.**

Aquí abordamos las normas del ius cogens de una forma mas concreta en la cual se delimita desde su evolución e intentos de codificación que se realizaron a lo largo de la historia hasta la importancia de las mismas tanto en el ámbito internacional como la importancia que tiene para el derecho nacional.

Las normas del Ius Cogens han sido muy criticadas, negadas y /o aceptadas en su constante transformación, para algunos doctrinarios este Derecho no tiene ningún poder coercitivo, es un mero sistema voluntarista y sus

fuentes no son la razón de su existencia, sin embargo, al igual que muchos juristas se coincide en adjudicarle la calidad de un mero Derecho

En el presente trabajo nuestro objeto principal es el desarrollo de normas específicas de *Ius Cogens* es así como la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así mismo el Derecho de Reparación es una división entre las responsabilidades nacionales e internacionales de los Estados que cometan hechos ilícitos.

### **CAPITULO III**

## **DECLARACION DE ACEPTACION DE COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO DE EL SALVADOR**

### **3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION A LOS DERECHOS HUMANOS.**

#### **3.1. Historia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos**

El Sistema Interamericano es definido como la “unión moral de los Estados americanos basada en los principios de igualdad y respeto a su independencia”<sup>42</sup> El Sistema Interamericano no es otra cosa que una unión moral. Hay que distinguirlo de la Organización de los Estados Americanos. Los antecedentes del Sistema Interamericano se remontan al Congreso Anfictiónico de Panamá, celebrado en 1826, que, a su vez tiene sus ancestros en la Carta de Jamaica, que plantea la idea original del libertador Simón Bolívar.

##### **3.1.1. Congreso de Panamá**

El Congreso Anfictiónico se realizó en el año de 1826 en Panamá, nombre que deriva de las ligas anfictiónicas griegas. Simón Bolívar deseaba que el istmo de Panamá fuese para América lo que el de Corinto para los Griegos. A ese congreso concurrieron cuatro Estados: *Colombia* (que hoy sería: Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá), la *Republica de Centroamérica* (El Salvador, Nicaragua, Honduras y Costa Rica), *México* y *Perú*; y observadores de Gran Bretaña y Holanda y delegados por los Estados Unidos, Argentina, Bolivia y Brasil que no llegaron. En esa reunión se crearon dos instrumentos fundamentales: *El*

---

<sup>42</sup> Navia, Nieto: Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Colombia, Bogota 1993, Pág. 9.

*tratado de Unión, Liga y Confederación perpetuas y un Protocolo anexo: la Convención de Contingentes.*

El Tratado de Unión, Liga y Confederaciones Perpetuas, Consagra los siguientes puntos: una confederación de los Estados americanos para la consolidación de la paz y la defensa solidaria de sus derechos, la defensa de la independencia política y de la integridad territorial de los Estados americanos, la solución pacífica de controversias obligatorias (los buenos oficios y la mediación, no solo entre los Estados americanos, sino entre ellos y los Estados europeos o potencias extranjeras), la ciudadanía continental, la abolición de la esclavitud, la codificación del derecho internacional, la democracia como sistema esencial del gobierno y el ejército confederado que surge de la Convención de Contingentes y que se forma en el momento del conflicto.<sup>43</sup> Este Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetuas nunca se ratificó, ni entró en vigor. Posteriormente se trató de revisarlo en el Congreso de Tacubaya, sin éxito. Pero la idea quedó ahí y el congreso anfictionico de Panamá es el gran antecedente del Sistema Interamericano actual.

### **3.1.2. Los Congresos Hispanoamericanos del siglo XIX**

Los Congresos hispanoamericanos del siglo XIX. Estos congresos fueron así denominados ya que en ellos no participaron los Estados Unidos. Así se fue construyendo una filosofía hispanoamericana más que panamericana.

El primero de esos congresos fue el de Lima (1847-48), al cual asistieron Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Se firmaron tratados de Confederaciones (inspirado en el tratado de Panamá) y sobre comercio y navegación y Convenciones sobre Agentes Consulares y de Correos que no

---

<sup>43</sup> Idem. Pág. 10

entraron en vigor. El segundo de los Congresos hispanoamericanos, convocado en Santiago de Chile (1856), asistieron Chile, Ecuador y Perú y firmaron un Tratado Continental de Alianza y asistencia reciproca, el cual quedo abierto para los demás Estados hispanoamericanos, Nicaragua se adhirió a el.

A finales de 1856 dada la poca asistencia que había tenido el congreso en Santiago, se reunió el tercer congreso en Washington, con asistencia de Costa Rica, Guatemala, Colombia, Honduras, México, El Salvador y Venezuela, para firmar un tratado de Alianza y Confederación, fundamentalmente igual a la firmada unos meses antes por Perú, Chile y Ecuador.

En la ciudad de Lima se llevó a cabo el cuarto Congreso en el año de 1864, asistieron Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Venezuela y Perú. Fue el más concurrido de todos. En ese año los Estados hispanoamericanos se sentían amenazados en su integridad territorial ya que habían surgido problemas con Estados Unidos. En este Congreso se firmó un Tratado de Unión y Alianza Defensiva con un ejército continental que es, prácticamente, una copia del Tratado de Unión Liga y Confederaciones Perpetuas de Panamá de 1826. También se pacto el arreglo pacifico de las controversias y se volvieron a firmar tratados sobre correos y sobre comercio y navegación.

En el año de 1888 y 1889 se reunieron en Montevideo el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en el que se trataron temas de patentes, marcas, derecho procesal y penal y asilo diplomático.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Idem. Pág. 12

### **3.1.3. Las Conferencias Internacionales Americanas.**

En el año de 1889 se inició el ciclo de las conferencias internacionales americanas. La Primera se realizó en Washington (1889) Convocada por los Estados Unidos. En esta se creó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, como una oficina de representación que se llamo “Oficina Comercial”. La resolución por la cual se creó la Oficina de Comercio de las Repúblicas Americanas se firmó el 14 de abril de 1890.

El problema de cooperación económica fue el tema en agenda en la primera Conferencia, se ideó un proyecto de arbitraje y la creación de un Banco Internacional Americano que vino a concretarse 70 años después.

La Ciudad de México fue la sede de la segunda Conferencia a comienzos del siglo (1901-2) La oficina Comercial empezó a llamarse “Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas”, y se le dio un carácter más amplio que el meramente comercial. Se aprobaron resoluciones, tratados y convenios sobre temas prácticos, como indemnizaciones por razón de daños y perjuicios, extradición, códigos de derecho internacional privado y público y cuestiones comerciales como patentes, marcas, dibujos y arbitraje obligatorio.

En 1906 se reunió la tercera Conferencia en Río de Janeiro. Volvieron a ampliarse las funciones de esa Oficina Internacional, se empezó a gestar la organización. Hubo una Convención sobre Reclamaciones pecuniarias y se modificaron varias de las que se habían firmado en la Conferencia anterior.

La cuarta Conferencia (Buenos Aires, 1910) cambió de nuevo el nombre a la oficina Internacional por el de “Unión Panamericana”, con el cual va a quedar identificada la Secretaria General de lo que hoy es la Organización de los

Estados Americanos. Apareció el secretario del Consejo. En esta conferencia se trató de establecer la “Organización” de la Unión Panamericana. Hubo también convenciones, resoluciones y tratados sobre patentes, marcas y propiedad intelectual.<sup>45</sup>

#### **3.1.4. Sistema Interamericano**

“El ideal Bolivariano se orientó hacia la organización de un sistema político y social inspirado en el respeto de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad del ser humano donde se garanticen, dentro del pleno ejercicio de la libertad, las condiciones necesarias para alcanzar el pleno ejercicio de la libertad, las condiciones necesarias para alcanzar el pleno desarrollo de la persona y de la comunidad”

El artículo 27 del Tratado de la Unión, Liga y Confederaciones Perpetuas entre las Repúblicas de Colombia, Centro América, Perú y Estados Unidos Mexicanos (Panamá 1826); los firmantes se comprometieron a *“la completa abolición y extirpación del trafico de esclavos de África”*

La VIII Conferencia Panamericana (Lima, 1938) aprobó resoluciones referentes a Derechos Humanos específicos y una Declaración en Defensa de tales derechos, en la que se solicitaba que se respetaran los Derechos Humanos, los sentimientos humanitarios y el patrimonio espiritual y material de la civilización.

El comité Jurídico Interamericano fue el encargado de redactar un proyecto de declaración para ser sometido a una conferencia de jurisconsultos que fuera adoptado luego como convención. Por resolución XXXI también se

---

<sup>45</sup> Idem. Pág. 13.

recomendó al Comité Jurídico Interamericano, dado que “no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”, la elaboración de un “proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los Derechos del hombre”.

La resolución XXV de la octava Conferencia y la IV de la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936) se refirieron a una Corte de Justicia Internacional Interamericana. Por ser la justicia uno de los elementos que aseguran el libre ejercicio de los derechos y mantiene una conciencia continental de armonía entre los Estados Americanos, basada en el predominio de las normas jurídicas”, pero esta tenía una inspiración similar al que inspiró la creación de la Corte de la Haya.

La décima Convención adoptó convenciones sobre asilo diplomático y territorial y resoluciones sobre “Estímulo de fortalecimiento de los Sindicatos Libres, derechos civiles, políticos y económicos de la mujer y estatuto orgánico de la Comisión interamericana de mujeres y sobre discriminación racial.”<sup>46</sup>

Fue la V reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959) donde se aprobó una resolución sobre derechos humanos en cuya primera parte se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de “un proyecto de Convención sobre derechos humanos y otros u otros proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos y otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos” y en su segunda parte se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Encargada de promover el respeto de tales derechos” El Consejo de Jurisconsulto sobre la base de un texto

---

<sup>46</sup> Conferencias Internacionales Americanas, segundo suplemento. Citado por Navia, Nieto: Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Colombia, Bogotá, 1993. Pág. 43.

presentado por Uruguay, elaboró en septiembre de 1959 un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que enumera los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y crea, como órganos encargados de velar por su observancia, una Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>47</sup> Este proyecto fue inspirado en la Convención Europea y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La Convención americana fue proyectada entre 1959 y 1965, cuando parecía que la aprobación de los dos pactos de Derechos Humanos por las Naciones Unidas estaba detenido. Cuando en 1966 se procede al pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue elevada como órgano de la OEA, en el año de 1967 en Buenos Aires, Argentina, con la función principal de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos, preparó un proyecto de enmiendas y un proyecto de convención. Con todo este material el Consejo citó a una Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos que se reunió en San José y que culminó con la firma, el 22 de noviembre de 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en aquella fecha por 12 Estados. Seis Estados más la firmaron posteriormente, incluido Estados Unidos, Bolivia, Haití y México. Han ratificado la Convención 23 Estados. Los Estados Unidos no lo han hecho y lo acompañan en esta actitud, entre otros, Brasil.<sup>48</sup> y la mayoría de los pequeños Estados angloparlantes del Caribe.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Texto de la OEA: Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Washington, 1968, Págs 236 y ss.

<sup>48</sup> Brasil anunció en Asamblea de Cartagena (1985) haberse sometido a la Convención a la aprobación de los Órganos internos competentes.

<sup>49</sup> Antigua Barbuda, Bahamas, Dominica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, San Kitts y Nevis.

La Convención entró en vigor al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada el 18 de julio de 1978. En el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en 1988 en San Salvador, se adoptó el protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, llamado "*protocolo de San Salvador*". Quince Estados lo firmaron en aquella fecha. Posteriormente lo firmó Venezuela pero solamente Surinam lo ha ratificado. Entrará en vigor cuando lo ratifiquen o se adhieran a él once Estados.

### **3.2. Órganos Interamericanos de Protección a los Derechos Humanos.**

En la segunda mitad del siglo XX tras la creación de mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos, se desarrolla el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos.

En el año de 1959 en la quinta reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores celebrada en Santiago de Chile fue creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Diez años más tarde fue creada la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Convención Americana.<sup>50</sup>

La Comisión y la Corte están compuestas por siete magistrados, elegidos por los estados de acuerdo con lo establecido en la convención Americana. El mandato de los miembros de la Comisión tiene una duración de 4 años y son reelegibles por única vez; los miembros de la Corte ejercen su mandato por un periodo de 6 años y también son reelegibles una vez. La Comisión y la Corte sesionan en los países que les sirven de sede: la Comisión,

---

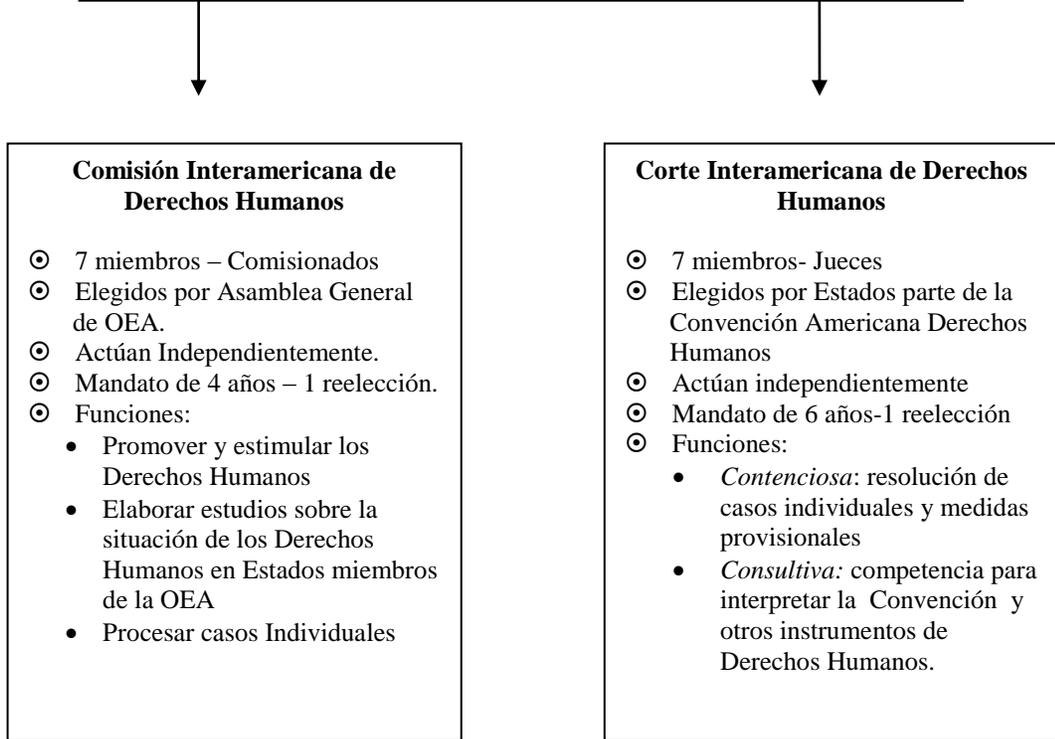
<sup>50</sup> Conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

en Washington D.C. Estados Unidos, y la Corte en San José, Costa Rica. Los órganos del sistema tienen dos o tres periodos de sesiones ordinarias, que se extienden aproximadamente tres semanas y, en ocasiones, celebran sesiones extraordinarias.

La actuación de la Comisión y de la Corte está facultada por distintos instrumentos Internacionales, Estas desarrollan sus funciones bajo el marco normativo compuesto por el siguiente conjunto de tratados internacionales:

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Para.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Incapacidad.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

**Órganos del Sistema Interamericano  
de Derechos Humanos.**



La Comisión ha desarrollado la función de proteger los Derechos Humanos con la antelación de la entrada en vigor de la Convención Americana. En los primeros tiempos como órgano de promoción y, con el paso del tiempo y ante fenómenos como la desaparición forzada de personas, ha desempeñado un papel mas activo como órgano de protección a los Derechos Humanos. La Comisión puede realizar diversas actividades otorgadas por la Convención Americana, tales como: la publicación de informes, la emisión de comunicados de prensa o las visita *in loco* a los países, de la misma manera, la Comisión puede tramitar y resolver casos individuales de violación a los Derechos

Humanos y, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones por parte de los Estados, puede decidir llevar el caso a la Corte.

La Corte por su parte fue creada por la Convención con el objeto de supervisar, de manera complementaria a la Comisión y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención. Posee una competencia contenciosa y una consultiva; en virtud de su competencia contenciosa la Corte Interamericana decide los casos y medidas provisionales que son sometidos a su conocimiento por la Comisión Interamericana o por los Estados. El ejercicio de su competencia consultiva, emite pronunciamientos sobre la interpretación de la Convención y otros Tratados Internacionales, relacionados con la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos.

### **3.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

#### **3.2.1.1. Antecedentes**

La novena conferencia de Bogotá (1948) a propuesta de Brasil, se encarga al Comité Jurídico Interamericano, el preparar un proyecto de Estatuto de una Corte Interamericana de Salvaguarda de los Derechos Humanos. Esto no dio fruto alguno, ya que el Comité consideró prematuro el emprender una tarea de tal envergadura, aduciendo la falta de un derecho positivo en la materia, y además la transformación radical del sistema constitucional de los Estados americanos.

En 1959 el marco de la quinta reunión extraordinaria de Ministros de Relaciones exteriores (Resolución VIII) fue creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), teniendo por objetivo la protección de los Derechos Humanos.

La Organización de Estados Americanos a través del Consejo Permanente aprobó el 25 de mayo de 1960 el estatuto de la Comisión, otorgándole el status de entidad autónoma de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En la segunda conferencia Interamericana extraordinaria realizada en el año de 1965 en Río de Janeiro, se aprobó la resolución XXII bajo el nombre de “*Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” que facultó a la Comisión a conocer de peticiones individuales.

En el año de 1967 se aprobó el protocolo de Buenos Aires, primera reforma de la carta de la Organización de Estados Americanos, otorgándosele a la comisión un mandato de protección de los Derechos Humanos, constituyéndose como un órgano principal de la Organización con respecto a todos los Estados miembros.

Con esta reforma la Comisión Interamericana llega a adquirir una legitimidad institucional y un rango constitucional del cual antes no gozaba<sup>51</sup>

De esta forma, la Carta de la Organización de Estados Americanos, estipula lo siguiente:

“La organización de los Estados Americanos realiza sus funciones por medio de:

- a) La Asamblea General
- b) La reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.
- c) Los Consejos
- d) El Comité Jurídico Interamericano.
- e) *La Comisión de Derechos Humanos.*

---

<sup>51</sup> Robledo Verduzco, Alonso Gómez: Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. México D.F. 2000. Pág 2.

- f) La Secretaria General.
- g) Las Conferencias Especializadas.
- h) Los Organismos Especializados.<sup>52</sup>

### 3.2.1.2. Composición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana esta compuesta por siete miembros de alta calidad moral y reconocido conocimiento en materia de Derechos Humanos, quienes son elegidos a título personal y representan a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. La elección se realiza en la Asamblea General de la OEA, en el periodo de sesiones anterior a la expiración del cargo de los comisionados salientes, de una lista de candidatos propuestos por los estados miembros. Cada Estado puede presentar hasta tres candidatos, de los cuales al menos uno deberá ser nacional de un Estado distinto al Estado proponente. El mandato dura cuatro años y pueden ser reelegidos por una sola vez.

#### Composición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Nombre	Cargo	País	Período
José Zalaquett	Presidente	Chile	Enero 2002 - Dic. 2005.
Clare K. Roberts	Primer Vicepresidente	Antigua Barbuda	Enero 2002 - Dic. 2005.
Susana Villarán	Segunda Vicepresidenta	Perú	Marzo 2002-Dic. 2005.
Evelio Fernández Arévalos	Comisionado	Paraguay	Enero 2004 - Dic.2007.
Freddy Gutiérrez Trejo	Comisionado	Venezuela	Enero 2004 - Dic. 2007.
Florentín Meléndez	Comisionado	El Salvador	Enero 2004 – Dic. 2007
Paulo Sergio Pinheiro	Comisionado	Brasil	Enero 2004 - Dic. 2007.

<sup>52</sup> Véase Artículo 52, capítulo VIII de la Carta de la OEA suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en, 1967.

### 3.2.1.3. Funciones.

La Comisión Interamericana tiene la función principal de promover la observancia y la protección de los Derechos Humanos. En cumplimiento de su mandato, la Comisión:

1. Recibir, analizar e investigar peticiones individuales en que se aleguen violaciones de los Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 44 a 51 de la Convención, los artículos 19 y 20 de su Estatuto y los artículos 22 a 50 de su Reglamento. Así mismo presentar casos ante la Corte Interamericana y comparecer ante ésta en el litigio de los mismos.
2. Solicitar a los Estados que adopten “*medidas cautelares*” para evitar un daño grave e irreparable a los Derechos Humanos en casos urgentes. La Comisión puede también solicitar que la Corte Interamericana ordene la adopción de “*medidas provisionales*” en casos urgentes que entrañen en peligro para las personas, inclusive aunque no se haya presentado un caso ante la Corte.
3. Celebrar audiencias sobre casos, medidas cautelares o determinados temas.
4. Observar la situación general de los Derechos Humanos de los Estados miembros y cuando lo considere apropiado publicar informes especiales sobre la situación de Estados específicos.
5. Crear conciencia en la opinión pública acerca de los Derechos Humanos en el continente Americano. A tal efecto, la Comisión lleva a cabo y publica sus estudios sobre temas específicos, tales como las medidas que de grupos armados, la situación de los derechos Humanos de los/as niños/as y la mujer, y los derechos de los pueblos indígenas.
6. Realizar visitas *in loco* a los países para llevar a cabo análisis en terreno y con profundidad de las situación general y/o investigar una situación específica.

7. Emitir comunicados de prensa informando acerca de una determinada situación o alertando sobre alguna violación a los Derechos Humanos.
8. Recomendar a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas que atribuyan a la protección de los Derechos Humanos.
9. Solicitar opiniones consultivas de la Corte Interamericana en relación con cuestiones vinculadas a la Convención Americana, y
10. Presentar un Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

#### **3.2.1.4. Procedimiento ante la Comisión de Derechos Humanos.**

La comisión es el primer órgano que conoce en el procedimiento de peticiones individuales. De este modo, como resultado de un proceso contradictorio entre el Estado y los/as peticionarios/as que tienen por objeto garantizar la tutela de los derechos básicos protegidos por la Convención, la Comisión establece la existencia o no de responsabilidad internacional del Estado por la violación de uno o varios de los derechos protegidos por la Convención. Sobre esta base la Comisión puede enviar un caso a la Corte Interamericana o publicar el informe final en el que determina la existencia o no de la responsabilidad del Estado denunciado.

La Comisión inicia la tramitación de un caso, o bien en virtud de una petición o denuncia de acuerdo a lo establecido por el artículo 44 de la Convención, o bien *Motu proprio* en aplicación del artículo 24 de su Reglamento. En General los casos se inician con ocasión de denuncias ya que la comisión no tiene la práctica de abrir casos *motu proprio*.

### 3.2.1.5. Condiciones de Admisibilidad de la Petición

Antes de iniciar el trámite de una petición la CIDH debe verificar los siguientes aspectos:

- **Naturaleza de las personas** que intervienen en el procedimiento tanto como denunciantes, como denunciados; el denunciado debe ser un Estado miembro de la Convención o un Estado miembro de la OEA.
- Materia **Objeto** de la petición o comunicación, este debe referirse a un Derecho protegido por la Convención, la Declaración Americana o cualquier otro tratado interamericano. En el caso de los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención, la petición debe referirse a algún derecho reconocido en la Declaración Americana.
- **Lugar o jurisdicción** en que han ocurrido los hechos objetos de la denuncia.
- **Agotamiento de los recursos internos**, es indispensable que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos que ofrece la jurisdicción interna del Estado en cuestión.

**Excepciones** a la regla de acuerdo al Art. 46 numeral 2 de la Convención, no se requerirá agotar los recursos de la jurisdicción interna cuando:

- a) cuando el ordenamiento jurídico interno no consagre un recurso o acción para poner remedio a una determinada violación.
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y
- c) cuando haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

## **3.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

### **3.2.2.1. Creación.**

En noviembre de 1969 durante la Conferencia especializada sobre Derechos Humanos en San José Costa Rica, se aprobó la convención Americana sobre Derechos Humanos que dio creación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte es un órgano autónomo de la Organización de Estados Americanos, se instaló el 3 de septiembre de 1979 en la ciudad de San José de Costa Rica.

Los dos órganos facultados para la protección de los Derechos Humanos previstos por el artículo 33 de la Convención Americana son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte. Ambos órganos tienen la función de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención.

### **3.2.2.2. Reseña Histórica.**

El 22 de mayo de 1972 con la entrada en vigor de la Convención, la Corte se establece como órgano de protección de los Derechos Humanos, fue durante el séptimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrándose la primera reunión el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washigton, D.C.

El 1 de julio de 1978 la Asamblea General de la OEA recomendó la aprobación del ofrecimiento formal de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados partes en la Convención durante el sexto periodo extraordinario de Sesiones de

la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de Septiembre de 1979.

Durante el noveno periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA se aprobó el Estatuto de la Corte y en agosto de 1980, la Corte aprobó su primer reglamento, el cual contiene las normas de procedimiento que rigen su actividad. Luego de varias modificaciones el 1 de junio de 2001 entró en vigencia el Reglamento actual de la Corte el cual fue aprobado durante el XLIX periodo Ordinario de sesiones.

### **3.2.2.3. Composición.**

La Corte esta compuesta por siete miembros, quienes deben de ser de alta autoridad moral, reconocido conocimiento en materia de Derechos Humanos y quienes, además reúnen las condiciones para ejercer la más alta magistratura en el Estado del que son nacionales o en el Estado proponente.

La Asamblea General en el periodo de sesiones inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los jueces salientes, presenta una lista de candidatos propuestos por los Estados miembros de la OEA, eligen a titulo personal a los nuevos jueces que desempeñaran el mandato durante seis años y estos pueden ser reelegidos por una sola vez y son elegidos a titulo personal.

### **Composición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

<b>Nombre</b>	<b>País</b>
Sergio Garcia Ramirez (presidente)	Mexico
Alirio Abreu Burrelli (Vicepresidente)	Venezuela
Oliver Jackman	Barbado
Antonio Cançado Trindade	Brasil
Cecilia Medina Quiroga	Chile
Manuel E. Ventura Robles	Costa Rica
Diego García Sayán	Perú

Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de nacionalidad del Estado demandado, este puede ejercitar el derecho de nombrar un juez Ad-hoc (Art. 55 C.A.D.H.).

#### **3.2.2.4. Funciones del Presidente**

La Corte va a elegir de entre sus miembros, a su presidente y vicepresidente, las cuales durarán en el ejercicio de sus cargos un periodo de 2 años, pudiendo ser reelectos.

El presidente de la Corte Interamericana va a tener las atribuciones siguientes:

- a) Representar a la Corte.
- b) Presidir las sesiones de la Corte y someter a su consideración el orden del día.
- c) Dirigir y promover los trabajos de la Corte.

- d) Decidir acerca de las cuestiones de orden que se susciten en las sesiones.
- e) Rendir un informe semestral a la Corte sobre sus actuaciones en dicho periodo.
- f) Todas aquellas atribuciones que le correspondan de acuerdo al Estatuto, al Reglamento de la Corte, así como las que fueren encomendadas por la Corte misma.
- g) En casos de ausencia temporal del presidente, el vicepresidente lo sustituye y ocupa su lugar en caso de vacante.<sup>53</sup>

### **3.2.2.5. Competencia**

#### **3.2.2.5.1. Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana**

La Corte es competente para decidir sobre la existencia o no de una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de un Estado, y para disponer una indemnización a favor de las víctimas.

Para que la Corte conozca de un caso es necesario agotar primero el procedimiento ante la Comisión. Una vez cumplido dicho procedimiento y los plazos establecidos por la Convención, la Comisión o un Estado pueden someter un caso ante la Corte, siempre y cuando el Estado denunciado haya aceptado la jurisdicción obligatoria de dicho tribunal o acepte su jurisdicción en el caso concreto.

Las tres etapas del procedimiento ante la Corte Interamericana son: *a)* excepciones preliminares que son cuestiones de forma por las que el Estado considera que debe ser desestimada la demanda; *b)* el fondo, en el que se

---

<sup>53</sup> Artículo 12 del Estatuto de la Corte IDH (1979).

tratan las supuestas violaciones en la Convención Americana o cualquier otro instrumento de Derechos Humanos, sobre el que la Corte tenga competencia *ratione materiae*; c) las reparaciones, en las que se discuten las medidas que el Estado debe cumplir para presentar las violaciones que hayan sido probadas durante el proceso.

#### **3.2.2.5.2. Reconocimiento de la Competencia Contenciosa**

Veintiún Estados partes en la Convención Americana han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Ellos son, mencionados en el orden cronológico en el que formularon dicho reconocimiento: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.<sup>54</sup>

#### **3.2.2.5.3. Jurisdicción Contenciosa como Jurisdicción Subsidiaria.**

Rodolfo E. Piza Escalante, antiguo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la jurisdicción contenciosa de la Corte es “*subsidiaria*” en tres sentidos:

- 1) Es subsidiaria en el sentido que, como jurisdicción internacional que incide en la misma materia que corresponde a la responsabilidad y por lo tanto a la jurisdicción interna de cada Estado (el respeto a los derechos humanos de súbditos), solamente conoce de las violaciones de derechos *imputables directamente o reconducibles indirectamente* al Estado mismo. No se trata que las únicas violaciones a los Derechos Humanos, sean las del Estado; los Derechos son situaciones jurídicamente tuteladas a favor del ser humano frente a cualquiera; sino que la protección de estos derechos *en el orden internacional* se creó y tiene sentido, solamente en la medida en que el

---

<sup>54</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 años, Costa Rica, junio 2006. Pág. 13.

ordenamiento interno sea incapaz de garantizarla, y esto ocurre precisamente en dos supuestos únicos: o cuando la violación proviene del Estado mismo, es decir cuando ha sido realizada por sus órganos o funcionarios, en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o, por lo menos, proviniendo de particulares, el Estado es responsable de no prevenirlas, evitarlas, o en su caso, sancionarlas y respetarlas.

- 2) Es subsidiaria en el sentido de que por lo mismo, la jurisdicción internacional sólo se ejerce normalmente, cuando la violación no haya sido reparada plenamente por el derecho interno, que es lo que funda el privilegio del *previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna*; y
- 3) Es subsidiaria en el sentido de que, en el caso del Tribunal, el sistema de la Convención impone también el agotamiento previo de los *procedimientos ante la Comisión*.<sup>55</sup>

#### **3.2.2.6. Competencia Consultiva de la Corte Interamericana**

La Corte posee la función de interpretar la Convención y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Esta competencia no se limita exclusivamente a los Estados que son parte de la Convención Americana, por lo que puede ser puesta en movimiento por cualquiera de los Estados miembros de la OEA y por cualquiera de los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Esta facultad no se limita a la interpretación de la Convención Americana sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos.

---

<sup>55</sup> Robledo Verduzco, Alonso Gómez: Ob. Cit. Pág. 43.

La función consultiva de la Corte Interamericana es un mecanismo adicional que puede ser utilizado para lograr una mayor protección del derecho a la libertad de expresión en el hemisferio, ya sea mediante la expansión de las normas de protección interamericanas o a través de la revisión de la Compatibilidad entre una ley interna y un instrumento internacional de Derechos Humanos.

#### **3.2.2.6.1. Valores de las Opiniones Consultivas**

Una vez que la Corte Interamericana ha emitido una determinada Opinión Consultiva, el Estado solicitante, queda por así decirlo, inhabilitado para poder justificar su posición por medio de cualquier tipo de argumento jurídico.

Así pues las opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana, además de poseer un gran valor tanto por el órgano que los dicta, como por la precisión y puntualización que realizan en cuanto al alcance del derecho interamericano, podríamos decir que poseen además *force de droit* en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

#### **3.2.2.6.2. Aceptación de la Jurisdicción de la Corte.**

Los Estados al derivar partes en la Convención Americana, no están por ello aceptando *ipso facto*, la jurisdicción de la Corte IDH. Se requiere de un acto adicional. Esta declaración en que el Estado reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte, puede ser hecha en el momento en que el Estado en cuestión deposita su instrumento, ya sea de ratificación o ya sea de adhesión, a la Convención Americana.

Además puede reconocer la obligatoriedad de la competencia de la Corte, en cualquier momento posterior a la ratificación o adhesión.

La Convención Americana, establece que el Estado parte, puede reconocer la competencia de la Corte mediante “*Declaración especial, o mediante convención especial*” artículo 62 (1)

Otro a considerar, es que la declaración en que se reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte, puede ser hecha en forma “*incondicional*”, o bien bajo condición de “*reciprocidad*”; y ya sea que se realice para un determinado tiempo, o para un cierto caso, o casos específicos artículo 62 (2).

Una vez que se ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, esta será competente para conocer de cualquier caso que le sea sometido relativo a la interpretación y/o a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 artículo 62 (3).

La jurisdicción contenciosa no puede ser “*meramente declarativa*”, sino que supone una clara violación a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. Es por ello que dispone que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos, la Corte misma dispondrá que se garantice a la víctima en el goce de su derecho o libertad conculcados. Si fuere procedente se dispondrá la reparación del daño y la indemnización adecuada, artículo 63 (1).

### **3.3. De Las Declaraciones de Aceptación de Competencia de Organismos Internacionales para la Protección de Derechos Humanos.**

Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, en la mayoría de casos como la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus cuerpos normativos, crean y establecen organismos de carácter internacional como entes controladores para que den cumplimiento a las disposiciones que en los mismos se estipulan; al ser ratificados como Tratado Internacional estos por los Estados, se suscriben a la competencia de dicho organismo de dos maneras, sea esta automáticamente cuando ratifica en todo su contenido el Tratado o posterior a la ratificación de solo una parte, reservándose la competencia de la entidad controladora del instrumento, cuando se hace esto, el Estado parte puede adherirse, luego a la misma a través de una declaración especial o convención especial.

#### **3.3.1. Las Declaraciones Internacionales.**

Las Declaraciones, en el ámbito internacional, son producto de la manifestación de voluntad de un Estado en las que se enuncia, interpreta, acepta, obliga, denuncia, etc. una situación de carácter mundial, como por ejemplo los Derechos Humanos que tiene una connotación Universal de protección; con el fin de garantizar una armonía integral entre los Estados y sus pobladores, así como de hacer valer su participación dentro de la Comunidad Internacional. Tal voluntad Estatal se requiere para la validez de los actos jurídicos que tengan por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

### **3.3.2. De las Declaraciones como Actos Unilaterales.**

La definición propuesta por el Relator Especial Vicente Rodríguez Cedeño en su Quinto Informe de la Comisión de Derecho Internacional en el 54° Periodo de Sesiones, de acto unilateral es la “manifestación de voluntad inequívoca de los Estados y la intención del autor del acto de producir efectos jurídicos”<sup>56</sup>.

El elemento principal del acto unilateral es la “manifestación de voluntad”, basta la expresión del Estado para que el acto adquiera fuerza jurídica; por ende las declaraciones internacionales son actos unilaterales de los Estados, son fuentes generadoras de obligaciones internacionales.

La elaboración es mas simplificada que la de un Tratado y son de suma importancia en las relaciones jurídicas entre Estados siendo de gran utilidad en el ámbito jurídico internacional. En cuanto a la asignación de las personas con capacidad para emitir actos unilaterales en nombre del Estado, son los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, deben ser considerados representantes del Estado para formular actos unilaterales en nombre de su respectivo Estado , la pauta a esta afirmación se toma de la Convención de Viena de 1969.

Una Declaración de Aceptación de Competencia de un organismo internacional, es la manifestación de voluntad de un Estado para suscribirse a la jurisdicción y competencia de el organismo controlador del Tratado Internacional sucrito y ratificado. Es el acto de aceptación de competencia obligatoria, unilateral e individualizado.

---

<sup>56</sup> "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54° período de sesiones" Sexta Comisión - Quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 06 de noviembre 2002.

### **3.3.3. Tipos de Declaraciones.**

Para efectos de un estudio pertinente a esta tesis donde la relevancia radica en la Declaración de Aceptación de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfocamos este apartado a tres tipos de Declaraciones siendo las siguientes:

#### **(a) Declaraciones Interpretativas**

Son aquellas donde un Estado declara acerca de su entendimiento de una cuestión que figura en una disposición particular de un tratado o de su interpretación de ella. Estas declaraciones interpretativas no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado, su objeto es aclarar el significado de ciertas disposiciones o de todo el tratado que se firma o ratifica. En algunos Tratados se prevén expresamente las declaraciones interpretativas.

Para su formulación como una declaración interpretativa no tiene un efecto jurídico análogo al de una reserva, no es necesario que la firme una autoridad formal, con tal de que quede claro que emana del Estado interesado. Sin embargo, es preferible que esa declaración la firme el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de las autoridades anteriormente mencionadas; y se depositan al momento de firmar, o de depositar el instrumento ratificado, aceptado, aprobado o adherido, este tipo de declaración deja abierto a ser formulada posteriormente.

#### **(b) Declaraciones Facultativas**

En la mayoría de Tratados de Derechos Humanos se prevén que los Estados hagan declaraciones facultativas que sean jurídicamente vinculantes para ellos. En la mayoría de los casos esas declaraciones se refieren a la

competencia de las comisiones o comités de derechos humanos. El momento para su formulación es el mismo que en las declaraciones interpretativas, sin embargo, una formalidad importante para la elaboración de estas declaraciones es que deben estar firmadas por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o por una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de las autoridades anteriores.

### **(c) Declaraciones Obligatorias**

Algunos Tratados requieren que los Estados formulen declaraciones obligatorias, esto significa que se prevén en ellos, que los Estados al firmar, ratificar o al adherirse al Tratado declaren según la naturaleza, objeto y fin del Tratado el compromiso específico de las cuestiones vertidas en dicha convención. Estas declaraciones en muchos casos están previstas en tratados de desarme y de Derechos Humanos. Para su formulación, el Secretario General, en su calidad de depositario, es el encargado de asegurar que se hagan tales declaraciones que vinculan jurídicamente al declarante, al momento de firmar, ratificar o al adherirse al Tratado y deberá ser firmada por autoridad formal es decir, el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o por una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de las autoridades anteriores.

### **3.4. Las Reservas en los Tratados Internacionales.**

Todo Tratado es sujeto a Reserva por parte de un Estado, en virtud que las disposiciones previstas en dicho Tratado, interfieren con el cuerpo normativo del Derecho Interno de ese Estado, si bien es cierto los Tratados en la mayoría de países al ser ratificados son leyes de ese país, estos no pueden perturbar o contradecir el orden legal supremo del país. Por ello, los Estados en sus Constituciones o ley suprema, disponen la facultad de suscribirse aun Tratado

Internacional teniendo como auxiliar de su aplicabilidad a las reservas como justificación para dejar de cumplir una obligación internacional.

#### **3.4.1. Concepto de Reserva.**

Los Estados al momento de la firma, la ratificación, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, tienden a declarar sobre algún punto específico de dicho tratado, si tal declaración es hecha con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al declarante es realmente una reserva.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la define en su artículo 2 literal d) "se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

#### **3.4.2. Diferencia entre Declaración Interpretativa y Reserva.**

Los Estados hacen a veces objeciones a declaraciones relativas a un tratado generalmente se refieren a la cuestión de si la manifestación es simplemente una declaración interpretativa o es realmente una verdadera reserva suficiente para modificar los efectos jurídicos del tratado. Estas objeciones se realizan, a raíz de que toda declaración hecha por un Estado debe ser notificada a todos los Estados partes del Tratado aludido, el Secretario General, en su calidad de depositario, examina todas las declaraciones relativas a tratados que prohíban reservas a fin de asegurarse de que no son reservas, cuando un tratado no mencione las reservas o las autorice, el Secretario

General no hará determinación alguna acerca del carácter jurídico de las declaraciones relativas a ese tratado. El Secretario General simplemente comunicará el texto de la declaración a todos los Estados interesados, permitiendo a esos Estados sacar sus propias conclusiones jurídicas sobre el carácter de la declaración, y es en ese momento que se estudian la declaración y se objetan, si el Estado que formula la objeción llega a la conclusión de que la declaración es una reserva y/o es incompatible con el objeto y el propósito del tratado, ese Estado puede impedir que el tratado entre en vigor entre él mismo y el Estado que formuló la reserva.

El Estado que formula una objeción solicita a veces que el declarante aclare su intención. En esa situación, si el declarante conviene en que ha formulado una reserva, puede o bien retirar su reserva o confirmar que su manifestación es sólo una declaración interpretativa del Tratado o de sus disposiciones.

### **3.4.3. Tipos de Reserva**

Sobre la base que una reserva modifica o extingue efectos jurídicos de una disposición de un Tratado Internacional, estas pueden ser Reservas Modificativas o Reservas Extintivas. Los Estados al firmar, aceptar, ratificar o adherirse al instrumento, analizan la compatibilidad de esta legislación internacional con el Derecho interno de ese Estado, de existir una incongruencia normativa con el derecho que rige la vida jurídica del país, el Estado Parte formula una reserva modificativa, describiendo la disposición a modificar para dar aplicabilidad a la norma internacional. Asimismo, si existe una estricta incompatibilidad con el Derecho Interno, el Estado puede detallar las disposiciones que no puede someterse por contravenir en la normativa nacional, excluyendo las disposiciones.

### **3.4.3.1. Reservas a Disposiciones Normativas, Contractuales e Institucionales de los Tratados.**

Las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales son de naturaleza normativa, contractual y/o institucional, en el campo de los Tratados de Derechos Humanos la mayoría de las disposiciones contenidas son de naturaleza normativa, sin embargo, se señalizan disposiciones contractuales y/o institucionales.

Las disposiciones normativas contenidas en un Tratado de Derechos Humanos, son aquellas que reconocen de los derechos a las personas y de las obligaciones que asume el Estado Parte para darles validez; las disposiciones contractuales contenidas especialmente en los Tratados de Derechos Humanos de carácter sectorial<sup>57</sup>, por ejemplo Convención Contra la Tortura (Artículo 9) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 34 y 35), reconocen el compromiso cooperativo o solidario a que se obligan los Estados Partes entre sí para dar cumplimiento a las disposiciones normativas; y las disposiciones institucionales, son las que establecen en el Tratado mecanismos de control, significa la creación de una entidad jurídica internacional, jurisdiccional o no jurisdiccional que velara por el cumplimiento de las normativas establecidas en el instrumento.

#### **3.4.3.1.1. Reservas a Disposiciones Normativas.**

Existe un mínimo de derechos reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos que en algunos casos son inderogables o por si mismos son medios de protección para todas las personas que se encuentran dentro de

---

<sup>57</sup> Ana Salado, Osuna: Las Reservas a los Tratados de Derechos Humanos, España, 1ª Edición Ediciones, editorial Laborum, 2003. Pag. 83.

la jurisdicción del Estado parte quien tiene la obligación de respetarlos, es por ello que las reservas quedan prohibidas con el fin de salvaguardar la integridad del Tratado y de los derechos ahí establecidos. Sin embargo, estos derechos protectores reconocidos por el Tratado, pueden en muchos casos no armonizar con el Derecho Interno del Estado Parte, de forma constitucional, convirtiéndose en una razón válida para que las disposiciones normativas sean objeto de reservas.

En la práctica, según informes del Comité de Derechos Humanos, se refleja que las reservas efectuadas a este tipo de disposiciones son formuladas por los Estados Partes para evitar modificar una ley interna o por una tendencia política general del Estado.

Por el momento no existe interpretación alguna que prohíba que las normas inderogables (normas sustantivas) sean objeto de reservas, el único límite a considerar es la compatibilidad del objeto y fin del Tratado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que no pueden ser objeto de reservas aquellas normas esenciales y básicas, y de naturaleza perentoria, agrega el Comité de Derechos Humanos: “ La Convención (Americana sobre Derechos Humanos) prohíbe que ciertos derechos considerados como derechos humanos esenciales o básicos puedan ser derogados o suspendidos, como el derecho a la vida garantizado en el artículo 4. Por consiguiente una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma, la situación podría ser diferente

si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho inderogable sin privar al derecho de su contenido básico”<sup>58</sup>

Ahora bien, se ha partido de la reserva a disposiciones normativas donde se reconocen derechos, la contrapartida parte en este conjunto de disposiciones es también que se reconocen obligaciones para el Estado Parte, entre las obligaciones mas destacadas tenemos: a) la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos, aquí se obliga al Estado a adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza; de no obligarse, que sentido tendría el ratificar el Tratado de Derechos Humanos, de presumirse una reserva a esta obligación, la reserva debe considerarse invalida por ser incompatible con el objeto y fin del Tratado, y en si de formularse su efecto seria expansivo para las demás normativas; b) obligación de establecer recursos internos para alegar violación de los derechos reconocidos; c) la suspensión, con carácter temporal, de las obligaciones asumidas; y d) obligación de rendir cuenta ante los órganos internacionales. Las anteriores obligaciones garantizan y respetan los derechos reconocidos por el Tratado comprometiendo al Estado a proteger a las personas y permitiendo a estas el poder hacer valer esos derechos, una reserva a estas obligaciones se volvería incompatible con el objeto y fin del Tratado.

#### **3.4.3.1.2. Reservas a Disposiciones Contractuales.**

La disposición que obliga al Estado Parte aun compromiso con otro u otros Estados Partes, es cuestionable, por el hecho si un Estado Parte puede formular reserva a esta disposición.

---

<sup>58</sup> Idem. Pág. 72-73.

Ningún Estado está obligado a cooperar con otro Estado por lo que podría formular reservas siempre y cuando la exclusión de la obligación no sea incompatible con el objeto del Tratado<sup>59</sup>, situación difícil cuando en eso se fundamenta el objeto; es claro que los Estados deciden sobre sus relaciones con otros Estados y común que un Estado para no formular reserva a esta disposición sinalagmática, utiliza la figura del no-reconocimiento, por medio de una declaración en la que se manifiesta no reconocer a un Estado por lo tanto no existirá relación alguna con éste, excluyendo al Estado de la esfera social del Estado que formula la declaración de no-reconocimiento, en contra parte a esta declaración, el Estado no reconocido responde de forma recíproca, afirmando que no se tendrán relaciones con el Estado declarante.

#### **3.4.3.1.3. Reservas a Disposiciones Institucionales.**

En los Tratados de Derechos Humanos se instituyen órganos internacionales jurisdiccionales o no, su competencia en la mayoría de los casos es facultativa, por lo que para poderla ejercer respecto a un Estado, deberá el Estado manifestar mediante una declaración la aceptación de competencia con carácter obligatorio.

Ahora bien, las disposiciones contenidas en una declaración de aceptación de competencia, plantean la interrogante de que si son consideradas reservas, por una parte se consideran reservas, aun cuando esta se realiza posterior a la firma, aceptación, ratificación o aceptación del Tratado que le da origen al organismo, el acto de voluntad unilateral en el que excluye o modifica parte de la competencia del organismo se perfecciona con el mero consentimiento. Por otra parte, cuando las competencias son obligatorias –

---

<sup>59</sup> Idem. Pág. 75.

caso Corte Internacional de Justicia – las declaraciones de aceptación y el papel de las reservas dentro de estas, no pueden modificar ni excluir efectos jurídicos de las disposiciones vigentes al momento en que el Estado formula la declaración, su función se limita a definir bajo que términos conocerá de las controversias. Para mejor explicación trasladamos textualmente la opinión del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre reservas a los Tratados en el Quinto Informe año dos mil *“Una restricción o condición incluida en una declaración unilateral adoptada en virtud de una cláusula facultativa no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica”*<sup>60</sup>, ello se refiere a que las reservas formuladas son consideradas “sui generis”, no se elaboran sobre la base de un Tratado multilateral, sino unilateral situación que la vinculan estrechamente a un acto de voluntad, siendo una reserva, pero no en un sentido jurídico técnico, sin embargo, esto no significa que este tipo de reservas no sean objeto de control por los órganos competentes para ejercer el control de validez de las reservas.

#### **3.4.4. Procedimiento para realizar Reservas.**

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en su marco normativo establece la forma en que los Estados pueden formular Reservas, en su artículo 19 estipula lo siguiente: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esta prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

---

<sup>60</sup> Idem. Pág. 86.

c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.”<sup>61</sup>

Claramente se establece en este artículo cuales son los momentos para formular reservas siendo en la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión. Si la formulación es durante la firma, aquella firma simple sujeta a ratificación, aceptación o aprobación, constituye una mera declaración y debe confirmarse por escrito cuando el Estado exprese su consentimiento en obligarse, es decir que en ese momento solo es un supuesto de reserva, es hasta que se confirmé que el Estado ratifica, acepta, aprueba o se adhiere al Tratado cuando se formaliza la reserva.

Si la reserva se realiza después de depositar el instrumento ratificado, aceptado, aprobado o la adhesión del mismo, el Secretario General, en su carácter de depositario, verificara que cumpla todos los requisitos necesarios y distribuirá la reserva a todos los Estados interesados. El Secretario General aceptará la reserva en depósito sólo si ninguno de esos Estados le informa de que no desea que considere que ha aceptado esa reserva.

Al formular una reserva esta debe incluirse en el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o bien anexarse a éste, cuando se anexa debe la reserva ir firmada separadamente por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de las autoridades mencionadas.

---

<sup>61</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 19.

Cuando los tratados permiten expresamente las reservas, estas son formuladas en cualquiera de los momentos aquí mencionados, son depositadas y notificadas, y no requiere ninguna aceptación ulterior por parte de los Estados interesados, a menos que el Tratado lo disponga.

No todo tratado permite reservas, estas pueden encontrarse expresamente prohibidas en el instrumento, los Estados ante un tratado de esta clase, solo realizan declaraciones interpretativas, sin embargo sea cual sea la denominación o enunciación de tal declaración estas deben ser preliminarmente evaluadas por el Secretario General como depositario, para determinar que no constituye reserva y no afecta a las obligaciones jurídicas del Estado declarante, luego se procede a la distribución a los demás Estados partes.

Al existir duda en la declaración hecha, el Secretario General solicita al Estado declarante una aclaración sobre la naturaleza real de la declaración, esta no es una estricta facultad del depositario mas bien, corresponde a los Estados partes a través de la objeciones plantear cualquier duda sobre la declaración notificada que consideren reserva; si su objeto es excluir o modificar efectos jurídicos de las disposiciones del Tratado en su aplicación al Estado interesado, el Secretario General rehusará la firma de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, conjuntamente con la declaración.

En algunos Tratados, como son los relativos a Derechos Humanos no se pronuncian respecto a las reservas, y hay Estados que formulan reservas a estos, en esos casos si esta declaración unilateral modificativa o extintiva es concurrente con el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, el Secretario General, como depositario, informará de la reserva a los Estados interesados mediante la notificación de la misma.

Los Estados partes a quienes se les distribuya la reserva, tienen un plazo de doce meses para objetarla, contados a partir de la fecha de la notificación del depositario o de la fecha en la que el Estado expuso su consentimiento en obligarse por el tratado, si este acto fue posterior. De presentarse una objeción o objeciones ante la reserva formulada, el Secretario General la distribuirá como una comunicación, esta no impedirá la entrada en vigor del Tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria, de ser así este deberá expresarlo dentro de la objeción formulada especificando que impide la entrada en vigor del Tratado entre él y el Estado autor de la reserva. De no existir objeción(es) alguna(s), se considera que los Estados han aceptado tácitamente la reserva.

Una reserva o una objeción de una reserva, pueden ser retiradas completamente o de forma parcial, para ello no es necesario el consentimiento de los demás Estados, la formalidad requerida para expresar el retiro, es de forma escrita y firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de esas autoridades; una vez depositada, el Secretario General notifica a todos los Estados partes y este surtirá efecto respecto de otro Estado contratante o del Estado autor de la reserva, cuando ese Estado haya sido notificado del retiro de la reserva o de la objeción a la reserva.

Las reservas pueden modificarse como producto de un retiro parcial o bien para cambiar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, claro que estas modificaciones se vuelve nueva reserva, se distribuye la modificación a los Estados partes del Tratado cediendo el plazo de doce meses para presentar alguna objeción, al no existir objeción alguna, se acepta en deposito la modificación.

#### **3.4.5. Normas sobre Reservas.**

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en sus artículos 19 al 23 describen el procedimiento de formulación de una reserva en un Tratado, no si antes aclarar que es una “reserva” en el artículo 2 literal d); en la práctica jurídica internacional de las organizaciones se elaboran proyectos o documentos de mayor entendimiento y aplicabilidad en materia de Tratados, resultado de ello la Organización de los Estados Americanos elaboró las Normas sobre Reservas a los Tratados Multilaterales Interamericanos y Reglas para la Secretaría General como Depositaria de Tratados, Resolución aprobada en la décima sesión plenaria, celebrada el 14 de noviembre de 1987, este instrumento ha sido elaborado con base a la Convención de Viena y su objetivo principal fue el perfeccionar el proceso, así como el de modificar la normas de Secretaría General como el ente depositario de los instrumentos internacionales.

#### **3.5. CONCLUSIÓN DE CAPITULO.**

El Decreto 319 es un punto clave al compromiso que el Estado de El Salvador asumiría en su responsabilidad a la violación de múltiples derechos humanos durante el conflicto armado.

Principalmente, la responsabilidad atacada para el Estado de El Salvador, es por todas aquellas causas de desaparición forzada, que han llevado y se llevarán al conocimiento del Tribunal Interamericano; sin embargo, es de prever que la Declaración de Aceptación de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos suscrita por el Estado en el año de 1995, limita la competencia para que la Corte IDH conozca de todas aquellas desapariciones realizadas antes de 1995, situación que imposibilita el

conocimiento a la violación de la norma *Jus Cogens* de Prohibición a la Desaparición Forzada de Personas.

El artículo 145 de la Constitución de la República establece que puede hacerse reservas a los Tratados, la reserva expresa es de carácter modificativo, no extingue el fin de la declaración como tal, sino la reserva, que a nuestro juicio es inconstitucional por la negación a la justicia, violentando derechos fundamentales de la persona, modifica la competencia de la Corte; asimismo, por el antecedente histórico que se vivía en El Salvador en ese momento, suponemos que el motivo y efecto de aplicar dicha reserva a la declaración responde al respeto legal que amerita el artículo 146 de la Constitución de la República en su primer inciso, ya que indica que no deberá celebrarse o ratificarse ningún tratado que menoscabe o viole la soberanía e independencia del Estado o gobierno ni los Derechos o Garantías fundamentales de la persona humana

El siguiente capítulo lleva al ejemplo el caso de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz versus El Estado de El Salvador, una breve reseña a sus etapas judiciales internas, de cómo se llevó al conocimiento de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de cómo se resolvió, claramente se critica la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de no conocer del hecho ilícito de Desaparición Forzada, imposibilitado esto por la Declaración de Aceptación de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la investigación apoya en gran medida el voto disidente del Juez Cançado Trinidad, quien reconoce la limitante de esta Declaración en el caso.

## **CAPITULO IV**

### **ESTUDIO DEL CASO HERMANAS SERRANO CRUZ ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

#### **4. ETAPAS JURÍDICAS INTERNAS DEL CASO.**

##### **4.1. Antecedentes y contexto Histórico**

En El Salvador en los años 80 y 90 se configuró el fenómeno de las desapariciones forzadas de personas, consecuencias que fueron objeto de análisis y discusión por parte de la Comisión de la Verdad para El Salvador, auspiciada por las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismos internacionales, órganos del Estado y otras Organizaciones internacionales.

La Asociación Pro- Búsqueda de niños y niñas Desaparecidos en el conflicto Armado, el 31 de mayo de 1996 interpuso una denuncia ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos por la supuesta desaparición de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, ocurrida en junio de 1982 en Chalatenango. La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos a partir de la denuncia de Pro Búsqueda, realizó una serie de investigaciones sobre los casos de niñas y niños desaparecidos en el conflicto armado interno. El 5 de Febrero de 1998 la Procuraduría solicitó al Juzgado de primera instancia de Chalatenango que le informara “sobre el Estado actual de la causa de Ernestina y Erlinda”. El 9 de febrero de 1998 el Juzgado de primera instancia de Chalatenango indicó a la procuraduría que la causa N. 112/93 instruida contra los miembros del Batallón Atlacatl por el secuestro de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz “Se encontraba totalmente depurado, y no se había logrado establecer los extremos del delito así como el paradero de las mismas”, en dos resoluciones y un informe la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos se refirió específicamente al caso de las hermanas Ernestina y

Erlinda Serrano Cruz. Mediante resolución del 30 de marzo de 1998 señaló, *Inter alia*, que en la causa penal seguida por lo sucedido a Ernestina y Erlinda se estaba dando una violación “al debido proceso legal, mediante los hechos violatorios de negación de la justicia e incumplimiento del derecho de recibir justicia sin demora (...) atribuibles a la Jueza competente”, a quien recomendó “ser más diligentes con el principio de oficiosidad procesal “. El 27 de mayo de 1998 el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango archivó el proceso penal (*infra* párr. 48.25)<sup>62</sup>

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en la segunda resolución, de 10 de febrero de 2003, *Inter alia*, reitero lo resuelto en la resolución de 30 de marzo de 1998 y estimó “ que era posible y necesario explorar la utilización de otros mecanismos para que el Estado cumpliera su deuda con las niñas y los niños desaparecidos” durante el conflicto armado y sus familias, dado que dicho fenómeno constituye un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Procuraduría manifestó que la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda parecía ser una alternativa viable para este fin. El 14 de marzo de 2003, la Procuraduría notifico al Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango la resolución, en la que se estableció un plazo de cuarenta y cinco días para que el Fiscal General de la Republica, le informara sobre el impulso de las investigaciones penales.

Debido al incumplimiento por parte de las autoridades estatales a las recomendaciones elaboradas por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en sus dos resoluciones, el 2 de septiembre de 2004 emitió un informe especial “sobre las Desapariciones Forzadas de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, su impunidad actual y el patrón de la violencia

---

<sup>62</sup> Corte IDH. Sentencia sobre el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, 1 de Marzo de 2005, Pág. 30.

en que ocurrieron tales Desapariciones”. Desarrollándose de esta forma un análisis detallado sobre la impunidad del caso de las Hermanas Serrano Cruz.

La Asociación Pro-Búsqueda ha recibido alrededor de 721 solicitudes de búsqueda de niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado, de las cuales ha resuelto aproximadamente 246 casos; la Asociación Pro-Búsqueda a encontrado niños y niñas en distintas situaciones: integradas en una familia en El Salvador y en el extranjero, ya sea mediante adopciones dentro del sistema judicial (adopciones formales) y adopciones de facto o apropiaciones por civiles o militares; que crecieron en orfanato o en instalaciones militares, y conoció de 12 casos de niños y niñas que fueron asesinados. Ha encontrado niños y niñas en El Salvador y otros 11 países de América y Europa. Pro- Búsqueda esta investigando 126 casos de adopciones en el extranjero, así como casos de presuntas víctimas de tráfico ilegal de niños y niñas.<sup>63</sup>

La Asociación Pro-Búsqueda en el año de 1999, emitió un informe en el cual señaló que “durante la época del conflicto funcionaban en El Salvador no menos de cincuenta orfanatos”. La Cruz Roja en un documento había indicado que “el Programa de Trabajo, de Asesoramiento y Atención a los Desplazados había seguido adelante y más fuerte en Chalatenango, donde trajeron 52 niños huérfanos que oscilaban en las edades de recién nacidos y solamente dos de 12 años. Siendo estos alojados en: Hogar Rosa Virginia, Centro de Observaciones, Tutelar de Menores, Hogar Guirola de Santa Tecla y Aldeas S.O.S.”.

Pro-Búsqueda, en sus investigaciones solamente recibió la ayuda estatal de la Procuraduría General de la República y de la Procuraduría para la

---

<sup>63</sup> Corte IDH, Ob. Cit. Pág.31.

Defensa de los Derechos Humanos, Pro-Búsqueda ha tenido acceso a la revisión de los expedientes ante los tribunales internos, pero no así, a la información archivada en las instancias militares.

Durante la vigencia de la Ley Especial Transitoria para establecer el estado civil de personas indocumentadas afectadas por el conflicto, la señora María Victoria Cruz Franco inscribió alguno de sus hijos en las Alcaldías Municipales, entre ellos a sus hijas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz.

El 13 de octubre de 1999, la Asociación Pro-Búsqueda presentó a la Asamblea Legislativa de El Salvador un anteproyecto de “Ley de Creación de la Comisión de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos como Consecuencia del Conflicto Armado Interno”. Sin embargo, el 22 de noviembre de 2000 se notificó a la Asociación Pro-Búsqueda que no hubo “ el consenso requerido para emitir un dictamen favorable” ante la aprobación del anteproyecto de Ley, en razón de que ya existía una “Comisión” similar, conocida como “*Mesa del Procurador*”, ya que en agosto del 2000, el Procurador General de la República había convocado diversas instituciones del Estado y a la Asociación Pro-Búsqueda, con el objetivo de “impulsar investigaciones sobre las desapariciones de niños y niñas durante el conflicto armado”. Sin embargo, en la ejecución de esta iniciativa el Procurador solo obtuvo el apoyo de la Asociación Pro- Búsqueda, ante la ineffectividad de las gestiones hechas y la nulidad de los resultados obtenidos se retiró de la “*Mesa del Procurador*” en marzo de 2002. Luego de esto la Asociación reiteró su petición ante la Asamblea Legislativa, de aprobar la Ley de creación de dicha Comisión.

El 5 de octubre de 2004 se emitió el Decreto ejecutivo número 45 el cual da creación a la “Comisión Interinstitucional de niños y niñas desaparecidos a consecuencia del conflicto armado en El Salvador”, la referida Comisión Tendría por objeto colaborar junto a las instituciones públicas encargadas o

involucradas en la protección de la niñez en la búsqueda de niños y niñas que quedaron separados involuntariamente de su familiares, y propiciar el reencuentro con su familias consanguíneas. La Comisión estaría integrada solamente por autoridades estatales, pero podría contar con la colaboración y acompañamiento de otras instituciones publicas así como de instituciones privadas dedicadas a lograr el propósito de dicha comisión.

#### **4.2. Recurso de exhibición personal interpuesto por la madre de las víctimas.**

El 13 de noviembre de 1995 la Señora Victoria Cruz Franco solicitó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que decretara un auto de exhibición personal a favor de sus hijas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, por el supuesto secuestro de las mismas por miembros del Batallón Atlacatl en el operativo realizado el 2 de junio de 1982 e indicó que podían tener paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz el Capitán José Alfredo Jiménez Moreno, el oficial Rolando Adrián Ticas, Instituciones estatales y no estatales y la Cruz Roja Salvadoreña.

La Sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia nombró a una Bachiller como jueza ejecutora del auto de exhibición personal, quien haría que las autoridades que restringieron la libertad de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz las exhibieran y les manifestaran la razón de dicha restricción, esto ocurrió el 20 de noviembre de 1995.

El 6 de diciembre de 1995 la Jueza ejecutora se constituyó en el ministerio de la defensa nacional e intimo al jefe del departamento jurídico de dicho ministerio, quien manifestó que el capitán José Alfredo Jiménez Moreno y el oficial Rolando Adrián Ticas ya no se encontraban de alta en la institución y proporcionó las direcciones de las mencionadas personas, para los días 6 y 7

de ese mismo año la jueza ejecutora se dirigió a las direcciones otorgadas, el resultado de la búsqueda fue que el Capitán era desconocido y la dirección del mencionado oficial no se encontró.

A la Cruz roja salvadoreña se avocó el 9 de diciembre de 1995, la jueza ejecutora intimando al jefe de la oficina de búsqueda de esa institución, quien le mostró una memoria o reporte del día 16 de junio de 1982 donde se establecía que 52 niños huérfanos entre las edades de recién nacido y doce años del departamento de Chalatenango fueron alojados en distintos hogares e instituciones estatales. De dicha memoria o reporte la jueza ejecutora concluyó en acta que en el “documento no se encontraba el paradero de las menores Ernestina Serrano Cruz y Erlinda Serrano Cruz, ya que la Cruz Roja salvadoreña no hacía investigaciones, solo daban auxilio a las personas que lo necesitaban”. Sin embargo la Jueza ejecutora del auto de exhibición personal no se dirigió a los centros señalados en los documentos tales como: Hogar Rosa Virginia, Centro de Observaciones, Tutelar de Menores, Hogar Guirola de Santa Tecla y Aldeas S.O.S.

El 17 de enero de 1996 la jueza ejecutora emitió informe a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que no era posible intimar al capitán José Alfredo Jiménez Moreno y al oficial Rolando Adrián Ticas por no existir las direcciones exactas de sus residencias, devolviendo las diligencias para que la Sala resolviera.

El 27 de febrero de 1996 la Sala de lo Constitucional recibe el expediente de la causa número 112/93 que llevara el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango sobre el proceso penal instruido en contra de las Fuerzas Armadas del Batallón Atlacatl por el delito de secuestro de las menores Ernestina y Erlinda Serrano Cruz expediente solicitado y remitido para resolver

exhibición personal de las hermanas Serrano Cruz. El 14 de marzo de 1996 resuelve la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia “Sobreseer el proceso de exhibición personal por no haber establecido los extremos procesales para establecer la infracción procesal, con base en que el “habeas Corpus no era un medio para investigar el paradero de una persona detenida ilegalmente hace 13 años por miembros del Batallón Atlacatl, cuyos jefes militares no podían intimarse dado que dicho Batallón no existía en virtud e los acuerdos de paz”. La resolución junto con el expediente 112/93 fue remitido al Juez de primera instancia de Chalatenango para que siguiera la investigación de los hechos denunciados y luego le informara a la Sala del resultado. No consta en el expediente del proceso 112/93 que el Juzgado de primera instancia de Chalatenango haya informado sobre las investigaciones realizadas.

#### **4.3. Proceso Penal ante el Juzgado de primera instancia de Chalatenango.**

El Estado de salvadoreño reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 6 de junio de 1995, en esta fecha se encontraba archivada la causa N. 112/93 en el Juzgado de Primera instancia de Chalatenango, correspondiente al proceso penal iniciado por la denuncia interpuesta por la señora Maria Victoria Cruz Franco el 30 de abril de 1993, el cual fue instruido en contra de las fuerzas Armadas del Batallon Atlacatl en el injusto penal de sustracción del cuidado personal de las menores Erlinda y Ernestina Serrano Cruz. “en el operativo realizado el 2 de junio de 1982” denominado la “*guinda de mayo*”. Dicha investigación se encontraba archivada desde el 22 de septiembre de 1993, casi cinco meses después de iniciada la investigación de los hechos, por estar “suficientemente depurado el informativo

y por no haberse establecido quien o quienes secuestraron a las referidas menores”, y “constaba de 28 folios utilizados”.<sup>64</sup>

El Juzgado de Primera instancia de Chalatenango el 19 de abril de 1996 emitió un auto en el cual se resolvió dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de 14 de marzo de 1996 relativa a la solicitud de exhibición personal presentado por la madre de las hermanas Serrano Cruz.

A la fecha de elaboración de este trabajo no se ha logrado individualizar durante las investigaciones a ningún miembro del Batallón Atlacatl, en contra de quien se instruyó la causa penal N. 112/93. De esta forma, el proceso ha permanecido en la fase de instrucción, sin que se haya definido que sucedió con las hermanas Serrano Cruz.

El 27 de mayo de 1998 el proceso fue archivado, con el argumento que “estaba totalmente depurado el proceso penal y por no haberse establecido quien o quienes secuestraron a las menores, en consecuencia, se archivó el mismo, de acuerdo con lo estatuido en el numeral segundo del artículo 125 del Código Penal de 1973, y parte final del 126 del mismo Código”. El referido artículo 125 del Código penal, titulado “prescripción de la acción penal”, establece que la acción penal prescribirá “a los diez años, en los delitos sancionados con pena de prisión cuyo máximo sea superior a quince años”, salvo el caso que la ley disponga otra cosa. El referido artículo 126 *in fine* del código penal, titulado “comienzo de la prescripción”, establece que “en los casos en que se hubiere iniciado procedimiento, si se abandonare este, el

---

<sup>64</sup> Corte IDH, Ob. Cit. Pág.34.

término de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la última actuación judicial”.

Pasado tres meses de presentada la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se reabrió la investigación penal; siendo activado con un escrito fiscal de 17 de mayo de 1999, en el que el fiscal solicitó una certificación completa del expediente, por “instrucciones del fiscal superior para un análisis más detallado y profundo de dicha causa”, el 24 de junio de ese mismo año se sustituyó al fiscal específico.

Durante la fase de instrucción el juzgado y la Fiscalía no han ordenado o solicitado actuación alguna en relación con orfanatos, ni hogares infantiles, a pesar de contar con información proporcionada por la Cruz Roja, tampoco han intentado citar a declarar a los militares indicados por la madre de las presuntas víctimas.

En el año de 1995, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, a través de la Procuraduría Adjunta de la Niñez, realizó diferentes gestiones en la búsqueda de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado salvadoreño. Pro-Búsqueda el 31 de mayo de 1996 presentó ante la Procuraduría, la denuncia sobre la práctica de la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado salvadoreño, solicitando tutela institucional. Pro-búsqueda agregó a su denuncia datos sobre varias decenas de casos de desaparición forzada de niños y niñas.

Las desapariciones denunciadas habrían tenido lugar en el contexto de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario o de realización de

graves crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante operativos militares de la Fuerza Armada de El Salvador.

Durante la investigaciones realizadas por la PDDH en relación a la desaparición de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, familiares de las niñas, denunciaron ante la Procuraduría que también en el operativo durante el cual se produjeron las desapariciones, conocido entre la población como “*la guinda de mayo*” se habían realizado numerosos asesinatos de personas civiles por parte de efectivos de la Fuerza Armada de El Salvador.

En el año de 1998 la Procuraduría dio por establecida las violaciones a la vida y la libertad de los niños y niñas que han sido relacionadas, en tanto son víctimas de desapariciones forzadas; así también dio por establecida las violaciones al derecho a la vida de las decenas de familias campesinas que fueron exterminadas en los operativos de la Fuerza Armada Salvadoreña, durante lo cual tuvieron lugar las citadas desapariciones. Además se estableció la violación al debido proceso legal, al haberse producido excusables negligencias judiciales y fiscales en la determinación de la verdad acerca de las desapariciones forzadas, especialmente al no impulsar las autoridades judiciales y fiscales, diligencias de investigación adecuadas y suficientes al interior de la Fuerza Armada de El Salvador.

El 5 de marzo de 2002, la Asociación Pro-Búsqueda presentó ante la Procuraduría nuevos datos correspondientes a desapariciones de niñas y niños ocurridos en el desarrollo del conflicto armado,

La procuraduría efectuó investigaciones directas entre 1996 y 1998, por tanto se consideró que existía información amplia y suficiente, mediante la cual

se establecía la existencia de una practica de desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto armado interno de El Salvador.

Además se estableció que tales casos permanecían en una inaceptable impunidad y no existían esfuerzos estatales serios y efectivos en orden a establecer el paradero de las victimas, como tampoco en orden a facilitar su acceso a la justicia, la verdad y a la obtención de reparaciones adecuadas.

El 10 de febrero de 2003 la Procuraduría reconoció la trascendencia que, en materia de derechos humanos, que reviste el conocimiento de la verdad y la aplicación de la justicia en los caso de desaparición forzada de personas, siendo esto calificada como uno de los más odiosos crímenes en contra de la humanidad.

También en el mes de marzo de 2002 la Procuraduría se pronunció a favor de la creación de una “Comisión Nacional” de Búsqueda, a través de su *“Postura en torno a la creación de una Comisión para esclarecer el paradero de los niños y niñas desaparecidos como consecuencia del conflicto armado”* dirigida a la Asamblea Legislativa.

La resolución de 10 de febrero de 2003, ratificó la necesidad de crear una Comisión de Búsqueda en los siguientes términos:

(...)

*1.1. La situación de los niños y niñas desaparecidos como consecuencia del conflicto armado reviste una trascendencia del más alto nivel en materia de derechos humanos. Es una verdadera indiscutible en el ámbito del derecho de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario que la desaparición forzada de personas constituye una de las más elevadas*

*afrentas a la dignidad humana, por lo que ha sido calificado como uno de los más odiosos crímenes de lesa humanidad. Este repudio Universal a la desaparición forzada de personas se debe a que esta modalidad de violación a los derechos humanos afecta los más básicos derechos con uso y abuso del poder estatal, desde el primordial derecho a la vida hasta el derecho al debido proceso legal, como ha sido reconocido unánimemente desde hace años en el ámbito internacional.*

*1.2. En relación con un grupo tan vulnerable como los niños y niñas que han sido arrancados de su entorno familiar a consecuencia del conflicto armado, la situación es, sin duda, mucho más preocupante. Además de afectar los derechos señalados en el párrafo anterior, a los niños y niñas desaparecidos se les afecta sus elementales derechos a la identidad y a vivir en su propio entorno familiar.*

*1.3. (...)*

*1.4. De conformidad con esta perspectiva, el Estado salvadoreño tiene una serie de obligaciones jurídicas frente a los niños y niñas desaparecidos y sus familias: el deber de respetar, el deber de garantizar, el deber de investigar los hechos y sancionar a los responsables y la obligación de restituir los derechos conculcados.*

*(...)*

*1.5. Resulta clara la obligación estatal de restituir la identidad de las y los menores que fueron separados de su entorno familiar en el marco del conflicto armado. (...)*

*1.6. Los delitos relacionados con la desaparición de las y los niños se están cometiendo todavía el día de hoy. En otras palabras, la desaparición*

*forzada es un delito permanente hasta que no se establezca el paradero de las víctimas y se haya esclarecido completamente los hechos*<sup>65</sup> (...)

En el marco de sus funciones, la señora procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, Beatrichi Alemani de Carrillo dictó declaraciones y recomendaciones en los siguientes terminos:

I. “Declara que la situación de los niños y niñas desaparecidos como consecuencia del conflicto armado reviste una trascendencia del más alto nivel en materia de derechos humanos” (...)

III. (...)

IV. Declara que los delitos relacionados con la desaparición forzada de las y los niños se están cometiendo todavía el día de hoy. Por tanto, la desaparición forzada es un delito permanente hasta que no se establezca el paradero de la víctima y se haya esclarecido completamente los hechos, por lo cual debe considerarse un hecho punible que no ha prescrito.

V. Enfatiza la obligación estatal de investigar estos delitos como un deber actual. (...)

VI. Da por establecida la violación a los Derechos a la vida, a la integridad, a la libertad, a la protección de la familia, al nombre, a la identidad y a vivir en su propio entorno familiar, ala asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad, a las garantías judiciales, a la protección

---

<sup>65</sup> Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: Informe sobre la desaparición forzada de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz. San Salvador, 2 de septiembre de 2004. Pág. 9.

judicial y a la verdad entre otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y el derecho internacional...

VII. Declara que si bien han sido responsables directos en la práctica de estas desapariciones forzadas miembros de la Fuerza Armada del Gobierno de El Salvador e integrantes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, El Estado salvadoreño es responsable en la actualidad de incumplir sus obligaciones en materia de brindar acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de las víctimas de estos aberrantes crímenes, siendo manifiesta su negligencia para investigar, procesar y sancionar a los responsables de los mismos, tal como se ha registrado en el presente informe.

VIII (...)

(...)

XV. Estima que es posible y necesario explorar la utilización de otros mecanismos para que el Estado cumpla su deuda con las niñas y los niños desaparecidos y sus familias, por lo cual la creación de una *Comisión Nacional de Búsqueda* parece ser una alternativa viable para este fin y es apoyada por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, aunque ello no significa renunciar de ninguna manera a la aplicación de la ley (...)

XVII. Finalmente exhorta al Estado a dar cumplimiento a las recomendaciones dictadas por esta Procuraduría en la resolución de fecha 30 de marzo de 1998, ya relacionada la presente y las cuales han sido incumplidas hasta esta fecha.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Idem. Pág. 9

Este informe deja claro que en El Salvador se realizó una práctica sistemática de desapariciones forzadas de personas de niños y niñas, en el marco de graves violaciones a los Derechos Humanos.

#### **4.4. EL CASO DE ERNESTINA Y ERLINDA SERRANO CRUZ ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.**

La Asociación Pro-Búsqueda y el centro por la justicia y el derecho internacional (por sus siglas en inglés CEJIL.), el 16 de febrero de 1999, presentaron una denuncia ante la comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), alegando la responsabilidad internacional del estado salvadoreño por la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y la falta de investigación y reparación en casos de desaparición Forzada ocurridos durante el conflicto Armado.

Los peticionarios alegaron ante la CIDH que los hechos denunciados configuran la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente los siguientes: derecho a la vida (artículo 4); a la integridad personal (artículo 5); la libertad personal (artículo 7); a las garantías judiciales (artículo 8 ); a la protección de la familia (artículo 17); al nombre ( artículo 18); derechos del niño (artículo 19) y derecho a la protección judicial todo esto, en violación al deber general de respetar y garantizar los derechos (artículo 1).

Los representantes manifestaron a la CIDH que habían trascurrido mas de 7 años desde que el caso fue denunciado, durante los cuales la actitud del

Estado fue de negligencia durante el proceso, no obstante que los hechos revisten el carácter de acción pública.

#### **4.4.1. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

El 14 de Abril la Comisión Interamericana asignó el número 12.132 al caso y solicitó información al Estado salvadoreño sobre las partes pertinentes de la denuncia del 14 de abril de 1999. El 19 de enero de 2000 los peticionarios solicitaron audiencia para el 106° período de sesiones, pero la Comisión notificó el 7 de febrero del mismo año que no sería posible acceder a dicha solicitud. Luego de reiterada la solicitud de información, el Estado respondió el 25 de febrero de 2000. El 28 de marzo de 2000 los peticionarios presentaron las observaciones a la información del Estado.

La CIDH transmitió las observaciones al Estado el 12 de abril de 2000, y éste remitió la correspondiente información el 11 de julio de 2000, cuyas partes pertinentes se trasladaron a los peticionarios el 25 de julio de 2000. Con fecha 22 de agosto de 2000 los peticionarios solicitaron audiencia para el 108° período ordinario de sesiones, y el 30 de agosto de 2000 presentaron sus observaciones. La CIDH convocó a las partes a una audiencia mediante comunicación del 8 de septiembre de 2000.

El 10 de octubre de 2000 se celebró una audiencia sobre el presente caso en la sede de la Secretaría General de la OEA, en el marco del 108° período de sesiones de la CIDH, en la cual se recibió información actualizada sobre las posiciones de las partes en cuanto a la admisibilidad y el fondo de la denuncia. Participaron en la audiencia CEJIL, representantes de Pro Búsqueda y Suyapa Serrano Cruz, hermana de las víctimas.

#### **4.4.2. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Finalizado el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta presentó la demanda ante la Corte Interamericana el 14 de junio de 2003, adjuntando prueba documental, prueba testimonial y pericial.

Pro- Búsqueda y CEJIL en su calidad de representantes de las víctimas y sus familiares presentaron un escrito ante la Corte IDH, escrito de solicitudes y argumentos, al cual adjuntaron prueba documental y ofrecieron prueba testimonial y pericial.

En ese mismo año, el 31 de octubre El Estado salvadoreño interpuso excepciones preliminares, contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, adjuntando a este, prueba documental, testimonial y pericial.

El 16 de enero de 2004, la CIDH y los representantes presentaron alegatos sobre excepciones preliminares interpuestas por el Estado salvadoreño. Tres meses más tarde informaron que el 30 de marzo de 2004 falleció la señora María Victoria Cruz Franco, madre de las presuntas víctimas.

Por su parte el Estado salvadoreño el 23 y 27 de agosto de 2004 remitió las declaraciones testimoniales y el dictamen pericial rendido ante fedatario público por cuatro testigos y un perito. Los representantes en fecha 23 y de agosto del mismo año remitieron declaraciones escritas rendidas ante fedatario público, por tres testigos y las declaraciones juradas de tres peritos. El 27 de agosto de 2004 la CIDH remitió la declaración jurada escrita rendida por un perito.

El 1 de septiembre de 2004 la CIDH y los representantes presentaron escritos observando las declaraciones juradas rendidas ante fedatario público presentadas por el Estado. El Estado, haciendo uso de su derecho de respuesta dos días después remitió observaciones a las declaraciones juradas presentadas por la CIDH y los representantes, así como a las declaraciones y videos aportados por los representantes.

La Corte IDH el 7 y 8 de septiembre de 2004, celebró la audiencia pública sobre excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas.

Los representantes de las víctimas y sus familiares el 9 de septiembre de 2004, en respuesta al requerimiento realizado por la Corte IDH durante la audiencia pública, remitieron copia del Decreto legislativo N. 486, "*Ley de Amnistía General para la consolidación de Paz*" emitido el 20 de marzo de 1993 y de la sentencia , emitida el 26 de septiembre de 2002 por la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

El 10 de septiembre de 2004 la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos presentó un escrito mediante el cual remitió una copia de su "informe (...) sobre las desapariciones forzadas de las niñas Erlinda y Ernestina Serrano Cruz, su impunidad actual y el patrón de la violencia en las que ocurrió tales desapariciones", emitido el 2 de septiembre de 2004. Los representantes también presentaron una copia de este informe el 6 de septiembre de este mismo año.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Corte ID: Ob. Cit. Pág. 5.

El Estado salvadoreño en fecha 7 de octubre de 2004 presentó sus alegatos finales sobre las excepciones preliminares y eventuales de fondo, reparaciones y costas, adjuntando diferentes anexos. Un día después la Comisión IDH y los representantes remitieron los alegatos respectivos.

El 18 de octubre el Estado salvadoreño presentó un escrito, mediante el cual remitió una copia del “Decreto Ejecutivo Numero 45 suscrito por el Presidente de la Republica y el Señor Ministro de Gobernación, por medio del cual se crea la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador”.

Los representantes el 22 de noviembre de 2004 presentaron información sobre el Decreto Ejecutivo el cual dispone la creación de la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador.

El 23 de noviembre de 2004 la Corte emitió sentencia sobre las excepciones preliminares interpuestas por el Estado salvadoreño, en la cual se decidió:

*Por Unanimidad:*

1. *Admitir la primera excepción preliminar **ratione temporis** interpuesta por el Estado, denominada “incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 73, 78 y 96 de la (...) sentencia, en cuanto a los hechos y actos sucedidos el 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaria Nacional de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.*

*Por seis votos contra uno,*

2. *Admitir la primera excepción preliminar **ratione temporis** interpuesta por el Estado denominada “ Incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 73, 79, 95 y 96 de la (...) sentencia, en cuanto a los hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia de la Corte.*

*Disintió el Juez Cançado Trindade.*

*Por seis votos contra uno.*

3. *Desestimar la primera excepción preliminar **ratione temporis** interpuesta por el estado, denominada “incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 84, 85, 93, 94 y 96 de la (...) Sentencia, en cuanto a las alegadas violaciones a los artículo 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1. de la misma, y sobre cualquier otra violación cuyos hechos o principio de ejecución sean anteriores al 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado deposito en la secretaria general de la OEA el instrumento de reconocimiento de competencia de la Corte.*

*Disintió el Juez Ad-hoc Montiel Arguello.*

*Por unanimidad,*

4. *Desestimar la excepción preliminar denominada “**Irretroactividad de la aplicación de la calificación de desapariciones forzosas de***

**personas**”, de conformidad con los puntos resolutivos primero y segundo y los párrafos 78, 79 y 106 de la (...) Sentencia.

Por unanimidad,

5. Desestimar la segunda excepción preliminar denominada incompetencia **“rationae materiae”**, de conformidad con los puntos resolutivos primero y segundo y los párrafos 78, 79 y 120 de la (...) Sentencia.

Por unanimidad,

6. Desestimar la tercera excepción preliminar denominada **“inadmisibilidad de la demanda por oscuridad e incongruencia entre el Objeto y Petitorio, con el cuerpo de la misma”** por no tratarse propiamente de una excepción preliminar, de conformidad con el párrafo 127 de la (...) Sentencia.

Por seis votos contra uno.

7. Desestimar la cuarta excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre el **“no agotamiento de los recursos internos”**, de conformidad con los párrafos 141, 142 de la (...) Sentencia.

Disintió el Juez Ad-hoc Montiel Arguello.<sup>68</sup>

El 19 de enero de 2005 la Secretaria de la Corte, remitió nota al Estado salvadoreño solicitando cooperación en la remisión a la corte a más tardar el 28 de enero de 2005, de una copia de cualquier otra actuación que se hubiera realizado en el proceso penal causa N. 112/93 seguido ante el Juzgado de

---

<sup>68</sup> Corte IDH: Ob. Cit. Pág. 5 y 6.

primera instancia de Chalatenango con posterioridad al 6 de septiembre de 2004.

El 28 de enero de 2005 el Estado en respuesta a lo solicitado por el presidente de la Corte IDH, presentó escrito y su anexo, mediante el cual indicó que “la Fiscalía General de la República de Chalatenango había requerido al Juzgado de primera instancia que se librara oficio al señor Ministro de la Defensa Nacional a efecto de que el mismo se sirva autorizar al Comandante de la Cuarta Brigada de Infantería de Chalatenango para que ponga a disposición el libro de registro de novedades de la época, de tal forma que pueda practicarse la inspección de este, y que informe si durante el periodo comprendido entre 1982 y 1993, existía un registro sobre alguna adopción que se haya tramitado relacionado con las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz. El Estado adjuntó copia del oficio presentado por el fiscal el 21 de enero de 2005.

El 31 de enero de 2005 el Estado en respuesta a lo solicitado por la Corte remitió una copia certificada de la notificación al fiscal de la resolución emitida el 27 de enero de 2005 por el Juzgado de primera instancia de Chalatenango, mediante la cual ordenó las diligencia que había solicitado el fiscal mediante oficio de 21 de enero de 2005.

#### **4.5. Análisis del voto disidente del Juez Cançado Trindade.**

En la sentencia sobre fondo y reparaciones que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador se dio el voto disidente de uno de los jueces en el sentido que dicha sentencia se basa en la anterior decisión de la Corte (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23 de noviembre de 2004) sobre la primera excepción preliminar en razón del tiempo y en realidad también en

razón de la materia, dado que estas excepciones dejan indebidamente, a juicio del Juez disidente, fuera de consideración del tribunal los hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior a la fecha de reconocimiento por el Estado de la competencia contenciosa de la Corte (06/06/1995) y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento hasta el presente.

Del voto disidente del Juez Cançado Trindade se desprenden siete puntos en los cuales se basa dicho Juez para contrariar la sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos refiriéndose así a los mas importantes del mismo: 1) El Voluntarismo Estatal; 2) El Derecho a la Identidad; 3) Los Derechos del Niño; 4) El Alcance del Derecho a la Vida; 5) Responsabilidad Estatal ante la Jurisdicción Autolimitada de la Corte en el Presente caso.

Es considerado por el autor de dicho voto disidente como la forma en la que el Estado se libra del control internacional sobre las violaciones a derechos humanos que se puedan generar limitándolo a ciertas fechas y ciertas materias; y así mismo, como lo cita el Juez disidente “Seria, en efecto, inadmisibile subordinar la operación del mecanismo convencional de protección a condiciones no expresamente autorizadas por el Art. 62 de la Convención Americana, pues esto no solo afectaría de inmediato la eficacia de la operación de dicho mecanismo, sino, además, fatalmente impediría sus posibilidades de desarrollo futuro...” de la misma forma hay que considerar que la primacía de consideraciones de orden publico sobre la voluntad de los Estados individuales han presupuesto estándares mas altos de comportamiento Estatal y han creado cierto grado de control sobre las restricciones indebidas de los Estados, fortaleciendo así la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Con plena capacidad procesal.

En el presente caso es evidente que el Estado Salvadoreño quiso con su excepción preliminar en razón del tiempo excluir la competencia de la Corte para casos de violaciones a Derechos Humanos que se hubieran iniciado en el periodo del conflicto armado interno que se vivió en el país por más de una década, manifestándose claramente la desprotección a los individuos en Casos como el de las Hermanas Serrano Cruz ya que la competencia de la Corte no sería efectiva en hechos cuyo Principio de Ejecución hubiese sido anterior a su ratificación (06/06/1995). En este caso se puede deducir que la intención del Juez Trindade era clara, dar a entender que desde el momento en que se aceptó la excepción *ratione temporis* por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pudo superar el exceso en el Voluntarismo del Estado, ya que se autolimitó en un importante caso que solo es una parte de la gran cantidad de violaciones a Derechos Humanos que se dieron en el periodo del conflicto armado Salvadoreño.

El Derecho a la Identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares y acceso a estos para satisfacer a una necesidad existencial y mostrándose esencial para la relación de las personas con las demás. En los fundamentos del voto disidente el Juez Trindade Manifestó: “El respeto al derecho a la identidad habilita al individuo a defender sus derechos y tiene por lo tanto incidencia asimismo en su capacidad jurídico-procesal tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.” Por esta razón es que sin la identidad propia se podría decir que uno no es persona, y la personalidad jurídica del individuo se vería afectada al punto que su capacidad jurídico-procesal se vulneraría ya que al manifestarse como categoría jurídica en el mundo del Derecho, afectaría a la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas.

En el presente caso el componente mas importante del Derecho a la Identidad es el Derecho al Nombre y a la Protección de la Familia debido a la separación excepcional del niño de su familia. Por lo tanto el Derecho a la Protección de la familia requiere, así, medidas positivas por parte del Estado.

Según el Art. 19 de la Convención Americana “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, el planteamiento del Juez Trindade en este punto es claro ya que al momento de ejecución del hecho las victimas del mismo fueron los mismos niños y niñas desaparecidos en el conflicto armado salvadoreño de 1980-1991, y concretamente debió haber sido declarada la violación de los derechos del niño en perjuicio de las Hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, así como la extensión de la violación de los derechos a las victimas directas e indirectas de los hechos (los familiares).

El Juez disidente en este punto se basa en el amplio sentido del Derecho a la Vida ya que no es posible que dos niñas que fueron extraídas de su familia se hayan desarrollado a plenitud, siendo inconcebible que después de desaparecer en un conflicto armado puedan tener preservado su derecho a una vida digna o inclusive hayan podido desarrollar un autentico proyecto de vida, todo esto teniendo en cuenta que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado todos los demás derechos carecen de valor y en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.

En esencia el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino

también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una vida una existencia digna.

Si bien es cierto que la Corte no se proclamo sobre varios puntos de violaciones a Derecho Humanos en el caso de las Hermanas Ernestina y Erlinda Serrano y sobre todo se autolimito a no proclamarse acerca de la desaparición forzada hay hechos probados por los cuales si es responsable el Estado Salvadoreño.

Aunque la corte solo pueda pronunciarse sobre el caso a partir de la fecha de aceptación de su competencia por el Estado, no exime al mismo de sus responsabilidades por sus violaciones a los derechos consagrados en la Convención, a partir del momento en que se torno parte de esta; así subsisten las obligaciones convencionales, aunque el Juez Trindade no hace alusión a cuales son las responsabilidades a las que quedaría sometido el estado Salvadoreño; si recalca hasta el cansancio que los hechos probados ante la Corte si le generan una responsabilidad para con los familiares de las Hermanas Serrano Cruz, sin perjuicio de confundir la responsabilidad en la que incurre el Estado por las obligaciones convencionales contraídas por el mismo al momento de la sumisión a la jurisdicción de la Corte.

#### **4.6. CONCLUSIÓN DE CAPITULO.**

En este capitulo se dio seguimiento al caso de las Hermanas Erlinda y Ernstina Serrano Cruz desde los recursos nacionales sin pasar por todas las instancias internas debido a la falta de agilidad y de pronta justicia en el proceso penal derivando esto en una negación a la justicia por lo cual se llevo al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El objeto de este capítulo es vislumbrar la negación de justicia de que fueron víctimas la madre y hermana de las niñas Erlinda y Ernestina Serrano Cruz al no brindárseles ninguna luz a la desesperación por encontrar a las menores; y el último esfuerzo de los mismos para encontrarlas o para tener por lo menos una respuesta a lo sucedido en Chalatenango aquel mes de junio de 1982 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Así mismo se analiza el voto disidente del Juez Cancado Trindade la valoración que este hace sobre el proceso que se llevó en contra del Estado Salvadoreño por la desaparición forzada de las hermanitas Serrano Cruz indicando que se estaba limitando el alcance de la Corte IDH, que prevalece el voluntarismo estatal, que se violenta el derecho de la identidad de los niños, así como también el más amplio sentido del Derecho a la vida.

Por la naturaleza de nuestro trabajo nos enfocamos en normas específicas de los Cogens las cuales desarrollamos en este capítulo, la Desaparición Forzada y el Derecho de Reparación, su concepto, sus características, los orígenes de las mismas así como las teorías que sustentan la responsabilidad del Estado por la violación de estas normas, específicamente dirigidas al caso de las Hermanas Serrano Cruz, la violación que el Estado Salvadoreño causó a una norma de los Cogens al hacer la declaración de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos limitando el alcance de dicha Corte sobre la norma al juzgar en un caso específico

## **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **5.1. CONCLUSIONES.**

En este capítulo abordamos las conclusiones y recomendaciones finales al tema Reconocimiento de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Salvadoreño frente a Normas de los Cogens: Replanteamiento del Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz.

En un primer punto se acuerda que la Declaración de aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de junio de 1995 violenta la norma imperativa de prohibición a la desaparición forzada reconocida por la Comunidad Internacional como una norma *ius Cogens*, y cuya vigencia a tal Declaración repercutió en las diligencias internacionales que se llevaron a cabo para el caso Erlinda Serrano Cruz y Ernestina Serrano Cruz ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reconocida que es la prohibición a la desaparición forzada de personas por su carácter de norma *ius Cogens*, privando sobre ella la imperatividad, la obligación internacional de velar por el cumplimiento y respeto de la misma es obligación de todo Estado perteneciente a la Comunidad Internacional.

La Declaración de Aceptación de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha por el Estado de El Salvador nos lleva a las interrogantes ¿que motivó a los legisladores gobernantes del año mil novecientos noventa y cinco a elaborar la reserva de la cual es sujeta dicha Declaración? ¿Por qué excluir del ámbito del conocimiento los hechos que sucedieron con anterioridad al año de la ratificación y aquellos hechos cuyo

principio de ejecución se inició con anterioridad a la aceptación y aun sus efectos prosiguen en el tiempo?, recordemos que El Salvador durante el periodo de 1982 a 1992 sufrió un fuerte golpe en la armonía social de la nación, existió un manto de luto que cubrió en su mayoría a la población salvadoreña, homicidios, violaciones, asesinatos, desapariciones fueron el diario vivir durante esa época. Delitos que a la fecha no han podido encontrar el drástico castigo de la justicia salvadoreña.

Es imperante en este acto político-jurídico internacional el voluntarismo estatal por parte del gobierno salvadoreño, priva más el poder político que la justicia social.

Para el caso concreto de las hermanas Erlinda y Ernestina Serrano Cruz llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la desaparición forzada de las niñas, el Estado de El Salvador se valió de la excepción preliminar “*ratione temporis*” para que la Corte se negara ante la eminente limitación legal que existe para ejercer su competencia de conocer del delito continuado de desaparición forzada, categorizado de esa forma por la existencia de elementos esenciales en el tiempo que mantienen latente la constancia del delito hasta no ser encontradas Erlinda y Ernestina Serrano Cruz.

En resumen, las conclusiones las podemos enumerar de la siguiente manera:

1. Voluntarismo Estatal; tal como señala el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade en su voto disidente en la sentencia preliminar sobre el caso de las hermanas Serrano Cruz emitida el 1 de marzo de 2005 en la cual expresa: “El derecho internacional contemporáneo, al abrigar valores fundamentales

compartidos por la comunidad internacional como un todo, ha operado la anacrónica concepción voluntarista, propia de un pasado ya distante en el tiempo”.

2. La excepción preliminar (*ratione temporis*) interpuesta por el Estado salvadoreño, conllevó a la desconsideración por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del delito continuado de desaparición forzada de personas.
3. La Declaración de aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de junio de 2006 es inconstitucional por violentar el acceso a la justicia.
4. La Corte IDH cedió a los excesos del voluntarismo estatal, al aceptar una limitación por razón del tiempo “*ratione temporis*” no autorizada por el artículo 62 de la Convención de Viena, en el caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz *vrs* El Salvador.
5. Será de vital importancia la recomposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que esta podrá retomar la jurisprudencia en futuros casos del delito de desaparición forzada de personas que se ventilen ante su competencia contenciosa.
6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se privó de conocer toda situación continuada de desaparición forzada de personas, por aceptar una reserva que atenta contra una Norma internacional *Ius Cogens*. Ya que lo introducido por el Estado salvadoreño es una limitación a su aceptación de la competencia de la Corte IDH y no una declaración propiamente dicha.

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que, si aceptase restricción interpuestas por los Estados en sus propios términos en los instrumentos de aceptación de competencia contenciosa, esto la privaría de su potestad y tornaría ilusión los Derechos protegidos por la Convención Americana, en perjuicio de Erlinda Serrano Cruz, quien no había completado los dieciocho años de edad al momento de la aceptación de competencia de la Corte IDH.
  
8. El Estado Salvadoreño lesionó los Derechos del Niño, artículo 19 de la Convención Americana que determina que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado

## **5.2. REPLANTEAMIENTO DEL CASO**

Consideramos que las demandas que se presenten ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos por el delito de desaparición forzada de personas deben establecer los argumentos pertinentes que enfatizan ante la Corte IDH las razones jurídicas por las cuales no debe aceptar la reserva hecha por el Estado salvadoreño en la declaración de aceptación de competencia realizada el 6 de junio de 1995, por ser atentatoria de normas internacionales de *ius cogens*, tal como lo establece el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Además, resaltar que el delito de desaparición forzada de personas tiene el carácter de delito continuo, es decir, que no prescribe en el tiempo, por tanto tiene vigencia antes y después de la fecha de aceptación de competencia de la Corte IDH, los demandantes asimismo, deben apelar a la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de Desaparición Forzada de personas.

### 5.3. RECOMENDACIONES

- a) Creación de una Ley General de Reparación de Familiares y víctimas de desaparición forzada de personas. Bajo la óptica del Derecho internacional de los Derechos Humanos, todo estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los Derechos Internacionalmente consagrados. Esta normativa tendría por objeto reparar los daños causados por el estado salvadoreño por violaciones a los Derecho Humanos. El derecho de reparación se vertería en dos vías: reparación económica, las víctimas se hacen acreedoras a una cantidad económica que solvete las costas procesales y gastos que se han incurrido durante el proceso. Reparación moral a los familiares como también a las víctimas encontradas del delito de desaparición forzada; ya que, éste delito deja graves secuelas en la conducta de los seres humanos; tal como lo establece el artículo 2 de la Constitución de la Republica “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daño de carácter moral”. ofensa, daño e injuria. Esto implica una protección especial por parte de la autoridad hacia la víctima del delito de desaparición forzada de personas; considerando víctimas al ofendido por el delito; al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad.
- b) Adecuación de la normativa interna a las leyes internacionales en materia de desaparición forzada de personas, exhortamos la suscripción y ratificación de la Convención Americana de Desaparición Forzada de Personas por parte del Estado salvadoreño, como también

el aumento a la pena privativa de libertad por el delito de desaparición forzada de personas, tipificada en el artículo 264 y siguiente del Código Penal salvadoreño. Además, se recomienda tipificar la obstrucción de las investigaciones sobre el delito de desaparición forzada de personas.

c) Jurisdicción obligatoria de la Corte IDH. Tal como lo establece el voto disidente del Juez Cançado Trindade en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vrs el Estado de El Salvador, existe la necesidad que la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga un carácter obligatorio para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, es decir, no se realizaría un reconocimiento de aceptación de competencia, sino, tendría un carácter automático para los países miembros de la Organización de Estados Americanos. Esto limitaría los excesos de voluntarismo estatal y no daría pie a la impunidad graves violaciones a los Derechos Humanos cometidos por el estado salvadoreño durante el conflicto armado. Un reconocimiento obligatorio de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejaría sin valor la Declaración de aceptación de competencia de la Corte IDH realizada por el estado salvadoreño el 6 de junio de 1995, daría apertura al conocimiento de delitos cuya ejecución o principio de ejecución tenga como escenario el Conflicto Armado salvadoreño realizado en la década del setenta y ochenta.

d) Unificación de argumentos en las demandas presentadas ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos por delitos de desaparición forzada de personas. En este punto recomendamos a las organizaciones no gubernamentales de nuestro país que trabajan en pos de la consecución de Derechos Humanos, a establecer lazos de comunicación al momento de interponer demandas

ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por delitos ejecutados en el marco del Conflicto Armado salvadoreño.

- e) Presentar ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia un recurso de inconstitucionalidad de la Declaración de aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el estado salvadoreño, fundamentado en la negación de justicia que esta declaración realiza para las víctimas y familiares de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos.
  
- f) A la Asociación salvadoreña de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado Pro-Búsqueda, recomendamos que en futuras demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamente con argumentos técnicos jurídicos el porque este organismo es competente de conocer sobre delitos de desaparición forzada de personas, ya que estos delitos no prescriben, teniendo el carácter de delitos continuos, además, la protección a este tipo de delito es considerado como norma internacional *ius Cogen*, que por su naturaleza es de cumplimiento y obligatorio cumplimiento para todos los estados.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

Buergenthol, Norris Shelton. **La Protección de los Derechos Humanos**. Editorial Juricentro. Costa Rica. 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentencia de Excepciones Preliminares. Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz versus El Salvador**. Noviembre 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentencia de Fondo Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz versus El Salvador**. Marzo 2005.

Kersticevic, Viviana. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Centro para la Justicia y el Derecho Internacional. (CEJIL), 2003.

Nieto, Navia. **Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Editorial TEMIS. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá Colombia. 1993.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. **Derechos Humanos de la Niñez y la Juventud. Recopilación e Informes Especiales sobre la Niñez y la Juventud**. Enero 2004.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. **Informe sobre la Desaparición Forzada de las Niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz**. San Salvador 2 de septiembre de 2004.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. **Recopilación de Resoluciones e Informes Especiales**. Enero-diciembre 2003.

Rojas Soriano, Raúl. **Guía para realizar Investigaciones Sociales**. Plaza y Valdés P y V Editores. México 2003.

Travieso, Juan Antonio. **Fuentes e Instrumentos Internacionales**. Derechos Humanos. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1982.

## **LEGISLACION**

Constitución de la Republica de El Salvador. Decreto Legislativo Numero 38. Diario Oficial Numero 234 Tomo 281, 16 de diciembre de 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969. Decreto Legislativo Numero 5. Diario Oficial Numero 113, 19-VI-1978.

Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas. (no ratificada)

Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 Diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto Legislativo Número 27, 23-XI-1979. Diario Oficial Número 218, 23-XI-1979.

## **DIRECCIONES ELECTRÓNICAS**

[http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/caso\\_hermanasserrano.htm](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/caso_hermanasserrano.htm).  
Sentencia de la Comision Interamericana de Derechos Humanos, 22-11-2005.

<http://www.cidh.org/annualret/2000sp/capituloIII/admisible/elsalvador12.132tm>  
Resoluciones de la PDH, Caso Hermanas Serrano Cruz. 11-01-2006.

<http://www.pddh.gog.sv/does/doc00004.pdf>  
Caso Hermanas Serrano Cruz. 15-11-2006.

<http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/arcivohtml#a07122004>  
Caso Hermanas Serrano Cruz. 15-10-2006.

[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TECBX?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo\\_print](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TECBX?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print).  
Normas Ius Cogens. 02-11-2006

<http://www.acader.unc.edu.ar>.  
Fuentes del Derecho Internacional y Normas Ius Cogens. 29-11-2006

# **ANEXOS**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

*FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES*  
**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS.**



Reconocimiento de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Salvadoreño frente a Normas de Ius Cogens: Replanteamiento del Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz.

**Guía de Entrevista**

**Gisela de León**

**Centro para la Justicia y el Derecho Internacional.**

1. ¿Que es CEJIL?

El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) es una organización de defensa y promoción de los derechos humanos en el hemisferio americano. El objetivo principal de CEJIL es asegurar la plena implementación de normas internacionales de derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante el uso efectivo del sistema interamericano de derechos humanos y otros mecanismos de protección internacional. CEJIL fue fundado en 1991 por destacados defensores de derechos humanos del continente con el propósito de asegurar un mayor acceso al

Sistema Interamericano para las víctimas de violaciones de derechos humanos.

2. ¿Qué es para usted la norma imperativa *ius Cogens*?

Son normas de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados, que recogen principios y valores fundamentales y que se imponen frente a cualquier norma que pretenda contrariarlos.

3. ¿Considera que la protección de la desaparición forzada de personas es una norma imperativa de *ius Cogens*?

Si, la protección contra la desaparición forzada de personas es una norma imperativa de *ius Cogens*.

4. ¿Cómo inicia la colaboración de CEJIL en el caso de Erlinda y Ernestina Serrano Cruz?

CEJIL presentó en 1999 el caso de las Hermanas Serrano Cruz en conjunto con Pro-Búsqueda, con el fin de provocar que los órganos del Sistema Interamericano se pronunciaran respecto al grave fenómeno de la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado salvadoreño y obligaran al Estado a adoptar medidas al respecto.

5. ¿Qué función desempeñó el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional en la promoción del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

CEJIL litigó el caso en conjunto con Pro-Búsqueda desde su presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hasta la obtención de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. ¿Considera que la Declaración hecha por el Estado Salvadoreño de aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obstaculizó el fondo de lo pedido en el caso Hermanas Serrano Cruz?

Lo introducido por el Estado salvadoreño es una limitación a su aceptación de la competencia de la Corte y no una declaración. Hay una clara diferencia entre ambos conceptos. Así se ha pronunciado la Corte Interamericana:

*[...] es preciso distinguir entre “reservas a la Convención” y “reconocimiento de la competencia” de la Corte. Este último es un acto unilateral de cada Estado condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeta a reservas. Si bien alguna doctrina habla de “reservas” al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones*

*al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral.*  
(caso Cantos, excepciones preliminares, 7 de septiembre de 1991, párrafo 34).

Para responder su pregunta, en efecto, la limitación a la aceptación de competencia introducida por El Salvador impidió que la Corte se pronunciara sobre parte de los hechos presentados para su conocimiento. Tanto en nuestro escrito de solicitudes argumentos y pruebas, como en nuestros alegatos finales y en la demanda y alegatos presentados por la CIDH, habíamos solicitado a la Corte IDH que declarara al Estado salvadoreño responsable por la desaparición forzada de las niñas, lo que no fue posible a raíz de la limitación a la aceptación de la competencia introducida por El Salvador.

7. ¿Qué opinión le merece que la Corte IDH no se haya pronunciado sobre la limitación hecha en la Declaración de Aceptación de Competencia del 6 de junio de 1995 por el Estado salvadoreño?

La Corte IDH sí se pronunció con respecto a la limitación de la aceptación de la competencia de la Corte introducida por El Salvador. Sin embargo, no en el sentido solicitado por CEJIL y Pro-Búsqueda.

Durante el litigio del caso CEJIL y Pro-Búsqueda sostuvimos que la declaración de aceptación de competencia de El Salvador era parcialmente inválida cuando limita la competencia de la Corte para conocer acerca de “hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean” anteriores al depósito de la referida declaración. Al respecto consideramos que esta limitación era contraria al objeto y fin de la Convención porque no se enmarcaba dentro de las limitaciones establecidas por el artículo 62 de la Convención Americana. (ver voto del Juez Cancado Trínidade en la sentencia de Excepciones Preliminares en el caso de las Hermanas Serrano Cruz)

Sin embargo, la Corte consideró que “la limitación temporal hecha por El Salvador al reconocimiento de la competencia de la Corte tiene su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación es válida, al ser compatible con la norma señalada”. (Caso Hermanas Serrano Cruz, Excepciones preliminares, párr. 73)

8. ¿Considera que la sentencia de fondo de la Corte IDH emitida el 1 de marzo de 2005 se vio afectada por la limitación formulada en la declaración de aceptación de competencia por parte del Estado salvadoreño?

Definitivamente. Con base en la limitación a la aceptación de la competencia de El Salvador la Corte decidió no conocer ningún hecho ocurrido o que comenzó a ocurrir antes del 6 de junio de 1995 (fecha en que se aceptó la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado salvadoreño), entre ellos, la desaparición forzada de las niñas.

9. ¿A su criterio, piensa que existieron intereses de algún tipo en el resultado de este caso ante la Corte IDH?

La pregunta no es muy clara, pero presumo que va dirigida hacia intereses que pudieron afectar la imparcialidad de la Corte IDH. Por supuesto que no. Pienso que lo que ocurrió fue que la Corte decidió respetar lo establecido por el Estado salvadoreño al aceptar su competencia (al respecto ver voto del Juez Cancado Trindade en la sentencia de Excepciones Preliminares en el caso de las Hermanas Serrano Cruz).

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

*FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES*  
**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS.**



“Reconocimiento de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Salvadoreño frente a Normas de *Ius Cogens*: Replanteamiento del Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz”.

**Guía de Entrevista**

**Licda. Leonor Arteaga.**

**Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos@s.**

1. ¿Que es Pro-Búsqueda?

R/ Asociación sin fines de lucro que tiene por finalidad la verdad, la justicia y la reparación, formada por familiares de niños y niñas desaparecidos en el conflicto armado.

2. ¿Qué son para usted las normas imperativas de *Ius Cogens*?

R/ Conjunto de principios que forman el Derecho Internacional imperativo, que por su naturaleza se sobreponen a cualquier fuente del derecho internacional.

3. ¿Considera que la protección contra la desaparición forzada de personas es una norma imperativa de *Ius Cogens*?

R/ Si es una norma internacional de *Ius Cogens*, ya que la desaparición forzada es un delito de lesa humanidad, por tanto su protección es una norma imperativa.

4. ¿Cómo inicia la colaboración de Pro-Búsqueda en el caso de Erlinda y Ernestina Serrano Cruz?

R/ Desde su fundación en el año de 1992 cuando a iniciativa de un grupo de madres de niños y niñas desaparecidos en el conflicto armado y con el apoyo del párroco de la localidad de Guarjila departamento de Chalatenango Jon de Cortina, deciden fundar Pro-Búsqueda. El caso de las hermanas Serrano Cruz es uno de los primeros casos que ventila la Asociación, acompañando a doña Victoria Cruz madre de Ernestina y Erlinda ante las instancias nacionales y ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

5. ¿Qué función desempeñó la Asociación Pro-Búsqueda en la promoción del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

R/ Junto al Centro para la justicia y el Derecho Internacional CEJIL, Pro-Búsqueda se mostró parte en el proceso ventilado ante la Corte IDH, en la cual se presentaron investigaciones sobre el caso, pruebas documentales, testimoniales etc.

6. ¿Cuántos casos de desaparición forzada han llevado al conocimiento de la CIDH y cuántos de estos han sido del conocimiento de la Corte IDH ?

R/ Ante la CIDH siete casos, tres han sido admitidos por esta instancia interamericana, de la que se espera informe de fondo, los casos presentados se plantearon en condiciones similares que el caso Serrano Cruz.

7. ¿Qué opinión le merece la Reserva realizada por el Estado salvadoreño al momento de reconocer la aceptación de competencia de la Corte IDH?

R/ Pone de manifiesto la voluntad por parte del Estado para continuar con la impunidad de violaciones a los Derechos Humanos ocurridos en el conflicto armado, incluyendo delitos cuyo principio de ejecución haya sido antes de la aceptación de competencia de la Corte IDH.

8. Afectó esta reserva el fondo de lo pedido en el caso Serrano Cruz?

Si afectó, ya que el Estado salvadoreño no fue declarado culpable por el delito de desaparición forzada, por el derecho a la libertad, derecho al nombre etc; A pesar de esto, la Corte IDH emitió en la sentencia la búsqueda de soluciones, a través de la ejecución de medidas de reparación, encaminadas a dar respuesta a la problemática del delito desaparición forzada en El Salvador.

9. A su entender, ¿dicha reserva es atentatoria a normas imperativas de Ius Cogens?

R/ Si, por que atenta contra la protección internacional de un delito de lesa humanidad.

10. ¿Que tipos de reserva acepta la Constitución de la República de El Salvador?

R/ ...

11. Que opinión le merece el voluntarismo estatal y la jurisprudencia aludida por parte de los jueces de la Corte IDH en el caso Serrano Cruz?

R/ Me parece un retroceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte IDH en anteriores caso había considerado que el delito de desaparición Forzada de personas no podía fragmentarse.

Considero que la decisión de los Jueces de la Corte IDH sobre este caso, no obedece a razones jurídicas, la Corte Falló por razones políticas, por casos de desaparición forzada ocurridos en la dictadura del General Pinochet en Chile.

12. Sobre que aspectos deben replantearse los casos de desaparición forzada de personas para que la Corte IDH conozca sobre el fondo de lo pedido.

R/ Considero que un replanteamiento total del caso no debe hacerse, se debe enfatizarse ante la Corte IDH las razones jurídicas por las cuales no debe aceptar la reserva hecha por el Estado salvadoreño en la declaración de aceptación de competencia.

**Proyecto de Artículos sobre RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001**

**Primera parte**

**EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO**

**Capítulo I.**

**PRINCIPIOS GENERALES**

Artículo 1.- Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos.

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2.- Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3.- Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

**Capítulo II**

**ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO**

Artículo 4.- Comportamiento de los órganos del Estado

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

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

Artículo 5.- Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 6.- Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Artículo 7.- Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Artículo 8 .- Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones

o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Artículo 9.- Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Artículo 10.- Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.

2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Artículo 11 .- Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

### **Capítulo III.**

## **VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL**

Artículo 12.- Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 13.- Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 14.- Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15.- Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

#### **Capítulo IV.**

### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE OTRO ESTADO**

Artículo 16.- Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

Artículo 17.- Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.

Artículo 18.- Coacción sobre otro Estado

El Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado; y

b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Artículo 19.- Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de estos artículos, del Estado que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado.

## **Capítulo V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD**

Artículo 20.- Consentimiento

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Artículo 21.- Legítima defensa

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22.- Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Artículo 23.- Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

#### Artículo 24.- Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

#### Artículo 25.- Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

#### Artículo 26.- Cumplimiento de normas imperativas

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

Artículo 27.- Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

## **Segunda parte**

### **CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO**

#### **Capítulo I. PRINCIPIOS GENERALES**

Artículo 28.- Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

Artículo 29.- Continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

### Artículo 30.- Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

### Artículo 31.- Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

### Artículo 32.- Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Artículo 33.- Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

## **Capítulo II.**

### **REPARACIÓN DEL PERJUICIO**

### Artículo 34.- Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de

indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

#### Artículo 35.- Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

#### Artículo 36.- Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

#### Artículo 37.- Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

#### Artículo 38.- Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la

reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Artículo 39.- Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

### **Capítulo III.**

## **VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL**

Artículo 40.- Aplicación de este capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41.- Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

## **Tercera parte**

### **MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO**

#### **Capítulo I.**

#### **INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

Artículo 42.- Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
  - i) afecta especialmente a ese Estado; o
  - ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Artículo 43.- Notificación de la reclamación por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado notificará su reclamación a este Estado.

2. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:

- a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si este hecho continúa;
- b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

Artículo 44.- Admisibilidad de la reclamación

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;

b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

Artículo 45.- Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

a) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación; o

b) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

Artículo 46.- Pluralidad de Estados lesionados

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 47.- Pluralidad de Estados responsables

1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.

2. El párrafo 1:

a) No autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido;

b) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir contra los otros Estados responsables.

Artículo 48.- Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

## **Capítulo II. CONTRAMEDIDAS**

Artículo 49.- Objeto y límites de las contramedidas

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 50.- Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos

fundamentales;

c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias:

d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;

b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

Artículo 51.- Proporcionalidad

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

Artículo 52.- Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y

b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y

ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado, si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y

b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Artículo 53.- Terminación de las contramedidas

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

Artículo 54.- Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado

Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

## **Cuarta parte**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 55.- *Lex specialis*

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

Artículo 56.- Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

Artículo 57.- Responsabilidad de una organización internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

**Artículo 58.- Responsabilidad individual**

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

**Artículo 59.- Carta de las Naciones Unidas**

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

## **DECLARACION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

### **POR CUANTO.**

I. El Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, mediante Acuerdo Ejecutivo Número 405 de fecha 14 de junio de 1978, acordó aprobar el texto de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, llamado "Pacto de San José, Costa Rica", compuesto de Un Preámbulo, y Ochenta y Dos Artículos, suscrita en la ciudad de San José, República de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y someterlo a consideración de la Honorable Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

II. La Honorable Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, mediante Decreto Legislativo Número 5 de fecha de 15 de junio de 1978, ratificó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, llamado " Pacto de San José", la cual apareció publicada en el Diario Oficial Número 113, Tomo 259 de fecha 19 de junio del mismo año; "interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado Parte, siempre y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las modalidades que en la misma Convención se señalen".

III, La política constante del Gobierno de El Salvador, ha sido el de respetar y tutelar los derechos fundamentales del ser humano.

IV. El Órgano Ejecutivo mediante Acuerdo No. 307 de fecha 23 de

marzo de 1995, ACORDO: a) Reconocer la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y b) Someter la presente Declaración a la Honorable Asamblea Legislativa para que si lo tiene a bien se sirva otorgarle su ratificación, en los términos expresados en el presente documento.

**POR TANTO:**

I. El Gobierno de El Salvador reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 62, Inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o " Pacto de San José".

II. El Gobierno de El Salvador, al reconocer tal competencia, deja constancia que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

III. El Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de El Salvador.

En uso de sus facultades legales, extiende la presente Declaración de la República de El Salvador sobre el Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firmado de Su mano, sellado con el Sello Mayor de la República, refrendado por el Señor Ministro de Relaciones Exteriores, Doctor Oscar Alfredo Santamaría, para ser depositado en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (O.E.A).

San Salvador, a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

El Ministro de Relaciones Exteriores

SANTAMARIA

### **ACUERDO N° 307**

San Salvador, 23 de marzo de 1995.

Vista la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de Un Preámbulo de Ochenta y Dos Artículos en nombre y representación de El Salvador por los Plenipotenciarios designados al efecto, y considerando la conveniencia de reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores ACUERDA: Someter la presente Declaración a consideración de la Honorable Asamblea Legislativa, para que si lo tiene a bien, los ratifique en los términos que lo permita la Constitución de la República, de la siguiente manera:

I. El Gobierno de El Salvador reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 62, Inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José".

II. El Gobierno de El Salvador al reconocer tal competencia, deja constancia, que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende única y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de

esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

III. El Gobierno de El Salvador reconoce tal competencia de la Corte, en la medida que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de El Salvador. COMUNIQUESE.

El Ministro de Relaciones Exteriores

SANTAMARIA

DECRETO N° 319

## **LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**

### **CONSIDERANDO:**

I. Que la Convención Sobre Derechos Humanos, llamado: "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de un Preámbulo de Ochenta y Dos Artículos, en nombre y representación del Gobierno de El Salvador por los Plenipotenciarios Designados al efecto;

II. Que considerando la conveniencia de reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, somete a consideración de la Asamblea Legislativa la Declaración de la República de El Salvador sobre el Reconocimiento de Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elaborada de acuerdo al Art.62,Inciso segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada "Pacto de San José de Costa Rica".

III.- Que tal Declaración ha sido aprobada por el Órgano Ejecutivo

en el Ramo de Relaciones Exteriores, según Acuerdo No. 307 de fecha 23 de marzo de 1995.

**POR TANTO,**

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de la República, por medio del Ministro de Relaciones Exteriores de conformidad al Art. 131 Ordinal 7o de la Constitución, en relación con el Art. 168 Ordinal 4o. de la misma.

**DECRETA:**

Art.1.- Ratificase la Declaración de la República de El Salvador sobre Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elaborada de acuerdo al Art. 62, Inciso segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada: "Pacto de San José de Costa Rica", por un plazo indefinido bajo la condición de reciprocidad y con la RESERVA de que los casos en que se reconoce la competencia, comprender única y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de la Aceptación reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno; y además, siempre y cuando la competencia de la Corte, sea compatible con la Constitución de la República.

Art.2- El presente Decreto entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los treinta días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS,  
PRESIDENTA,

ANA GUADALUPE MARTINEZ MENENDEZ, ALFONSO  
ARISTIDES  
ALVARENGA,

VICEPRESIDENTA. VICEPRESIDENTE.

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA, JULIO ANTONIO GAMERO  
QUINTANILLA  
VICEPRESIDENTE, VICEPRESIDENTE.

JOSE EDUARDO SANCHO CASTAÑEDA, GUSTAVO ROGELIO  
SALINAS OLMEDO, SECRETARIO.

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON WALTER RENE  
ARAUJO MORALES, SECRETARIA.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los siete días del mes de  
abril de mil novecientos noventa y cinco.

PUBLIQUESE,

ARMANDO CALDERON SOL,  
Presidente de la República.

OSCAR ALFREDO SANTAMARIA  
Ministro de Relaciones Exteriores.

D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82,  
Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

ARMANDO CALDERON SOL,  
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA  
REPUBLICA DE EL SALVADOR.