

Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso

Ius cogens in the Inter-american System:
Its relation with the due process

Florabel Quispe Remón*
Universidad Carlos III de Madrid (España)

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho (despacho 4.0.29), c/ Madrid, 126 Getafe (28903), Madrid (España). fquispe@der-pu.uc3m.es

Resumen

Las normas imperativas de derecho internacional general, pese a su trayectoria en el derecho internacional, no han tenido un desarrollo destacable. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos el ius cogens ha sido invocado por la Comisión y la Corte, la cual ha reconocido dicha naturaleza a diversos derechos. El objetivo de este trabajo es analizar su incorporación y desarrollo en la región y su relación con el derecho al debido proceso por su importancia en la región. Para ello será necesario acudir brevemente al origen del ius cogens en el derecho internacional; revisar la jurisprudencia de la Corte y las decisiones de la Comisión referidas a él; analizar su relación con las garantías judiciales o debido proceso; para concluir con una reflexión final.

Palabras clave: *Ius cogens*, derechos humanos, sistema interamericano.

Abstract

Peremptory norms of general international law despite their background in international law have not had a prominent development. In the inter-American system of protection of the human rights the ius cogens has been invoked by the Commission and the Court, which have recognized the nature of various rights. The aim of this study is to analyze its incorporation and development in the region and its relation with the right to due process by its importance in the region. For it, it will be necessary to turn briefly to the origin of ius cogens in international law, review the jurisprudence of the Court and Commission decisions relating to it, analyze its relation with the judicial guarantees or due process to conclude with a final reflection.

key words: *Ius cogens*, human rights, inter-american system.

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2009

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2010

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento y respeto de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son una prioridad en cualquier sociedad. Son normas básicas e imprescindibles para el logro de una convivencia en paz y se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional. No obstante su reconocimiento en el derecho internacional, hace ya cuatro décadas, existe falta de claridad en la determinación de cuál o cuáles son estas normas, ausencia de los mecanismos que contribuyan a su efectividad, además del papel difuso de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), razones que en la práctica no han permitido su desarrollo y efectividad. Desde luego, estos aspectos son campos fértiles para la realización de un estudio.

Debido a la amplitud e importancia de esta figura jurídica en el orden internacional, y el papel de los órganos jurisdiccionales en su interpretación, ya sea ampliando su contenido en la protección de la persona o sancionando ejemplarmente a aquellos estados que la infringen, el objetivo de este trabajo es analizar su incorporación y desarrollo en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su relación con el derecho al debido proceso. Para ello será necesario acudir brevemente al origen del *ius cogens* en el derecho internacional. Seguidamente se analizará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las decisiones de la Comisión en lo que respecta al *ius cogens*; para luego analizar su relación con las garantías judiciales o debido proceso y concluir con una reflexión final.

II. LA POSITIVACIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La positivación del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV69), y cuyo artículo 53 establece:

Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional gene-

ral. 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 carácter¹.

Esta Convención fue el resultado de un largo y arduo trabajo iniciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1949². El reconocimiento del *ius cogens* ha sido un gran logro por cuanto en el ámbito internacional, por vez primera, se reconoce la existencia de normas que no admiten acuerdo en contrario y se encuentran en la cúspide de las normas internacionales. El “problema” surge cuando queremos saber cuál o cuáles son esas normas que limitan de modo absoluto el poder de los estados. Hay ausencia de catálogo, lo cual hace difícil su identificación y efectividad. Se entiende que no todas las normas generales de derecho internacional tienen la naturaleza de *ius cogens*, pudiendo serlo sólo aquellas imprescindibles para la convivencia. Así, la dificultad en su determinación y la poca claridad la acompañan desde su nacimiento³. Como bien señaló la CDI, el enunciado de este artículo no está exento de dificultades, por cuanto no existe ningún criterio sencillo que permita identificar una

¹ Empero, la referencia taxativa del *ius cogens* antes de 1969 la encontramos en 1958 (artículos 16-20), véase: *Yearbook of the International Law Commission 1955*, Documento A/CN. 4/115, third report by G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, del 18 de marzo, pp. 20-45, Validez de los Tratados. Disponible en: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

² Véase: *Yearbook of the International Law Commission 1949*, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly. Planning for the codification of international law: survey of international law with a view to selecting topics for codification (A/CN.4/Rev.1), Revision of the provisional list and priority of topics, Draft Declaration of the Rights and Duties of State. Disponible en: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1949_v1_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1949_v1_e.pdf)

³ Los comentarios de los países pueden verse en: *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, pp. 20-24, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf); además, véase: Gómez Robledo, A. (2003), pp. 37-51; Mariño Menéndez, F. (1999), pp. 328-329; Remiro Brotons, A. (1987) pp. 64-66; Espada Ramos, M. L., pp. 29-31; Ferrer Sanchis, P. A. (1968), pp. 763-780 y De la Guardia, E. y Delpéch, M. (1970), pp. 421-430.

norma de derecho internacional general como norma de *ius cogens*⁴. Pero lo que sí se debe tener en cuenta es que no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de *ius cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto (Carrillo Salcedo, 1984, p. 6).

El artículo 53 lo único que literalmente establece es que estas normas no admiten acuerdo en contrario, excepto cuando exista otra de la misma naturaleza. “Se trata de un caso de nulidad absoluta *ab initio* que excluye toda divisibilidad de las disposiciones del tratado y respecto a la cual la aquiescencia (y la renuncia al derecho a alegarla) queda asimismo excluida” (Mariño Menéndez, 1999, p. 329). Son normas que se imponen sobre la voluntad soberana del Estado⁵.

La condición de norma imperativa de derecho internacional no implica que todos los estados la hayan reconocido como tal. El artículo 53 establece el reconocimiento por parte de los estados de la comunidad internacional en su conjunto; ello no significa la totalidad de los estados. La práctica ha demostrado que para el reconocimiento de una norma con el estatus de norma imperativa es suficiente la aprobación por parte de algunos estados, cuya presencia en el mundo sea “importante e influyente”. Se trata que sea una norma aceptada por un amplio número de estados, incluidos todos los estados y grupos de estados más significativos; ningún Estado tiene, pues, veto al respecto (Mariño Menéndez, 1999, p. 329)⁶. La oposición ais-

⁴ La CDI en el comentario que realizó al artículo 50 del Proyecto de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, pese a que se trataba de una tarea difícil, señaló como ejemplos algunos derechos que tendrían la condición de *ius cogens*. Véase: en *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol. II, pp. 247-249. Disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf

⁵ La CDI al realizar el comentario sobre el artículo 50 del Proyecto sobre el Derecho de los Tratados señaló: “cada día es más difícil para los Estados sostener que todas las normas pueden ser arbitrariamente discutidas o ignoradas en sus acuerdos, por el simple consentimiento de los Estados. De ahí que en la tarea de codificación del derecho de los tratados debía partirse de la existencia de ciertas normas de las cuales los Estados no pueden prescindir de modo alguno por arreglo convencional y que sólo pueden ser modificadas por otra norma del mismo carácter.” Véase Asamblea General de Naciones Unidas (A) 6309. Revisión 1. *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II. Comentario al artículo 50.

⁶ En el mismo sentido Gutiérrez Espada, C. (1991), p. 149, y Remiro Brotons, A. (1987), p.

lada de un Estado no impediría el otorgamiento de la condición de imperativa⁷.

Como su propio nombre lo indica, son normas de Derecho Internacional General. Así, resulta importante en su determinación la repercusión para la comunidad internacional y no regional⁸. En consecuencia, su existencia genera obligaciones *erga omnes* y no se limita al ámbito regional. Pero su desarrollo, teniendo en cuenta la interacción que existe entre los tribunales internacionales de protección de los derechos de las personas, puede ser más en uno que en otro. La importancia de este derecho radica en la naturaleza especial del objeto que protegen, y por tanto se torna en una exigencia en el mundo. Situación que hace que se ubique en la cúspide del orden jurídico internacional. Es de recordar que la protección de los valores esenciales e inherentes a la dignidad humana siempre será esencial en cualquier lugar del mundo.

El respeto a la persona y su dignidad son, ante todo, los aspectos que constituyen la razón de la existencia del Derecho internacional de los derechos humanos, y éste, como parte del valor esencial para la comunidad internacional, una prioridad de las normas de *ius cogens*. Y como acertadamente señala Carrillo Salcedo (2001, p. 150):

La noción jurídica de la dignidad de la persona proclamada en la Carta de las Naciones Unidas expresa una aspiración ética que ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, categorías que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la

66. Reitera en Remiro Brotons, A. y otros (1997), p. 25. Este último autor cuando se refiere a la comunidad internacional, mencionada por la CDI, dice que se trataría de las grandes potencias (los más poderosos) y las grandes mayorías (los más numerosos) dentro de los grupos geográfico-políticos que componen los estados, en especial los que se han hecho con su liderazgo.

⁷ Véase la Conferencia de Naciones Unidas sobre derecho de los tratados, 1ª sesión, 1968, p. 513 y 514.

⁸ Hay algunos autores que hacen referencia a la existencia de un *ius cogens* regional o un *ius cogens* en el seno de una organización internacional como la Unión Europea.

idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en Derecho internacional.

Sin duda, su reconocimiento legal ha sido muy importante, aunque no sé si efectivo, como se esperaba, en su propósito.

Otra referencia en la CV69 es el artículo 64, que establece de modo claro que las normas de *ius cogens* están “por encima de todas” las normas en el derecho internacional. “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará. Estas normas nuevas de *jus cogens* carecen de efectos retroactivos” (Mariño Menéndez, 1999, p. 336)⁹. En este caso, el tratado termina pero los derechos y obligaciones basados en él sólo resultarán nulos en la medida en que sean contrarios al nuevo *ius cogens*. El artículo 66.a establece un procedimiento alternativo para el arreglo de controversias, y específicamente para controversias en materia de *ius cogens*, y el artículo 71 se refiere a las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, dependiendo de si el tratado es nulo en virtud del artículo 53 o es nulo y termina en virtud del artículo 64.

En el reconocimiento y en el avance del Derecho internacional, y por lo tanto en el del *ius cogens*, los estados juegan un papel trascendental. Son los que unilateral y voluntariamente crean y reconocen los instrumentos jurídicos en el Derecho internacional, obligándose a cumplirlos. La relevancia del consentimiento del Estado es innegable en el proceso de positivación del Derecho internacional, que al mismo tiempo constituye el fundamento de la jurisdicción internacional, que siempre es voluntaria y no existe más que en la medi-

⁹ La CDI señaló que en la elaboración del artículo 53 no se planteó que ésta tuviera efecto retroactivo. Véase el Proyecto del Artículo sobre el derecho de los tratados..., en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 248. Disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_966.pdf

da en que los estados la hayan aceptado (Carrillo Salcedo, 1969, p. 153). No obstante, hay que señalar que la autonomía de la voluntad de los sujetos está sometida, en cualquier ordenamiento jurídico, a restricciones y que en particular en Derecho internacional la sociedad internacional presupone una noción de libertad y soberanía del Estado no absoluta (Marín López, 1970, pp. 64-65).

Si bien es cierto que en 1969 los estados dan un paso importante al reconocer la existencia de derechos que no admiten acuerdo en contrario y están por encima de su voluntad, también es cierto que dejan un vacío muy grande al ser un párrafo tan etéreo. Se limitan a establecer la nulidad de cualquier tratado que esté en contra de una norma imperativa, aprobada antes o después de la existencia de una norma de *ius cogens*, y a dar un concepto de norma imperativa, pero no establecen cuál o cuáles son, tampoco los mecanismos que se deben seguir para el reconocimiento de estas normas¹⁰. Se le atribuye la existencia de éstas al reconocimiento de la comunidad internacional¹¹ de estados en su conjunto, aspecto que no resulta

¹⁰ La Convención de Viena en sus artículos 53 y 64 establece claramente la nulidad de todo tratado que esté en oposición con una norma de *ius cogens*, pero en ningún caso hace referencia a la existencia de un conflicto entre dos normas de la misma naturaleza. Al respecto la Comisión de Derecho Internacional en el informe *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682 del 13 de abril de 2006, en el párr. 367 señaló que la cuestión relativa a la relación entre normas de *jus cogens* en oposición –por ejemplo, la cuestión del uso de la fuerza para realizar el derecho de la libre determinación– es mucho más difícil. En la fase actual no cabe duda presumir que la doctrina del *jus cogens* pueda resolver por sí misma esos conflictos: no hay relación jerárquica *inter se* entre las normas de *jus cogens*.

¹¹ La Convención no establece el contenido del término “comunidad internacional”. Para el profesor Díaz Barrado (2004, p. 127), esta expresión del artículo 53 “aparece en un sector eminentemente jurídico y tomando como punto de referencia a determinada categoría de normas internacionales de gran significación jurídica. Sin duda, la codificación del derecho de los tratados revela una de las manifestaciones esenciales del Derecho Internacional y está impregnada, como no podía de ser de otro modo, del valor del consentimiento en los procesos de asunción de obligaciones jurídicas. Ahora bien, la referencia puntual, en el citado artículo 53, a la comunidad internacional esconde una reflexión más profunda que aparece, con menor espectacularidad, en otros preceptos del citado Convenio y que hacen florecer relaciones que van más allá de las meramente bilaterales y multilaterales, alcanzando la defensa y la protección de intereses comunes”. La comunidad internacional, como expresión, aparece, por lo tanto, en el marco donde habita con toda intensidad *el consentimiento de los Estados* como manifestación jurídica por excelencia de su soberanía y se plasma en el sector concerniente a los procedimientos de creación de normas internacionales”.

suficiente, como se advierte de la práctica, para su reconocimiento y desarrollo adecuado.

Con todo, hay que señalar que, al reconocer estos derechos, los estados crean una pirámide en el Derecho internacional y en cuya cúspide se encuentran las normas denominadas imperativas, cuyo valor es superior a las demás normas porque recogen los valores esenciales de la comunidad internacional que está fundamentado en la idea de humanidad. Se trata, decía Antonio de Luna,

de necesidades de orden moral, económico, político, etc., indispensables para la existencia misma de la sociedad internacional y, por consiguiente, imperiosas y absolutas; el Derecho internacional no puede desconocerlas, pues acaban por imponerse o desaparece la sociedad internacional; representan el mínimo jurídico que la comunidad internacional, en un momento dado, considera esencial para su existencia y constituyen por ello el más fuerte límite que el medio colectivo en que los estados viven imponen al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos¹².

Sin duda, se trata de normas esenciales en la sociedad cuyo desarrollo permitirá la mayor protección del ser humano. Recordemos que hoy en día sólo unos cuantos derechos son considerados imperativos, sólo unos cuantos son interés de la comunidad internacional en su conjunto. La tarea de determinar qué otros derechos merecen ser considerados como tal se deja en manos de los estados y del órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas. No olvidemos que los estados, parte esencial de la comunidad internacional, son los que crean, fundamentalmente, el derecho internacional, y a su vez, estos derechos constituyen el límite a su voluntad.

¹² El documento completo en el que Antonio de Luna hizo dicho comentario puede verse en: A/CN.4/SR.684 de 21 de mayo de 1963. *Yearbook of International Law Comisión*, vol. I, párrafos 58-66. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr684.pdf. En igual sentido Casado Raigón, R. (1991), p. 11.

Desde su reconocimiento en 1969 han transcurrido cuatro décadas, y hoy su ámbito de aplicación traspasa el derecho de los tratados. También ha sido recogido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales¹³, con el mismo contenido del artículo 53 de la CV69; posteriormente, en 2001, en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados; y en 2006 se advierte un estudio sobre la jerarquía normativa en derecho internacional: el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto, en el informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”¹⁴. Si bien todos estos instrumentos hacen referencia a las normas imperativas de derecho internacional general y a su importancia, ninguna establece un catálogo de estos derechos.

La doctrina jurídica y la CIJ han ido dando pinceladas a propósito de estas normas. Tras casi tres décadas desde que el instrumento internacional que las recoge entró en vigor no existe un catálogo único de estas normas y, probablemente, no existirá si no se establecen las pautas necesarias y claras para su reconocimiento. Esta apertura encuentra su justificación¹⁵ en el dinamismo del derecho internacional, cuya evolución y adaptación es acorde con las necesidades, exigencias y existencia misma de la sociedad¹⁶.

¹³ Tratado de 21 de marzo de 1986. Es un tratado que complementa la Convención de Viena de 1969 respecto a los acuerdos entre estados y organizaciones internacionales, o entre estas organizaciones entre sí. Aún no ha entrado en vigor porque espera la ratificación de 35 estados, conforme al artículo 85 del propio tratado.

¹⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, A/CN.4/L.682, Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, p.190-236. Informe elaborado por Martti Koskeniemi.

¹⁵ Sobre la actuación de la CDI y la no determinación de las normas de *ius cogens*, véase Carrillo Salcedo, J. A. (1969), pp. 208-214.

¹⁶ Un ejemplo es la legalidad antaño del comercio con personas y hoy su prohibición es considerada norma de *ius cogens*; asimismo, otros derechos que eran considerados de *ius cogens* hoy no lo son. Es probable, decía Kelsen (1966, pp. 506-507), que la derogación convencional del principio de la libertad de los mares fuera estimada nula por un tribunal internacional. Para Mía de la Muela (1960, pp. 1141-1146), en cambio, el principio de la libertad de los mares, que ha sido

III. EVOLUCIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La invocación de estas normas y su desarrollo en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha sido limitada, a pesar de su importancia, por los intereses que protege basado en la humanidad, aunque hay que reconocer su aporte en la última década. Las normas de *ius cogens* tienen como objetivo proteger los valores esenciales de la comunidad internacional como un todo. Son normas de importancia colosal en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana.

Su análisis en una región del mundo no implica, en absoluto, afirmar ni reconocer la existencia de un *ius cogens* regional. Se trata de realizar un análisis sobre la aplicación y desarrollo de las normas imperativas en este sistema de protección de los derechos humanos. Si bien existen diversas normas universales de trascendencia para el ser humano, no todas se aplican o se invocan de igual forma por los distintos órganos jurisdiccionales del planeta. Su invocación, y en su caso, su aplicación, no es uniforme ni siquiera en los países de un mismo continente.

Para ello es necesario remontarse hasta 1978, año en el que la Corte Interamericana inició su labor en la defensa de los derechos inherentes al ser humano, y revisar desde entonces hasta la actualidad todas las decisiones en que este órgano judicial se haya referido, pronunciado y/o contribuido en el desarrollo de las normas de *ius cogens* y especialmente su relación con el debido proceso. Esto permitirá ver cómo se concibe y se desarrolla esta figura jurídica en esta parte del mundo, y en qué medida este sistema contribuye en el desarrollo de estas normas que constituyen el corazón del respeto a la dignidad humana.

norma de *ius cogens* durante siglos, ha perdido este carácter, porque se admiten pactos y aun actos internacionales en contrario, ante una nueva realidad como es la posibilidad de utilización de los recursos naturales del lecho y del subsuelo del mar.

Teniendo en cuenta que el sistema interamericano lo constituyen sus dos órganos, la Comisión (1959) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969), es necesario un análisis de sus decisiones. Ambos órganos, de modo diferente y también en tiempos distintos, han ido incorporando en sus decisiones algunas referencias a las normas de *ius cogens*¹⁷.

a. La Comisión Interamericana y el *ius cogens*

La Comisión Interamericana en el caso Roach y Pinkerton contra Estados Unidos¹⁸ se refirió a las normas de *ius cogens*. Los interesados ante la Comisión alegaron la violación, entre otros, del derecho a la vida, protegido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). La Comisión, teniendo en cuenta que la Declaración Americana no hace referencia a la pena de muerte y debido a las reservas planteadas por Estados Unidos a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹⁹, señaló: para que una norma de derecho internacional consuetudinaria sea obligatoria para el Estado que la ha protestado, esta norma debe

¹⁷ Es importante destacar en el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos la activa participación, en los casos ante la Corte, de las distintas organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general. Pero también hay que señalar que las invocaciones a las normas imperativas por parte de éstas ha sido muy limitada y en ocasiones equivocada. En la opinión consultiva OC-17 (Corte IDH, 2002, p.7), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en el resumen que hace la Corte sobre las observaciones escritas del Instituto Interamericano del Niño, destaca: *La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de ius cogens, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.* La capacidad de goce como tal no ha sido reconocida ni en la doctrina ni en la jurisprudencia como parte de las normas de *ius cogens*.

¹⁸ Se trata de un caso en el que dos menores de dieciocho años fueron condenados a pena de muerte y posteriormente ejecutados. Ver Comisión IDH (1985).

¹⁹ Cuyo artículo 4.5 establece que no se impondrá la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de dieciocho años de edad y más de sesenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. La obligación internacional de Estados Unidos como Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos, en virtud del mandato de la Comisión Interamericana, está sujeta a la Carta de la OEA. Por tanto, Estados Unidos es miembro de la OEA pero no parte de la Convención Americana, y por consiguiente no puede opinarse que esté en contravención del artículo 4.5.

adquirir el status de *ius cogens*. Los demandantes no alegan que la regla que prohíbe la imposición de la pena de muerte a menores de edad haya adquirido la autoridad de *ius cogens* – una norma perentoria de derecho internacional que no puede ser derogada; Sin embargo, la Comisión no es un cuerpo judicial y no está limitada a considerar solamente los argumentos presentados por las partes²⁰. Así, la Comisión en su pronunciamiento va más allá de la petición de los interesados e ingresa en el difícil mundo del *ius cogens*. Considera a esta figura como uno de los principios aplicables a este caso.

La Comisión por vez primera señala que el concepto de *ius cogens* se deriva de una “orden superior” de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el “orden internacional”. Aquéllas son las reglas que han sido aceptadas, explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos²¹. La Comisión no hace referencia a la Convención de Viena ni a las exigencias de ésta para el reconocimiento de estas normas.

La Comisión, en este caso, afirma que los estados miembros de la OEA reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños y de menores de edad. Dice que esta norma es aceptada por todos los estados del Sistema Interamericano, incluido Estados Unidos; además señala que ningún Estado permite a sus tribunales de menores imponer la pena de muerte. Evita pronunciarse sobre si la expresión “los principios y normas relativos a los derechos básicos

²⁰ Comisión IDH (1985), párr. 54.

²¹ Comisión IDH (1985), párr. 55. La Comisión Interamericana cita las decisiones de la CIJ y la doctrina jurídica. Y señala que la norma que prohíbe el genocidio comprometería también a los estados no partes de la Convención sobre el Genocidio, aun si fuera derivada solamente del derecho internacional consuetudinario y sin que haya adquirido el estatus de *ius cogens*, ya que obtiene esta condición precisamente porque es un tipo de norma que de ser protestada por un Estado, ofendería la conciencia de la humanidad y moralidad pública.

de la persona humana” tienen el propósito de afirmar que todas las disposiciones en materia de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales están comprendidas dentro del principio de *ius cogens*. Lamentablemente, esta afirmación de la Comisión sobre el reconocimiento de los estados de la OEA, incluido Estados Unidos, de las normas de *ius cogens* está lejos de ser cierto. Precisamente por estos argumentos contó con el disenso de un miembro²² que tajantemente manifestó que la prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos capitales teniendo menos de 18 años de edad no es norma de *ius cogens*, no se ha probado que exista uniformidad porque no todos los estados prohíben la pena de muerte y no todos los estados prohíben su imposición respecto de menores de 18 años. No hay uniformidad al respecto ni siquiera en todos los estados de Estados Unidos. Por otro lado, afirma que las normas sobre derechos humanos constituyen principios de *ius cogens*. Esta última afirmación del comisionado es errónea, por cuanto no todos los derechos humanos son normas de *ius cogens*.

Justifica su disidencia señalando que no puede hablarse de la existencia de una norma de *ius cogens* vigente para los estados de la OEA porque la Convención americana que prohíbe la ejecución de menores de 18 años sólo ha sido ratificada por 19 estados, hay reservas en materia de pena de muerte y no es norma aceptada por los 32 estados americanos, y mucho menos por todos los estados del mundo para constituir una norma imperativa general. Además deja claro su posición en contra sobre la existencia de normas de *ius cogens* regio-

²² Marco Gerardo Monroy Cabra, miembro de la Comisión, planteó su voto disidente. Sostuvo que la Comisión no tiene facultad para emitir opiniones consultivas, sino que debe únicamente interpretar la Declaración Americana, para lo cual pueda acudir al derecho internacional general. Dejó claro que no es posible aplicar en este caso tratados no vigentes para Estados Unidos, no existe una norma de Derecho Internacional Consuetudinario que prohíba la imposición de la pena de muerte a menores, y que la prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos capitales teniendo menos de 18 años de edad no es norma de *ius cogens*. En su fundamentación n° 4 analiza profundamente lo referente al *ius cogens*. Dentro de ello hace referencia en su voto a las reservas de genocidio (1951) cuando la CIJ señaló que “los principios básicos de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, como fuera de toda obligación. Por otro lado, también se refiere a los ejemplos de *ius cogens* señalados por la CDI.

nales al señalar que no sobra advertir que no puede existir “*jus cogens* americano”, o “*jus cogens* africano”, etc., sino que debe tratarse de una norma imperativa aceptada por la comunidad internacional “en su conjunto”. Concluye, acertadamente, mencionando que ni de la práctica de los estados, ni de la jurisprudencia internacional, ni de la doctrina, ni de la legislación de estados se puede deducir el nacimiento de una norma de *ius cogens* que prohíba la imposición de la pena de muerte respecto de menores de 18 años. Si bien las normas sobre derechos humanos son de *ius cogens*, específicamente el derecho mencionado, no constituye una norma imperativa de derecho internacional general por no haber sido aceptado por todos los estados que componen la comunidad jurídica internacional.

Posteriormente, la Comisión Interamericana, en el caso Michael Domínguez también contra Estados Unidos²³, volvió a pronunciarse sobre las normas de *ius cogens* en un caso también de un menor condenado a la pena de muerte²⁴. Además de reiterar lo señalado en el caso Roach y Pinkerton, destaca que las normas de *ius cogens* derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, en la medida en que la violación de esas normas prioritarias se considera conmueve la conciencia de la humanidad y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia. Asimismo, señala que se ha sugerido que un punto de partida aconsejable en la identificación de esas proscripciones jurídicas internacionales que han alcanzado la condición de *ius cogens* es la lista de derechos que los tratados internacionales de derechos humanos tornan inalienables²⁵.

²³ Véase Comisión IDH (2002).

²⁴ Donde dejó establecido que el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos. Por lo tanto, la Comisión considera que tiene la obligación aun mayor de garantizar que toda privación de la vida que se proponga perpetrar un Estado miembros de la OEA por la vía de la pena de muerte cumpla estrictamente con los requisitos de los instrumentos de derechos humanos interamericanos aplicables, incluida la Declaración Americana.

²⁵ Comisión IDH (2002), párr. 49

Por lo tanto, aunque se basan en las mismas fuentes, probatorias, el derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*, la norma para determinar un principio de *ius cogens* es más rigurosa y requiere evidencias del reconocimiento del carácter indeleble de la norma por parte de la comunidad internacional en su conjunto. Este ocurre si existe una aceptación y reconocimiento por una mayoría grande de estados, incluso si un número pequeño de estados han disentido²⁶.

La Comisión en este caso llega a la conclusión, teniendo en cuenta que el estado del derecho internacional había evolucionado desde su primer pronunciamiento sobre esta materia en 1987, de que el Estado ha actuado en contravención de una norma internacional de *ius cogens*, como lo refleja el artículo I de la Declaración Americana, al sentenciar a Michael Domínguez a la pena de muerte por delitos que cometió cuando tenía 16 años de edad²⁷. Además, con base en la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que ésta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*, evolución prevista por la Comisión en su decisión en Roach y Pinkerton²⁸.

²⁶ Comisión IDH (2002), párr. 50.

²⁷ Para llegar a esta conclusión la Comisión realizó un seguimiento a los tratados internacionales, fundamentalmente a los nacidos en el seno de las Naciones Unidas; asimismo, analizó la práctica de los estados entre los años 1987 y 2001 relacionada con la ejecución de delincuentes juveniles. Advirtiendo que sólo Estados Unidos se singulariza entre las naciones del mundo desarrollado tradicional y en el sistema interamericanos por persistir en la práctica de ejecutar delincuentes menores de 18 años, y queda cada vez más aislado en la comunidad mundial. Afirma la Comisión que las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los estados indicada ilustra la congruencia y generalización entre los estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del Derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito. Ver párr. 84 del Informe nº 62/02.

²⁸ Comisión IDH (2002), párr. 85. La Comisión señala que casi todos los estados - naciones han rechazado la imposición de la pena capital a personas menores de 18 años, en su forma más explícita, a través de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados en los que esta proscripción se reconoce como no derogable. La aceptación de esta norma abarca las fronteras políticas e ideológicas y los empeños por apartarse de la misma han sido energicamente condenados por los integrantes de la comunidad internacional como no

Poco después de la emisión del informe del caso Michael Domínguez encontramos el informe del caso Sankofa²⁹, en el que la Comisión, recordando lo señalado en el caso Domínguez, señaló que la prueba reseñada por la Comisión en el caso Domínguez se refiere en forma preponderante a la práctica internacional y de los estados existentes antes de la ejecución del Sr. Sankofa, el 22 de junio de 2000. Por lo tanto, la Comisión adopta, a los efectos del presente informe, las conclusiones a las que llegó en el caso Domínguez, y concluye que a la fecha de la ejecución del Sr. Sankofa Estados Unidos estaba obligado, análogamente, a cumplir con una norma de *ius cogens* que prohibía la aplicación de la pena de muerte a personas que hubieran cometido delitos antes de haber cumplido 18 años de edad³⁰. Incide en que el Sr. Sankofa era menor de edad cuando se cometieron los hechos; por ello, la declaración de culpabilidad, la condena y ejecución carecieron de la base jurídica requerida por el estricto criterio del debido proceso aplicable en casos de aplicabilidad de la pena capital conforme a los artículos I, XVIII y XXVI de la Declaración Americana.

Se advierte de este caso que la mala o deficiente aplicación del debido proceso, en un Estado que aplica la pena de muerte, puede traer consecuencias graves e irreversibles como la privación de la vida

Así, la Comisión ha manifestado la existencia de una nueva norma imperativa. La Corte no ha hecho ninguna referencia, por lo cual esta decisión sólo queda como un desarrollo doctrinario.

permisibles según normas contemporáneas de derechos humanos. En efecto, podría decirse que el propio Estados Unidos ha reconocido el significado de esta norma al prescribir la edad de 18 años como norma federal para la aplicación de la pena capital y al ratificar el Cuarto Convenio de Ginebra sin reservas a esta norma. Sobre esta base, la Comisión considera que Estados Unidos está obligado por una norma de *jus cogens* a no imponer a la pena capital a personas que cometieron los delitos cuando no habían cumplido los 18 años de edad. Como norma de *jus cogens*, esta proscripción obliga a la comunidad de Estados, incluido Estados Unidos. La norma no puede ser derogada con validez, sea por tratado o por objeción de un Estado, persistente o no.

²⁹ Comisión IDH (2003).

³⁰ Comisión IDH (2003), párr.53.

b. La Corte Interamericana y el *ius cogens*

El órgano jurisdiccional del sistema interamericano comenzó a ejercer sus funciones a partir de la década de los ochenta. En estos años de trabajo ha emitido muchas sentencias y opiniones consultivas que contribuyen en el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales. En gran parte de estas decisiones, debido a su importancia, se invoca el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referida al debido proceso. Empero, las referencias a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), pese a su indiscutible importancia en la existencia misma de la humanidad, son exiguas y su invocación ha sido tardía y aún no forma parte del lenguaje jurídico cotidiano de este sistema.

La primera referencia al *ius cogens* en términos generales en la Corte la encontramos en el caso *Aloeboetoe*³¹, en el que hace una reflexión sobre la validez de un tratado de 1762 y señala que hoy sería nulo por ser contrario al *ius cogens superveniens* (artículo 64 CV69).

Se avizora una mención relativamente más constante al *ius cogens*, después de más de una década de la entrada en funcionamiento de la Corte, en los votos razonados del juez Cañado Trindade, en el caso *Blake*, que sitúa la desaparición forzada en el dominio del *ius cogens*, al señalar que *en casos de desaparición, figuran entre los derechos conexos, derechos fundamentales inderogables*³². Así, el gran reto para este ex juez de la Corte está en seguir avanzando resueltamente ha-

³¹ Corte IDH (1993), párr. 57. En este caso, la Corte no hace un desarrollo del *ius cogens* ni mucho menos. Ante una situación en que la Comisión Interamericana sostenía que los saramacas (tribu que vive en Suriname) gozan de autonomía interna en virtud de un tratado celebrado con los Países Bajos el 19 de septiembre de 1762, donde los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al gobernador de Suriname, quien les pagaría por cada uno entre 10 y 50 florines, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieran capturar. Ante esta situación, la Corte no consideró necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Se limitó a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos.

³² Corte IDH (1996), voto razonado del juez Cañado Trindade, párrs. 11 y 14.

cia la gradual humanización del derecho de los tratados, proceso que se inició con la emergencia del concepto *jus cogens*, por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento³³. Es una aspiración que se plasmó hace más de diez años en el seno del sistema interamericano pero aún continúa siendo una tarea pendiente en el derecho internacional.

Años más tarde, con mayor determinación, el juez Cançado Trindade, ante el titubeo de los estados frente a la apuesta del Derecho por encima de los intereses políticos, señaló que ha llegado el tiempo de superar la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional e insta a los estados a que retomen y realicen con determinación el ideal de construcción de una comunidad internacional más cohesionada e institucionalizada a la luz del Derecho y en la búsqueda de la justicia, moviéndose resueltamente del *ius dispositivum* al *jus cogens* y siempre teniendo en cuenta que la protección de los derechos humanos fundamentales nos sitúa en el dominio del *ius cogens*³⁴. Lastimosamente, el papel de los estados en estos últimos años no ha evolucionado de manera significativa en este aspecto. El reconocimiento de los derechos humanos, en general, como normas de *ius cogens* es una aspiración, por cuanto no todos estos derechos son normas de *ius cogens*.

A pesar de la trascendencia del *ius cogens* en la defensa y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es incomprensible su tardía mención en el seno de la jurisprudencia del sistema interamericano. No es que se trate de una norma cuyo desarrollo haya sido destacado especialmente en otros órganos jurisdiccionales internacionales, pero sí al menos invocado. Se espera que en adelante su invocación, aplicación y desarrollo sean una cons-

³³ *Ibid.*

³⁴ Corte IDH (2001), voto razonado del juez Cançado Trindade, párr.38.

tante encaminada a lograr el respeto a la dignidad humana, que repercutirá en el logro de una convivencia en paz.

Tras dos años de la referencia primigenia, también en el caso Blake nuevamente Cañado Trindade en su voto razonado, en la sentencia de fondo, reitera que en la desaparición forzada de personas se está ante la violación de derechos de carácter inderogable, como el propio derecho fundamental a la vida, en el marco de una situación continuada. Se está, dice Cañado Trindade, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos, entre los que se encuentran derechos fundamentales inderogables protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Además señala que los desarrollos doctrinales más recientes revelan una tendencia hacia la “criminalización” de violaciones graves de los derechos humanos –como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extralegales, y de desaparición forzada de personas. Estas prohibiciones, dice Cañado Trindade, nos hacen ingresar en la terra nova del *jus cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de lesa humanidad que recaen bajo su prohibición³⁵. No se debe olvidar que las normas de *ius cogens* generan la obligación jurídica de los estados y constituyen el límite absoluto a su voluntad.

Los diversos tratados que recogen los derechos inderogables, sea a nivel universal y/o regional, no incluyen en su relación a la desaparición forzada, propiamente dicha, lo que sí todos hacen es recoger taxativamente el derecho a la vida. No hay duda de que uno de los derechos que forma parte del *ius cogens* es precisamente el derecho a la vida. También así lo ha venido reiterando el sistema interamericano³⁶.

³⁵ Corte IDH (1998), voto razonado del juez Cañado Trindade, párrs. 14-15.

³⁶ Corte IDH (1999), párrs. 139-144. Además véase el caso Las Palmeras contra Colombia, sentencia de 4 de febrero de 2000, y el caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra

Transcurrido más de diez años de la sentencia en el caso Blake y del voto razonado premonitorio del entonces juez Cançado Trindade, la Corte Interamericana establece que la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*³⁷. De este modo, la Corte inicia “su primera relación” con las normas imperativas de derecho internacional.

Llega a esta conclusión teniendo en cuenta lo establecido en el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados. Además de la desaparición forzada, la prohibición de la tortura también tiene carácter de norma inderogable de derecho internacional o *ius cogens*³⁸. Ambas son contempladas en la definición de conductas que se consideran afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para su persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlos y evitar que queden en la impunidad³⁹. En este caso, la Corte se limita a darles la naturaleza de *ius cogens* a ambas figuras pero no las desarrolla.

A finales de 2003 la Corte Interamericana (Corte IDH, 2003) emitió una de las opiniones consultivas más importantes en lo que a *ius cogens* se refiere, la OC-18/03. Por primera vez se pronuncia sobre la importancia y el alcance del *ius cogens*, gracias a una solicitud de opinión consultiva en la que se pregunta, entre otras, si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efec-

Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001.

³⁷ Corte IDH (2006), párr. 84.

³⁸ Corte IDH (2006), párr. 93. Criterio repetido en el caso La Cantuta contra Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 157.

³⁹ Corte IDH (2006), párr. 128. Reiterado en el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 404.

tiva de la ley pueden considerarse normas de *ius cogens*⁴⁰. Es trascendente esta opinión consultiva porque después de veintiséis años de la primera opinión consultiva recién encontramos un pronunciamiento sobre estas normas, la misma que también muestra que los estados esperaron estos largos años para someter a consideración de la Corte un tema tan importante como el alcance del *ius cogens*.

En las observaciones orales y escritas en este caso, ante la Corte Interamericana, la Comisión sostuvo que existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial y de las prácticas directamente asociadas con ella constituye una obligación *erga omnes*. El carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación implica que, por su naturaleza perentoria, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario⁴¹. La Comisión reconoce que

Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional, para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional⁴².

⁴⁰ El Estado de los Estados Unidos Mexicanos presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la “[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. En este contexto preguntó: ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, puede considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*?

⁴¹ Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18, p.27.

⁴² Alegaciones de la Comisión IDH en la Opinión Consultiva 18, p. 27.

Acertadamente, la Corte Interamericana ha señalado que en su evolución y por su propia definición, el *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *ius cogens* se ha ampliado, alcanzado también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos de orden jurídico internacional⁴³. De este modo hace referencia al Proyecto de la CDI de 2001, en el que el *ius cogens* ha sido recogido.

La Corte sostiene que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

Esto implica que 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 contra el principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas⁴⁴. En concordancia con ello, considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, ya 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 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,

⁴³ Corte IDH (2003), párr. 99.

⁴⁴ Corte IDH (2003), párr. 100.

nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio básico de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁴⁵.

Así, los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los estados, precisamente por pertenecer al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares. El incumplimiento de una obligación por parte del Estado acarrea una responsabilidad internacional del Estado, y ésta es más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del DIDH. La Corte señala que de esta manera la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los estados, al margen de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas⁴⁶.

De este modo, por primera vez la Corte Interamericana le reconoce a un derecho la condición de *ius cogens*, aspecto sin lugar a dudas de mucha trascendencia en la protección del ser humano, aunque haya sido dada en el seno de una opinión consultiva y no a través de un tratado.

Otro aspecto que se debe destacar de esta opinión consultiva⁴⁷ es el reconocimiento del papel que desempeña el debido proceso en

⁴⁵ Corte IDH (2003), párr. 101.

⁴⁶ Corte IDH (2003), párr. 106.

⁴⁷ Las decisiones plasmadas en una sentencia por parte de la Corte Interamericana tienen carácter vinculante para todos los estados que han reconocido la competencia contenciosa de este órgano judicial. Empero, las opiniones consultivas, como las de otros tribunales internacionales, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la CADH. Ver, Corte IDH (1982). Pero no hay que olvidar que el Derecho Internacional avanza constantemente, y si hace más de veinte años la Corte se pronunció sobre las opiniones consultivas de ese modo, hoy las cosas han cambiado y existe una conciencia colectiva de su fuerza jurídica. Es imposible no tomar en cuenta opiniones tan importantes como las plasmadas en las opiniones consultivas OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 y OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Sin duda son fuentes jurisprudenciales de interpretación que permiten

el ejercicio efectivo de cualquier derecho de carácter dispositivo e incluso imperativo, como es el presente caso. La Corte señaló que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo inmigrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna⁴⁸. En consecuencia, debido a su gran importancia, podemos decir que el debido proceso constituye el corazón de cualquier ordenamiento jurídico.

Esta opinión consultiva contó con el voto concurrente de varios jueces: Abreu Burelli señaló “que la observancia por el Estado del principio de la igualdad y no discriminación y el derecho al debido proceso legal, no puede estar subordinada a objetivos de sus políticas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.”⁴⁹ De este modo, junto al principio de igualdad y no discriminación incluye al debido proceso como un derecho que permanece incólume ante cualquier circunstancia. Por su parte, el juez García Ramírez, tomando en cuenta las características de los deberes generales de los estados al amparo del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en lo que corresponde al *ius cogens*, establece determinadas acciones, como se sostiene en la OC-18/2003, que deben ser desarrolladas en tres órdenes mutuamente complementarios⁵⁰ para que se pueda decir que un Estado cumple con sus obligaciones de *jus cogens* en esta

entender el alcance de las normas relacionadas con los derechos humanos.

⁴⁸ Corte IDH (2003), punto resolutivo n° 7.

⁴⁹ Corte IDH (2003), voto concurrente en la Opinión Consultiva OC-18/2003. Este juez precisa que no obstante su naturaleza no contenciosa, las opiniones consultivas, en general, por su fuerza moral, y por el principio de buena fe en que se fundamentan los tratados internacionales que las autorizan, tienen efectos innegables tanto en la actividad legislativa y administrativa de los estados como en la interpretación y aplicación, por los jueces, de las leyes y de los tratados sobre derechos humanos.

⁵⁰ a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado, la efectiva vigencia, no sólo la consagración nominal de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia.

materia. Por otro lado, acertadamente, incide en que la proclamación de derechos sin las garantías que la protejan queda en el vacío, convirtiéndose en una formulación estéril, que siembra expectativa y produce frustraciones.

Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, reestablecerlos si fueran vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el acceso formal y material a la justicia. A ese acceso sirve el debido proceso, que es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza – entre ellas, las laborales – y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales y administrativos⁵¹.

De esta forma destaca el papel esencial del debido proceso, como un elemento para la eficacia de los derechos en su conjunto, por el que tácitamente se considera dentro de las normas de *ius cogens*.

⁵¹ Corte IDH (2003), voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 26, 36, 37 y 38. Para este juez, el debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la OC-18/2003, entraña, por una parte, la mayor igualdad –equilibrio, “igualdad de armas–” entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue –en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo– cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil

También encontramos un amplio desarrollo del *ius cogens*, en el voto concurrente del juez Cançado Trindade, quien señala que la emergencia y consagración del *ius cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. Hace hincapié en que el concepto *ius cogens* no se limita al derecho de los tratados, se extiende a todo y a cualquier acto jurídico, y es igualmente propio del derecho de la Responsabilidad de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos de ordenamiento jurídico. “Sostiene que son los propios artículos sobre la Responsabilidad de los Estados los que dan testimonio de este hecho; hay uno en que afirma que “various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity”⁵². Así, destaca la importancia de la incorporación del *ius cogens* en el Proyecto de la CDI de 2001⁵³.

Además de ello, otro aspecto importante que plasma en esta opinión consultiva el juez Cançado Trindade es la importancia del debido proceso y su relación con el *ius cogens*. Compara el reconocimiento en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados del principio básico del *non-refoulement* como de *ius cogens* con el reconocimiento del carácter de *jus cogens* del principio fundamental de la igualdad y la no discriminación en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La ilegalidad objetiva, dice, no se limita a los actos y prácticas de genocidio, tortura. Como el *jus cogens* no es una categoría cerrada, entiende acertadamente Cançado Trindade, que nadie tampoco osaría negar que el trabajo de esclavo y la denegación persistente de las más elementales

⁵² Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: University Press, p. 188. En Corte IDH (2003), voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 70. El mismo criterio en el caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004 (fondo), párr. 29.

⁵³ Un pronunciamiento importante de la Corte Interamericana, sobre responsabilidad internacional del Estado, se puede ver en el caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Corte IDH (2003b), párr. 139, caso Plan de Sánchez contra Guatemala (fondo), sentencia de 24 de abril de 2004; y en el Caso Goiburú y otros contra Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 82.

garantías del debido proceso legal igualmente afrontan la conciencia jurídica universal, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *ius cogens*. Lo cual es particularmente significativo para la salvaguardia de los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados.

Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección. Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos⁵⁴. Así, para este juez, la emergencia y consagración del *ius cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma y de los principios y valores fundamentales que la guían⁵⁵. Como bien señala Cançado Trindade, hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a su juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del presente dominio de protección de la persona humana, así como, en última instancia, del propio derecho internacional como un todo⁵⁶. Es destacable la labor de este juez en el desarrollo del derecho internacional y en lo que al *ius cogens* se refiere en el sistema interamericano. Se espera que en el futuro su contribución sea aún mayor en este tema, como juez del TIJ.

IV. EL DEBIDO PROCESO COMO NORMA DE IUS COGENS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

⁵⁴ Corte IDH (2003), voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 72.

⁵⁵ Corte IDH (2003), voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 73.

⁵⁶ Corte IDH (2003), voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 86.

Es la primera vez que un tribunal internacional encuentra relación entre el debido proceso y las normas de *ius cogens*. Desde luego, razón seguro que no le falta tratándose del debido proceso. Hay que recordar que es un derecho fundamental muy importante para el ejercicio efectivo de los demás derechos humanos⁵⁷.

Es de señalar que en el seno de la Corte Interamericana es habitual encontrar la aplicación de los artículos 8 (debido proceso) y 25 (protección judicial) de la CADH como que de un solo derecho se tratara⁵⁸. En este sentido, la Corte va en la línea que desde hace años propugna Cançado Trindade⁵⁹ y hace suya su razonamiento.

Para Cançado Trindade, tal y como la Corte advirtió en la Opinión Consultiva OC-18, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real, lo que a su juicio “abarca el citado acceso mediante un recurso efectivo, todas las garantías del debido proceso legal, hasta el cumplimiento fiel y final de la sentencia”. Por otro lado, sostiene la indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana⁶⁰ que conlleva a caracterizar como

⁵⁷ Sobre el análisis del debido proceso en el sistema interamericano véase mi trabajo (2009).

⁵⁸ Acceso a la justicia, o dicho de otro modo, a la preservación y observancia de las garantías judiciales y los medios jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales. Ese acceso implica tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos que imparten justicia en forma independiente, imparcial y competente, formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material). Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido. Es preciso, pues, destacar ambas manifestaciones del acceso a la justicia: formal y material, y orientar todas las acciones en forma que resulte posible alcanzar ambas. Corte IDH (2003b), voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 5.

⁵⁹ Un estudio a profundidad sobre la indisociabilidad entre el acceso a la justicia y las garantías del debido proceso legal en el sistema interamericano puede verse en el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 28-59.

⁶⁰ Véase una posición diferente sobre el alcance del artículo 8 y el artículo 25 en el voto parcialmente disidente del juez ad hoc Diego Rodríguez Pinzón, en Corte IDH (2008). Este juez sostiene, entre otros aspectos, que son disposiciones complementarias que protegen el crucial andamiaje judicial sobre el cual descansa la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención, las constituciones y otras normas nacionales. Además, afirma que su aplicación en forma indistinta no aumenta o fortalece la protección de la Convención, que es el objeto y fin de este instrumento, sino que la hace menos efectiva y más confusa.

parte del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. “No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección”⁶¹. Sin duda, este razonamiento es una gran contribución en el camino al reconocimiento legal del debido proceso como norma de *jus cogens*.

La Corte en sus diversas decisiones ha reiterado la gran importancia del debido proceso en la protección de la persona humana. Señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes que la ampare contra las violaciones de derechos fundamentales. Reiteró en muchas ocasiones que esta garantía constituye uno de los pilares básicos no sólo de la CADH sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Garantía a la que Cançado Trindade denomina el derecho al Derecho, es decir, el derecho a un ordenamiento jurídico que proteja efectivamente los derechos fundamentales de la persona humana⁶².

La Corte Interamericana, tras expedir muchas sentencias y opiniones consultivas, en el caso Goiburú señala con contundencia que

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los estados de adoptar medidas que sean necesarias para no dejar en la

⁶¹ Corte IDH (2006c), voto razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 63 y 64. En igual sentido en Corte IDH (2006d), párr. 36; Corte IDH (2006a), voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 47; en Corte IDH (2006), párr. 65; Corte IDH (2005), párrs 25-29; Corte IDH (2005a), párr.7; y Corte IDH (2005b), párrs. 6-8.

⁶² Corte IDH (2003b), voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 55. Criterio reiterado en Corte IDH (2006), párr. 64.

impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros estados que lo hagan o procuren hacerlo⁶³.

A través de esta sentencia incluye el derecho al debido proceso dentro del pequeño grupo de derechos que forman parte de las normas de *ius cogens*. En el caso de la Cantuta contra Perú volvió a reiterar y ratificar exactamente lo afirmado en el caso Goiburú⁶⁴. El juez Cançado Trindade, aprovechando su última oportunidad en este tribunal regional, por su retiro, destacó la consolidación en esta sentencia de la ampliación del contenido material del *ius cogens*, al abarcar el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, sin el cual simplemente no existe el Estado de derecho. Manifestó que espera que la Corte mantenga en el futuro esta posición y siga siempre avanzando en su construcción jurisprudencial acerca de las normas imperativas del derecho internacional⁶⁵.

De este modo, el derecho al debido proceso, como parte indivisible del derecho al acceso a la justicia, forma parte de las normas de *ius cogens*. No cabe duda de la importancia que ello tiene en la protección de la persona humana, y haber sido reconocido en el ámbito regional no implica en absoluto que su aplicación esté limitada a este ámbito. No olvidemos que las normas de *ius cogens*, conforme lo reconoce la CV69, deben ser reconocidas por la comunidad inter-

⁶³ Corte IDH (2006), párr. 131.

⁶⁴ Corte IDH (2006e), párr. 160. La Corte señala reiteradamente que los hechos de este caso han infringido normas inderogables de Derecho Internacional (*ius cogens*). Concluye indicando que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales, artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.

⁶⁵ Corte IDH (2006e), voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 53. Aunque un año después, también en el caso La Cantuta, sentencia de 30 de noviembre de 2007 (interpretación de la sentencia de fondo, Reparaciones y Costas), volvimos a encontrar otras reflexiones en su voto razonado. Véase: Corte IDH (2007), voto disidente de Cançado Trindade, párrs. 5-60. En este voto se muestra crítico con la Corte, que declaró inadmisibile en su totalidad la demanda. Considera que existe un planteamiento de mayor relevancia y que tiene que ver con una norma de *ius cogens*. Los demandantes pedían, entre otros, la aclaración del punto 7.a de la sentencia de 2006, referido a quien les garantizará un recurso rápido, sencillo y eficaz.

nacional en su conjunto, por ende, no cabe hablar de un *ius cogens* regional⁶⁶.

Si bien es significativo en la protección de los derechos humanos que un derecho humano pase a convertirse en interés fundamental de la comunidad internacional porque así lo reconoce un órgano jurisdiccional, se echa en falta una fundamentación más sólida por parte de la Corte Interamericana al darle la condición de *ius cogens*. No será porque sea un derecho humano que no reúna las condiciones que exige el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que sí los reúne, además de advertirse la existencia de una conciencia colectiva de los estados de esta región en su reconocimiento como norma imperativa⁶⁷. La Corte se limita

⁶⁶ Pero esto no impide reconocer la existencia de los vasos comunicantes entre los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. De la práctica se tiene que éstas interactúan y se retroalimentan permanentemente.

⁶⁷ Es cada vez más la influencia de las sentencias y/o opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. Así, la opinión consultiva n° 18, mediante la cual la Corte Interamericana reconoce que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forman parte del *ius cogens*, ha sido recogida en el derecho interno argentino, donde señaló: "En el contexto delineado precedentemente, la supuesta irregularidad migratoria de la actora no justifica la decisión extintiva de la demandada con los alcances jurídicos por ella pretendidos, ni excluye, por ende, el derecho de la trabajadora a las indemnizaciones pertinentes, por aplicación directa y operativa del principio fundamental de igualdad y no discriminación integrante del *ius cogens*. El contenido y alcance imperativo de ese principio lleva a interpretar con sentido constitucional las normas migratorias infraconstitucionales que pudieran llevar a convalidar la decisión empresarial. Dicho en otros términos: en casos como el presente, el empleador no quedará exento de la responsabilidad indemnizatoria precitada, ni sus obligaciones laborales pertinentes se verán limitadas en forma alguna a causa de la irregularidad migratoria en que pudiera haber incurrido la trabajadora. El control de convencionalidad de oficio que deben realizar los jueces y tribunales argentinos, a la luz de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acatada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lleva a sustentar la interpretación propuesta en el marco del presente caso". Véase la Sentencia Definitiva SD 70613, Exp. n° 25056/06, Juzgado 38, Sala V, Autos: Dávila Guevara Eglá Leonor C/ Rovepe SRL de 23 de abril de 2008. Del mismo modo, la sentencia que reconoce el derecho al debido proceso como norma de *ius cogens* también ha sido recogida en el derecho argentino, cuando señala: "No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse a todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *ius cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección. Desde esta perspectiva, las normas reguladoras del procedimiento ante las comisiones médicas vulnera el derecho de acceso a la justicia que forma parte del *ius cogens*". Ver Sentencia Definitiva SD 70573 de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Autos: González, Protacio C/ Berkley Internacional Art S.A. de fecha 31 de marzo de 2008.

a señalar la importancia de este derecho y ni siquiera menciona ni justifica el cumplimiento de las exigencias del artículo 53. Al fin y al cabo, el instrumento jurídico internacional que regula la existencia de las normas de *ius cogens* es la Convención de Viena.

Tal y como se observa de los casos mencionados y la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana, los derechos reconocidos como de *ius cogens* por este órgano jurisdiccional son el principio de la igualdad y no discriminación; el derecho de acceso a la justicia, en que se incluye el derecho al debido proceso; también establece la prohibición de la Desaparición Forzada de la persona y el correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables como una norma de *ius cogens*. Además, en ocasiones, ha reiterado el reconocimiento de algunos derechos ya consolidados como de *ius cogens* en la comunidad internacional, siendo el caso del derecho a la vida y la prohibición de la tortura⁶⁸. También la Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre los crímenes de lesa humanidad en el caso Almonacid Arellano, donde señaló que la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto ge-

⁶⁸ En el caso Maritza Urrutia dejó claro que la prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como la guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Concluye la Corte señalando categóricamente que la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy en día al dominio de *ius cogens*. El régimen jurídico internacional contra la tortura establece la prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica. La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la tortura psicológica además de este caso, sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 92; anteriormente, en el caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 101-104, apoyándose en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo dejó claro la existencia de la tortura psicológica. También el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado a la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003, en el párrafo 49 señaló que la proscripción terminante de la tortura, en todas sus formas –física y psicológica–, forma parte del *ius cogens* internacional. Es de destacar que la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrs. 57, ya hacía referencia al derecho a la integridad psíquica, al señalar: “La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.”

neralizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de las normas de *ius cogens*⁶⁹.

V. REFLEXIÓN FINAL

Desde su reconocimiento en el derecho internacional a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas de *ius cogens* siempre se han caracterizado por estar en la cúspide de las normas internacionales y por su importancia para la existencia misma de la comunidad internacional. No obstante su larga trayectoria, no se conoce con exactitud cuál o cuáles son estas normas, aunque hay algunas cuya existencia por parte de la comunidad internacional son obvias y no admiten dudas. Desempeñan un papel esencial en su desarrollo los estados y los órganos de protección del ser humano en el mundo.

Si bien se trata de normas universales, su desarrollo en una región del mundo puede contribuir a su reconocimiento por parte de la comunidad internacional en su conjunto. No hay que olvidar que la interrelación e interdependencia de los órganos internacionales y nacionales en la protección de los derechos humanos pueden contribuir en su desarrollo y en una protección más efectiva.

En el sistema interamericano su desarrollo ha sido precario; no lo ha sido más en otros sistemas. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos primero a través de una opinión consultiva relaciona las garantías judiciales con las normas de *ius cogens*, y posteriormente la ratifica a través una sentencia. Desde luego, debido a la importancia del debido proceso en la protección de los derechos humanos, y teniendo en cuenta que no todos los derechos humanos son considerados normas de *ius cogens*, constituye un gran aporte en la protección del ser humano. Si bien esto no significa que

⁶⁹ Corte IDH (2006f). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 99. Criterio reiterado en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 402.

el debido proceso ya sea una norma de *ius cogens*, es el inicio en el camino a dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la interrelación que existe entre los tribunales internacionales y la aceptación cada vez mayor de las decisiones de la Corte Interamericana en el derecho interno. El primer paso se ha dado, ahora hay que esperar su desarrollo y reconocimiento por parte de la comunidad internacional en su conjunto, y un papel más protagónico del Tribunal Internacional de Justicia.

REFERENCIAS

- Carrillo Salcedo, J. A. (1969). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1984). *El Derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Casado Raigón, R. (1991). Notas sobre el *ius cogens* internacional. Córdoba.
- Comisión IDH (1985). Informe 3/87. Caso 9647, *Roach y Pinkerton contra Estados Unidos*, Informe Anual 1985.
- Comisión IDH (2002). Informe 62/02, Caso 12.285, *Michael Domínguez contra Estados Unidos*, de 22 de octubre de 2002.
- Comisión IDH (2003). Informe 97/03. Caso 11.193, *Gary T. Gram*, actualmente conocido como *Shaka Sankofa contra Estados Unidos*, de 29 de diciembre de 2003.
- Corte IDH (1982). Opinión Consultiva OC- 1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º. 1. "Otros Tratados." Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Corte IDH (1993). *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (1996). *Caso Blake Vs. Guatemala*. Sentencia de 2 de julio de 1996 (Excepciones Preliminares).
- Corte IDH (1998). *Caso Blake Vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).
- Corte IDH (1999). *Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo). [Conocido como caso "Niños de la Calle"].
- Corte IDH (2001). *Caso Constantine y Otros Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares).
- Corte IDH (2002). Opinión Consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

- Corte IDH (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A n° 18. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.
- Corte IDH (2003a). *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.
- Corte IDH (2003b). *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- Corte IDH (2005). *Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2005a). *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2005b). *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006). *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006a). *Caso de las Masacre de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006b). *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006c). *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006d). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2006f). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2007). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2008). *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Fondo).
- De La Guardia, E. & Delpesch, M. (1970). *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: La Ley.
- Ferrer Sanchis, P. A. (1968). "Los conceptos *ius cogens* y *ius dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional". *Revista Española de Derecho Internacional*, XXI (1).
- Gómez Robledo, A. (2003). *El Ius Cogens Internacional, Estudio histórico-crítico*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gutiérrez Espada, C. (1991). *Hacia un compendio de Derecho Internacional Público*. Barcelona: DM.

- Kelsen, H. (1966). *Principles of international law* (2^a ed.). Nueva York.
- Marín López, A. (1970). *Las Normas imperativas en Derecho internacional, Homenaje al profesor Sela Sampli*. Universidad de Oviedo.
- Mariño Menéndez, F. (1999). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta.
- Mertens, P. (1973). *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*. Bruxelles: Éd. de l'Univ. de Bruxelles.
- Miaja De la Muela, A. (1960). "Ius cogens y Ius dispositivum". En *Derecho Internacional Público. Estudios jurídicos sociales. Homenaje al profesor Luis Lagaz Lacambra*, vol. II. Santiago de Compostela.
- Quispe Remón, F. (2009). *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano* (tesis doctoral). Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Remiro Brotons, A. (1987). *Derecho Internacional Público, I. Principios fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Remiro Brotons, A. y otros (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill.