

ISSN: 0212-0747

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

Nº 30
2014

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO /
FACULTAD DE DERECHO /
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /
PAMPLONA, ESPAÑA

SEPARATA

Luis A. LÓPEZ ZAMORA

El Unificador Fragmentado

La fenomenología de las normas de *ius cogens*
en un contexto de cambio



Universidad
de Navarra

FUNDADA EN 1974 / UNIVERSIDAD DE NAVARRA / 31080 PAMPLONA. ESPAÑA
EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ESTUDIOS DOCTRINALES

- ABAD CASTELOS, Montserrat. La *diplomacia paralela* de las organizaciones de la sociedad civil ante los conflictos: ventajas, inconvenientes y desafíos, con especial referencia a la UE 5-46
- CEBADA ROMERO, Alicia. La violencia sexual en el conflicto de Mali. La Mujer como Víctima y como Protagonista de la Lucha contra la Impunidad 47-86
- CERVERA VALLTERRA, María. El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido 87-138
- ESTEVE MOLTÓ, José Elías. La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China 139-201
- LÓPEZ ZAMORA, Luis A. El Unificador Fragmentado. La fenomenología de las normas de *ius cogens* en un contexto de cambio 203-250
- MORÁN BLANCO, Sagrario. Brasil: protagonismo e incertidumbres en la escena internacional 251-301
- PEZZANO, Luciano. Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos 303-346
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. El Derecho Internacional ante los crímenes cometidos contra la población civil 347-389

NOTAS

- COPPELLI ORTIZ, Gerardo. Influencia normativa de las Organizaciones Internacionales Económicas en los procesos de integración económica 393-429
- GÓMEZ ISA, Felipe. El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia 431-455
- SEATZU, Francesco. When good intentions do not go too well: assessing the role of the Latin American Parliament in the achievement of socio-economic development in Latin America 457-478

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES 479-547

RECENSIONES 549-563



El Unificador Fragmentado

La fenomenología de las normas de *ius cogens* en un contexto de cambio

The Fragmented Unifier

Jus Cogens Phenomenology in a Context of Change

RECIBIDO EL 16 DE ENERO DE 2014 / ACEPTADO EL 16 DE ABRIL DE 2014

Luis A. LÓPEZ ZAMORA*

llopezz@pucp.edu.pe.

Resumen: La formulación de una teoría coherente sobre la naturaleza de las normas de *ius cogens* aun hoy constituye un tema irresoluble para la fenomenología del Derecho Internacional. La fascinación que esta categoría legal produce se cimienta en su habilidad para reflejar todo tipo de implicancias teóricas en las demás instituciones del Derecho Internacional. Por ejemplo, existe una interrelación evidente entre las normas de *ius cogens* y la fragmentación del Derecho Internacional, conexión que se repiten con otras construcciones, con efectos que ponen en cuestión la propia concepción tradicional de nuestra disciplina.

En una situación como esta; ¿Podemos seguir entendiendo las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva tradicional? ¿Especialmente, después de las decisiones emitidas por órganos de adjudicación internacional aceptando su surgimiento de formas únicas? ¿La concepción tradicional de las fuentes del Derecho Internacional es suficiente? ¿Podemos afirmar que las normas de *ius cogens* son productos consuetudinarios, como diferentes autores prominentes defienden? ¿O son Principios del Derecho Internacional? ¿Es correcto formular las normas perentorias como categorías borrosas y, al mismo tiempo, esperar que éstas transformen el Derecho Internacional tradicional?

Las siguientes líneas tratarán de brindar respuestas a estas preguntas y describen la naturaleza de estas figuras legales.

Palabras clave: *ius cogens*, Orden Público Internacional, Fuentes del Derecho Internacional, Principios del Derecho Internacional.

Abstract: *Ius cogens* represent –notwithstanding the great attention directed to them– an irresolvable issue in International Law's phenomenology. The fascination attached to this legal category lies in its ability to reflect all sorts of theoretical implications to every other institution/phenomena of International Law. For example, there is a very evident interplay between *Jus Cogens* norms and the fragmentation of International Law, and this linkage can be traced as well in other numerous legal constructions, with effects that question the very essence of our discipline.

In a context like this, can we still understand the sources of international law in a traditional way, specially, after the practice of adjudicatory bodies accepting the emergence of *Jus Cogens* in a very unique fashion? Is the traditional conception of the sources of International Law enough to explain this legal category? Can we conclude that *Jus Cogens* norms represent customary products, as many prominent authors defend? Or are these, Principle of International Law? In the end, it is correct to allow the existence of a blurred category and at the same time hope, somehow, the transformation of International Law?

The following lines will be devoted to sketch some answers to these questions and to explain in some extent the nature of these norms.

Keywords: *jus cogens*; International Public Order; Sources of International law; Principles of International Law.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SURGIMIENTO DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y LAS SOMBRAS QUE AÚN PERSISTENTES RESPECTO A SU NATURALEZA. 2.1. Las normas de *ius cogens* como límite a la voluntad estatal y críticas a su formulación. 2.2. Las normas de *ius cogens* y la superación de una tarea puramente teórica. 2.2.1. Los avances jurisdiccionales. 3. ESTABLECIENDO QUÉ ES UNA NORMA DE *IUS COGENS*: ENFRENTANDO SU PARTICULARIDAD CON OTROS PRODUCTOS NORMATIVOS. 3.1. Las normas de *ius cogens* como productos convencionales. 3.2. Las normas de *ius cogens* como productos consuetudinarios. 3.3. La pieza faltante para descifrar la naturaleza de una norma de *ius cogens*: El Orden Público Internacional. 3.3.1. Orden Público y Orden Público del Derecho Internacional. 3.3.2. Las normas de *ius cogens* como singularidad del Orden Público Internacional Contemporáneo: Vinculación con los Principios Generales del Derecho Internacional. 4. CONCLUSIONES.

* Ha sido adjunto de docencia de Derecho Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado de Derecho Internacional y de Derecho Privado en ejercicio. Licenciado en Derecho por la PUCP.

1. INTRODUCCIÓN: LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y SU CONSTANTE APARICIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Cuando uno inicia una investigación en el Derecho Internacional, existe –a grandes rasgos– dos posibilidades.

Por un lado, enfocarse en una materia específica, permitiendo dominar las implicancias legales de la misma en la realidad internacional o, enfocarse en uno de los grandes temas del Derecho Internacional general. Si la decisión es la segunda, finalmente se constatará que los grandes temas del Derecho Internacional se entrelazan e implican mutuamente. Un ejemplo de ello es el estudio de las normas perentorias o de *ius cogens*, cuya fenomenología se involucra con otros fenómenos estructurales del Derecho Internacional, como es la de su fragmentación¹.

Por ejemplo, la atención que genera la fragmentación del Derecho Internacional se debe a que la misma refleja la incontenible especialización y expansión del Derecho Internacional², como por el gran número de peligros que esto entraña para la unidad, continuidad y funcionamiento coherente de

¹ Todo estudio de una institución del Derecho Internacional pasa obligatoriamente por su revisión en el contexto de los diferentes sistemas regionales internacionales y a la luz de la teorización que han efectuado de ella los distintos tribunales internacionales especializados. Sobre la fragmentación del Derecho Internacional, véase: Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional, Doc. O.N.U. A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006) (finalizado por Martti Koskenniemi). De igual forma, véase: ABI-SAAB, Georges «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks», N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., 31 (1999), 919-920; DUPUY, P.-M., «The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice», N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., 31 (1999), 791, 795-98 y HIGGINS, R., «The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law», ICLQ, 52 (2003), 1, 6.

² Que incluyen, a su vez, la fragmentación de cada una de sus ramas especializadas que dan inicio a la fragmentación original. Ejemplo de ello se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En relación a la fragmentación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase de forma general: FUENTES, C. I.; PROVOST, R. y WALKER, S., «E Pluribus Unum – Bhinneka Tunggal Ika? Universal Human Rights and the Fragmentation of International Law», en R. Provost y C. Sheppard (ed.), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice – Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, 2013. pp. 37-68 y PINTO, M., «Fragmentation or Unification Among International Institutions: Human Rights Tribunals», N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., 31 (1999), 833-842.

nuestra disciplina. Son esos potenciales peligros³ los que hacen que su estudio tenga cierto tono sombrío⁴.

Aun así y, a pesar de las distorsiones generadas por este fenómeno, su análisis nos enfrenta a un punto fundamental; el desentrañar las razones por las que el Derecho Internacional –a pesar de estar inmerso en un proceso fragmentario– constituye una sola y no un variado número de disciplinas. Es aquí que aparecen, como adelantáramos, latente otro tema controvertido en el Derecho Internacional; la existencia de normas imperativas (o de *ius cogens*) transversales y presentes en todo campo del Derecho Internacional (por más especializados que estos sean), los efectos integradores que esto proyecta en este proceso fragmentario internacional, sus efectos transmutadores y la construcción de un orden legal internacional⁵.

³ Como es la relativización de las decisiones de los tribunales internacionales, los que al no presentar jerarquización entre ellos, pero en tanto especializados por materia y autónomos en sus decisiones, pueden presentar fallos contradictorios; la superposición normativa en diferentes áreas del Derecho Internacional con contenidos potencialmente antagónicos; el posible cuestionamiento de estándares mínimos legales provenientes de otras ramas del Derecho Internacional por parte de normas especializadas (parte de «régimenes autónomos»); entre otros puntos. [Al respecto véase: DUPUY, P.-M., «The Danger of Fragmentation...» (n° 1), par. 791, 792, 796-97 (analizando los peligros de la fragmentación en el Derecho Internacional, prestando atención a la fragmentación de jurisdicciones y el impacto de sus variantes interpretaciones de normas sobre el sistema legal internacional). Además, las palabras del expresidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume en la Asamblea General de las Naciones Unidas (Aviso de Prensa, Asamblea General – La Asamblea General es informada que la Proliferación de Tribunales Podrá Arriesgar la Unidad del Derecho Internacional), Doc. O.N.U. GA/9941 (31 de octubre de 2001) y KOSKENNIEMI, M. y LEINO, P., «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden J Int'l L*, 15 (2002), 553-579.]

⁴ Por ejemplo, para una descripción de los diferentes problemas generados por la fragmentación del Derecho Internacional, véase: KOSKENNIEMI, M., «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», *MLR*, 70 (2007), 1-30.

⁵ Es por ello que aun cuando se aprecia un incremento en el interés en la fragmentación del Derecho Internacional, puede observarse –al mismo tiempo– la necesidad de superar aquella situación mediante la identificación de normas estructurales de efectos integradores. Desde el proyecto de la Universidad de Oslo (PluriCourts – MultiRights «The Legitimacy of Multi-Level Human Rights Judiciary») al proyecto del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law («Transnational Private-Public Arbitration as Global Regulatory Governance: Charting and Codifying the Lex Mercatoria Publica») la fragmentación de nuestra disciplina se presenta como un campo de sofisticados análisis sobre su funcionamiento, pero además una oportunidad para la identificación del producto normativo que brinda una unidad en la diversidad. (Al respecto, véase: [<http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/multirights/>] [última visita al sitio el 05.01.2014] y [http://www.mpil.de/en/pub/organization/lex_mp.cfm] [última visita al sitio el 05.01.2014]).

Es por este innegable rol de unificador del Derecho Internacional que, en las presentes líneas, analizaremos los contornos de las normas de *ius cogens*, su naturaleza y ubicación normativa. Y, aunque es cierto que otros trabajos han analizado estas figuras legales, pocos se han dirigido a responder la pregunta: ¿Qué es una norma de *ius cogens*? La mayor parte de las investigaciones se han centrado en analizar los efectos de éstas o su relación con otras instituciones internacionales. No obstante, creemos que para entender sus efectos de forma cabal, un estudio de su naturaleza debe anteceder.

En ese sentido, las siguientes líneas tendrán por objeto develar la naturaleza exacta de las normas de *ius cogens*. Con ese fin, observaremos su ingreso en el discurso internacional, las críticas que ha sufrido, su evolución teórica y la caracterización que ha presentado como producto legal. Una vez efectuado esto y, según las conclusiones alcanzadas, podremos determinar si éstos realmente presentan una función integradora en el Derecho Internacional.

2. EL SURGIMIENTO DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y LAS SOMBRAS QUE AÚN PERSISTEN EN RELACIÓN A SU NATURALEZA LEGAL

2.1. *Las normas de ius cogens como límite a la voluntad estatal y críticas a su formulación*

Hasta antes de la segunda guerra mundial, el Derecho Internacional se encontraba dominado por el positivismo voluntarista (estatista), el mismo que propugnaba que el Derecho Internacional sólo podía emerger de la voluntad de los Estados (expresa o tácticamente). Al no existir una entidad por encima de los Estados, todo producto normativo se consideraba directamente proveniente de su voluntad y, en consecuencia, no existía producto legal obligatorio por sí mismo. Como consecuencia de ello, la capacidad de los Estados para regular sus relaciones particulares no presentaba más limitación que la que ellos mismos se impusiesen. A pesar de siglos de dominio de esta corriente, los extremos a los que la humanidad habría de alcanzar sostenida sobre sus preceptos llevaron a que finalmente se reconozca en el ámbito internacional la existencia de ciertos límites objetivos (y pre-existentes) al voluntarismo estatal, haciendo aparición las normas perentorias del Derecho Internacional o normas de *ius cogens*.

La primera vez que estas normas fueron formuladas (de forma articulada) fue en la contribución de Alfred von Verdross en su artículo *Forbidden Treaties*

in *International Law*⁶, en donde postularía la existencia de restricciones a la autonomía de la voluntad estatal. Sostendría con este fin la presencia de dos límites, por un lado, un límite dado por la costumbre del Derecho Internacional y, por el otro, un límite derivado de las normas de *ius cogens*.

En relación al segundo límite, Verdross señaló que si un tratado celebrado entre Estados contradecía una norma con carácter de *ius cogens*, aquel acuerdo se tornaba en nulo. El autor define las normas de *ius cogens* como «*principios generales que prohíben a los Estados concluir tratados contra bonos mores (...), dichas prohibiciones, comunes a los órdenes legales de los Estados civilizados, representan la consecuencia del hecho de que cada orden legal regula la coexistencia racional y moral de los miembros de la comunidad*»⁷.

Como puede observarse, Verdross plasma un enfoque diferente de las relaciones internacionales, alejándose de la perspectiva puramente positivista que dominaba la época⁸ recurriendo a la noción de comunidad. Esta proyección teórica es destacable para el tiempo en que el autor escribió estas líneas⁹, siendo confirmado su postulado por la Comisión de Derecho Internacional en la codificación del derecho de los tratados al introducir la noción de las normas de *ius cogens* como un límite al voluntarismo estatal. Es así que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general «*jus cogens*», establece:

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

⁶ VERDROSS, A., «Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on The Law of Treaties», *AJIL*, 31 (1937), pp. 571-577. Aun así, la discusión sobre las presencias de normas inderogables o superiores en contraposición a «normas particulares» se encuentra presente siglos atrás en las escuelas de inspiración *ius-naturalistas* del Derecho Internacional.

⁷ *Idem*, p. 572. (traducción del autor).

⁸ Esta corriente sostendría que la producción normativa del Derecho Internacional se origina por la voluntad de los Estados. Desde la perspectiva de esta corriente, sólo existe Derecho ahí en donde expresamente o implícitamente se ha producido una manifestación de voluntad del Estado a quedar sujeto por una regla específica.

⁹ Ya que la convicción de la capacidad ilimitada del Estado para concluir tratados era sostenida en ese tiempo por la mayoría de publicistas del Derecho Internacional; autores como Rousseau, Morelli, Guggenheim, entre otros, sostenían la naturaleza dispositiva del Derecho Internacional y no reconocían la existencia de norma perentoria alguna.

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 carácter¹⁰.

La adopción de este extremo fue, sin duda, el más polémico en la formulación de la CVDT, pues representaba la confirmación del final del positivismo voluntarista como corriente de dominio absoluto; por ello sería objeto de un escrutinio profundo. El mayor defecto, según diferentes críticos, era su indeterminación al no proveer una lista de las normas que pudiesen ser consideradas de *ius cogens*¹¹. Por ello Egon Schwelb reclamaba que semejante hecho era comparable a un código penal que se limitaba a señalar que los crímenes deberían ser castigados, sin decir enseguida qué actos constituían efectivamente un delito¹².

Si bien estas críticas reflejan un defecto propio del artículo 53 de la CVDT; lo cierto es que el paso dado por la Comisión de Derecho Internacional logró dejar establecido la existencia de dos tipos de normas en el Derecho Internacional; por un lado, «*aquellas que son obligatorias e imperativas en cualquier circunstancia (ius cogens) y (por el otro), aquellas que simplemente establecen reglas para su aplicación en ausencia de otro régimen convencional (ius dispositivum) (...)*»¹³. En ese sentido, finalmente se dejaba establecido que en el Derecho Internacional, sin importar la rama especializada de la que se trate, ni las justificaciones que se expongan, existen normas que deben ser respetadas en todo momento y que –por su naturaleza– son parte fundamental de la existencia del ordenamiento legal internacional.

¹⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. .N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

¹¹ La Comisión de Derecho Internacional explicó esta falencia. Primero, señaló que realizar una lista pormenorizada de normas de *ius cogens* tomaría más tiempo del que originalmente se le había otorgado para formular los artículos sobre el Derecho de los Tratados y, señaló así mismo, que una lista pormenorizada podría limitar o restringir el desarrollo de estas en el futuro. Sin embargo, debe notarse que, adicionalmente a estas razones, yacía el hecho de que el concepto de *ius cogens* no representaba lo mismo para todos los Estados, por lo que llegar a una lista consensuada se percibía como una tarea imposible de alcanzar en ese momento.

¹² Véase: SCHWELB, E., «Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission», *AJIL*, 61 (1967), 964.

¹³ Mr. G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Corr.1, Third Report on the Law of Treaties. Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1958, vol. II, para. 76. (traducción del autor).

Esto implicaba una variación profunda del enfoque del Derecho Internacional, por lo que no pasó mucho tiempo para que los defensores del tradicionalismo arremetieran¹⁴. Por ejemplo, George Schwarzenberger sostendría que una norma de *ius cogens* sólo podía ingresar al orden internacional a través de la voluntad de las partes, sea por tratados bilaterales o multilaterales. Igualmente, criticó el indeterminismo al que se expondrían las relaciones internacionales de aceptarse el postulado de las normas perentorias del Derecho Internacional como normas generales de aparición espontánea¹⁵.

Sin embargo, como sostendría Verdross (respondiendo a Schwarzenberger), resultaba paradójico que una norma pactada entre partes y que por tanto fuese objeto de modificación, pudiera tener la característica de una norma perentoria (inderogable). Esto era aún más claro en el caso hipotético de normas de *ius cogens* creadas por tratados bilaterales, pues este hecho permitiría la coexistencia de normas de *ius cogens* contradictorias entre sí, lo que evidentemente, es incompatible con la noción de una norma perentoria.

Sin embargo, existen extremos evidenciados por Schwarzenberger que no encontraron respuesta. Por ejemplo, es cierto que la Comisión de Derecho Internacional no respondió las siguientes interrogantes: ¿Cómo distinguir una norma de *ius cogens*?¹⁶; ¿Qué diferencia hay entre una norma de *ius cogens* y otras manifestaciones generales del Derecho Internacional?

Esta ambigüedad surgía como producto de la falta de pautas claras dadas por la Comisión para diferenciar las normas de *ius cogens* de otras normas ge-

¹⁴ Una de las críticas más fuertes provino de George Schwarzenberger, quien calificaría al borrador de la Comisión de Derecho Internacional como un avance «*perfectamente adaptado para una época de idiosincrasia hipócrita (...)*» [SCHWARZENBERGER, G., «International Jus Cogens?», *Tex. L. Rev.*, 43 (1964), p. 478]. (traducción del autor.)

¹⁵ El autor señaló: «En este caso particular, la belleza de una formula general de *ius cogens*, a diferencia de una formula específica, se produce porque deja a todos absolutamente libres para argumentar en pro o en contra del carácter de *ius cogens* de una particular regla del Derecho Internacional» [traducción del autor]. Y el mismo, agrega: «Moreover, as questions of public policy are everybody's business, the alleged incompatibility of any particular treaty with international *ius cogens* provides splendid opportunities for the expression of moral indignation by third parties in a semilegal jargon on matters which, otherwise, would clearly not be their business» [SCHWARZENBERGER, G., *idem*, p. 477.]

¹⁶ Uno de los pocos criterios que la Comisión de Derecho Internacional brindó para identificarlas es que las mismas tengan por finalidad el beneficio de la comunidad internacional en general y la aceptación relativamente universal en el Derecho Internacional. Sin embargo, esto no ofrece una solución para diferenciar (por ejemplo) las normas de *ius cogens* con la costumbre internacional general.

nerales del Derecho Internacional, hecho que el mismo Verdross admitiría¹⁷. Con la finalidad de resolver este vacío, Verdross formularía una solución; según su opinión aquello que diferenciaba las normas de *ius cogens* «yace en el hecho de que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados individualmente considerados, sino en relación a un interés mayor, el de toda la comunidad internacional»¹⁸. Con esto, la formulación de la teoría de las normas perentorias era culminada por Verdross, afirmando su separación del Derecho Internacional clásico¹⁹.

Así, desde aquel momento la dinámica predominante en la doctrina sería la de su negación por parte de los académicos positivistas, y como contrapartida, la de su adopción y defensa por parte de los que veían en ella una construcción capaz de sostener un proyecto de Derecho Internacional más allá de la coraza estatal.

Es por ello que los defensores de las normas de *ius cogens* se han visto enfrentados, una y otra vez, con las críticas provenientes del positivismo. Éstas, en un inicio, no se centraron en excluir la posibilidad de que las normas perentorias pudiesen existir en el Derecho Internacional (o que pudiesen ser incorporada en la misma)²⁰, sino que se realizara sin el consentimiento estatal. De aceptarse la incorporación de las normas de *ius cogens* sin el consentimiento estatal, el positivismo se preguntaba: ¿De dónde surgen? ¿Cómo se incorpora en la fenomenología del Derecho Internacional?; preguntas que equivalen a cuestionarnos, cómo entender las normas de *ius cogens* frente a otros productos normativos del Derecho Internacional. ¿Cómo entender las normas de *ius cogens* según la noción tradicional de las fuentes del Derecho Internacional? ¿Es una norma de aparición espontánea o una norma consuetudinaria?

¹⁷ VERDROSS, A., «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», *AJIL*, 60 (1966), p. 57.

¹⁸ *Idem*, pp. 58-59. (traducción del autor).

¹⁹ Véase al respecto: PELLET, A., «The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law Making», *Austr. Yb. Int'l L.*, 12 (1992), pp. 22-53.

²⁰ En ese sentido, un sector de los detractores de las normas de *ius cogens* han indicado que el ingreso de éstas podrían generar inestabilidad en el sistema legal internacional, dada la indeterminación propia de su formulación. Incluso, autores como Prosper Weil consideran a las normas de *ius cogens*, entre otros fenómenos en el Derecho Internacional contemporáneo, como patologías del sistema normativo. De esta forma, Weil –en una crítica similar a la de Schwarzenberger– llama la atención sobre el deterioro de la normatividad del Derecho Internacional al existir, desde aquel momento, normas que son más obligatorias que otras, en contraste a la unidad previamente existente respecto a la obligatoriedad uniforme de las normas internacionales. [WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *AJIL*, 77 (1983), p. 421.]

Todas estas dudas surgirán como consecuencia de la formulación parcial de las que fueron objeto estas normas, proveyendo a sus detractores el espacio suficiente para reducirla a una construcción iusnaturalista e idealista. El mismo Verdross se limitaría a proponer un criterio de identificación desde un punto de vista funcional y social (en tanto se diera en beneficio de la comunidad internacional). Sin embargo, no aclaró cómo ingresan en el sistema legal positivo.

Al ejemplificar el efecto perentorio de las normas de *ius cogens*, Verdross se limitaría a indicar:

Así, todo tratado concluido en violación de las convenciones relativas a la prohibición de la esclavitud, tráfico de mujeres y niños, o los derechos de los prisioneros de guerra, son nulos. (...) Tratados como estos son nulos incluso si las partes contratantes no han ratificado las convenciones humanitarias, pues los principios de humanidad que subyacen a estas convenciones son principios del Derecho Internacional general que presentan carácter de *ius cogens*²¹.

Con esta y otras afirmaciones, Verdross realiza un paralelo entre las normas de *ius cogens* y los Principios Generales del Derecho, dejando abierta la pregunta sobre la relación entre ambas nociones y su relación con los demás productos legales generales del Derecho Internacional.

Tal vez ahí radica el mayor aporte de Schwarzenberger, pues es él quien recuerda la existencia de Principios Generales del Derecho que no se formulan necesariamente como normas de *ius cogens*. Ilustraría su posición recurriendo al Principio de Soberanía y el Principio de Responsabilidad. ¿Son estos principios de carácter de *ius cogens*? Evidentemente ambos son principios reconocidos en las relaciones internacionales, sin embargo, no entran dentro de la noción de normas perentoria del Derecho Internacional.

Por su parte, Schwelb se preguntaba, ¿Qué con el Principio de *Pacta Sunt Servanda*, el Principio de *Rebus Sic Stantibus*, los Derechos Humanos?²²

Así pues, estos defectos teóricos trajeron como resultado el cuestionamiento de esta figura desde el inicio de su incorporación al Derecho Internacional positivo. Y, en los años siguientes, los estudios dirigidos a entender su

²¹ VERDROSS, A., «Forbidden Treaties in International Law...» (nº 6) (traducción del autor).

²² SCHWELB, E. (nº 12), par. 965-966.

naturaleza no serían mucho más fructíferos comparativamente al uso retórico de las mismas, dejando el campo idóneo para una segunda ola de cuestionamientos.

En ese sentido, las posturas desafiantes dirigidas en contra de las normas de *ius cogens* no cambiaron en los años siguientes y, aun sin respuestas para los cuestionamientos iniciales las normas de *ius cogens* mostrarían en palabras de profesor Carrillo Salcedo –paradójicamente– mayor aceptación, sin que ello significase mayor conocimiento sobre su contenido al que se tenía en 1969²³. Es así que en la década de los 80's, 90's e inicios del presente siglo, las críticas siguieron dirigiéndose a su falta de teorización.

Ahora bien, los cuestionamientos que se producirían en un fuerte sector de académicos²⁴, eventualmente harían que la postura sobre las normas de *ius cogens* tomara una nueva tendencia, la negación de su ingreso en el orden legal internacional (y ya no solo su confinamiento a un producto positivista). De aceptarse su ingreso –según sus críticos– se generaría la inestabilidad del sistema internacional, dada la indeterminación propia de su formulación. Por ello, algunos sostendrían que las normas de *ius cogens* (entre otros fenómenos del Derecho Internacional contemporáneo) constituyen patologías del sistema normativo internacional²⁵.

2.2. *La normas de ius cogens y la superación de una tarea puramente teórica: Los avances actuales*

Si bien las décadas de los 80's y 90's estuvieron marcadas por el escepticismo respecto a la necesidad de reconocer las normas perentorias; con el advenimiento del nuevo siglo se produciría su incorporación en sede jurisdiccional y su reconocimiento universal. Por ello, las palabras de Giorgio Gaja formuladas en 1981 ya no son representativas. El autor indicaba: «(las normas de) (*jus*

²³ CARRILLO SALCEDO, J. A., «Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law», *EJIL*, 8 (1997), p. 590.

²⁴ Véase, por ejemplo: WEIL, P. (nº 20), par. 428. DANILENKO, G., «International Jus Cogens: Issues of Law-Making», *EJIL*, 2 (1991), p. 42. SHELTON, D., «Normative Hierarchy in International Law», *AJIL*, 100 (2006), pp. 297 y 305. D'AMATO, A., «It's a Bird, it's a Plane, it's Jus Cogens», *Conn. J. Int'l L.*, 6 (1991), pp. 1-6. Y, para delimitar aquellas críticas, véase: MACDONALD, R. ST. J. «Fundamental Norms in Contemporary International Law», *CYIL*, 115 (1985), p. 132.

²⁵ WEIL, P. (nº 20), par. 421.

*cogens han sido una materia fascinante para los estudiosos del derecho internacional en los últimos 20 años (y) (l)as dificultades teóricas, antes que prácticas, parecen ser la razón de aquel interés»*²⁶. Años después el propio autor tendría la oportunidad de participar como Juez Ad-Hoc en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) analizando un caso en donde los efectos de las normas de *ius cogens* eran un tema central.

2.2.1. Los avances jurisdiccionales

El ejemplo más notorio de que las normas de *ius cogens* han trascendido el debate teórico se encuentra en la práctica llevada a cabo por la CIJ. Si bien la CIJ ha mantenido una posición conservadora respecto al desarrollo conceptual de esta figura, habría de reconocer por primera vez su existencia en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Ruanda)*²⁷ de 2006.

Si bien este no es el primer caso que era propicio para un pronunciamiento sobre el funcionamiento de estas normas en el orden legal internacional²⁸ y a pesar de que aquel avance sólo implicó el reconocimiento de esta construcción²⁹ y no el esclarecimiento de su naturaleza, un fundamental paso fue dado en su consolidación.

Los argumentos de la República Democrática del Congo (el Congo) y las respuestas de la CIJ serían de gran importancia para entender los alcances que adquirirían estas normas. Es así que surgieron algunas dudas interesantes: ¿Puede la vulneración de una norma de *ius cogens*, dada su relevancia en el ordenamiento legal, generar una jurisdicción espontánea a favor de la CIJ?

La respuesta de la Corte sería que no, sin embargo, uno de los argumentos formulados por el Estado vaticinaría el futuro uso argumentativo de las normas perentorias. Y, es que a falta de un expreso consentimiento por parte

²⁶ GAJA, G., «Jus Cogens Beyond the Vienna Convention» (1981), vol. III, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 279 (traducción del autor).

²⁷ Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Judgment of 3 February 2006.

²⁸ Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la que habría sido adecuado desarrollar la teoría de las normas de *ius cogens*, se encuentra en la Opinión Individual del Juez Ad Hoc Dugard. Véase: *Separate Opinion of Judge Ad Hoc Dugard. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*.

²⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo...* Judgment of 3 February 2006. Para. 64.

de Ruanda a la jurisdicción de la CIJ para el análisis de los derechos establecidos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG)³⁰ por la formulación de una reserva, el Congo argumentaría que aquella reserva tendría que considerarse nula pues generaba una situación de impunidad frente a las vulneraciones de obligaciones de la convención que tenían carácter de *ius cogens*³¹.

Este caso ponía en evidencia el hecho de que las normas de *ius cogens* dejaban de ser entendidas como simples límites contractuales para relativizar y reinterpretar instituciones clásicas del Derecho Internacional, como es la de la capacidad de los Estados de establecer reservas en sus acuerdos convencionales.

El argumento esgrimido por la República Democrática del Congo lejos de considerarse una formulación excéntrica, recogía una tendencia en la doctrina de considerar que las normas de *ius cogens* eran capaces de transformar ciertas figuras legales. Por ello, el Juez Cañado Trindade, en línea similar, en su opinión disidente en el caso Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia v. Federación Rusia)³², llamaría a dejar de lado interpretaciones restrictivas a las cláusulas que incluyeran la jurisdicción de la CIJ cuando la materia se refiriera a normas perentorias del Derecho Internacional³³.

Y si existía alguna intención de que las normas de *ius cogens* y sus efectos transmutadores quedaran limitadas, esto estaría lejos de ser cierto. En el año 2012, la CIJ tendría que emitir sentencia en relación al caso Inmunidad Jurisdiccional de los Estados (Alemania v. Italia – Grecia como interviniente)³⁴.

³⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. «Artículo IX. Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia».

³¹ Armed Activities on the Territory of the Congo... Judgment of 3 February 2006. Para. 58-59.

³² Corte Internacional de Justicia. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) – Judgment of 1 April 2011 (Preliminary objections).

³³ Dissenting opinion of Judge Cañado Trindade. Corte Internacional de Justicia. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) – Judgment of 1 April 2011 (Preliminary objections). Para. 87. (traducción del autor).

³⁴ Corte Internacional de Justicia. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) – Judgment of 3 February 2012.

A diferencia del caso Actividades Armadas en el Territorio del Congo, en este caso las normas de *ius cogens* fueron invocadas para restringir su uso.

Alemania inició este proceso con el fin de cuestionar fallos provenientes de tribunales italianos que, sobre la base de la teoría de las normas perentorias, decidieron analizar demandas civiles en su contra (por actos cometidos en tiempos de guerra) desconociendo el Principio de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados³⁵. Italia se mostraría conforme con la exigencia alemana de que se levanten las acciones dirigidas en contra de la propiedad de Alemania, sin embargo sostendría que la inmunidad estatal deja de ser oponible cuando las acciones en cuestión involucran contravenciones a normas perentorias del Derecho Internacional (como son las violaciones de ciertas obligaciones del Derecho de la Guerra)³⁶.

Dada las circunstancias particulares del caso, la Corte se vio obligada a determinar la existencia de una norma consuetudinaria que estableciera la inmunidad de los Estados como regla general (como argumentaba Alemania) y luego determinar la existencia de una norma consuetudinaria que estableciera una excepción a la misma³⁷. La CIJ, tras revisar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en materia de inmunidades, concluyó que existía evidencia de una práctica constante sobre el otorgamiento de inmunidades entre los Estados, agregando que constituía un principio fundamental del orden legal internacional³⁸.

³⁵ El caso fue presentado por la decisión de los tribunales internos italianos de analizar demandas civiles en contra del Estado alemán por crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. La posibilidad de obtener indemnizaciones les fue negado a los ciudadanos italianos en sede administrativa y judicial alemana, por lo que su último recurso fue presentar aquellas demandas en sus tribunales domésticos. En primera instancia, las cortes italianas rechazaron analizar estos casos sobre la base de una norma consuetudinaria de inmunidad de los Estados aun para los casos que involucrasen violaciones a normas perentorias. Sin embargo, dichos fallos fueron cuestionados ante la Corte de Casación, quien concluyó (en el conocido caso Ferrini) que la inmunidad de los Estados no es incuestionable, por lo que aceptó medidas de ejecución de propiedades del Estado alemán en territorio italiano. [Véase: FOCARELLI, C., «Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision», *ICLQ*, 54 (2005), pp. 951-958 y BIANCHI, A., *AJIL*, 99 (2005), pp. 242-248.]

³⁶ Corte Internacional de Justicia. Jurisdictional Immunities of the State... (nº 34) para. 38, 62 y 80.

³⁷ Esto último es una interpretación de la CIJ respecto a lo señalado por Italia. Italia no argumentó la existencia de una norma consuetudinaria que estableciera una excepción a la inmunidad estatal, sino que la inmunidad no puede utilizarse con el fin de escapar a la responsabilidad derivada de la violación de una norma de *ius cogens*. *Idem*, para. 54-55.

³⁸ *Idem*, Para. 57. (traducción del autor)

El siguiente paso de la CIJ fue descartar la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad de los Estados en el contexto de conflictos armados (lo cual descartó) y luego procedió a analizar si existía una excepción de aquella figura cuando los actos cometidos en tiempo de guerra pudiesen ser calificados como crímenes internacionales (en violación a normas de *ius cogens*)³⁹. La CIJ concluyó que en esos casos tampoco existe excepción al principio de inmunidad de los Estados⁴⁰; sin embargo, percatándose de alguna forma de los efectos relativizadores de sus conclusiones para la operatividad de las normas de *ius cogens*, el tribunal hace una diferencia entre la «norma consuetudinaria de inmunidad de los Estados» previamente identificada y las normas de *ius cogens*.

Para el tribunal, mientras la norma consuetudinaria de inmunidad de Estados hace referencia a una norma procedimental, la norma de *ius cogens* constituye una norma substantiva, por lo que en este caso no existía un conflicto normativo⁴¹. En ese sentido, su razonamiento se dirige a establecer que si bien la regla de la inmunidad de los Estados es cuasi-absoluta en el Derecho Internacional, esto no significa relativizar la prohibición establecida por una norma perentoria. Por ello, de existir una violación de esta última, su ilicitud podría ser declarada judicialmente siguiendo los conductos procesales apropiados⁴².

Las conclusiones a las que llega la CIJ en ambos casos serían objeto de intenso análisis. Y esto es un importante indicador de la preeminencia que va adquiriendo la noción de las normas perentorias, ya no solo teóricamente, sino en la práctica adjudicatoria. Los casos demuestran, además, los intentos por parte del orden legal tradicional de hacer frente a sus efectos en un contexto en donde su naturaleza aun no es clara. Resulta curioso que aun sin saber cómo surgen estas normas, el enfoque se centre continuamente en sus efectos y posibles límites.

Ahora bien, estos casos expresan más de lo que a primera vista puede observarse. Algunas interrogantes se encuentran presentes: ¿Es una norma de *ius cogens* una norma eminentemente substantiva o, pueden ser también de carácter procedimental? ¿Si sólo son substantivas, no tienen las normas de *ius*

³⁹ *Idem*, Para. 80.

⁴⁰ *Idem*, Para. 91.

⁴¹ *Idem*, Para. 93.

⁴² *Idem*, Para. 95.

cogens efectos procedimentales o de otro tipo⁴³ (vinculados al derecho al acceso a la justicia de los individuos)?⁴⁴.

¿Por qué concluye la CIJ que las normas de *ius cogens* (en el caso Alemania v. Italia) se limitan a una prohibición substantiva y excluye la posibilidad de una norma de *ius cogens* de carácter procedimental? ¿Existen normas consuetudinarias procedimentales, pero no normas de *ius cogens* de la misma naturaleza? ¿La determinación de la CIJ está influida por el hecho de que el tribunal previamente no encontró una excepción a nivel consuetudinario respecto a la inmunidad absoluta de los Estados?⁴⁵. Si esto es cierto; ¿El análisis de una norma consuetudinaria puede transferirse a una norma de *ius cogens*? ¿La manera como se determina la existencia de una norma de *ius cogens* es igual a como se

⁴³ Véase: TOMUSCHAT, C., «The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions», *Vand. J. Transnat'l L*, 44 (2011), pp. 1105-1140. Y, para un análisis sobre cómo hacer frente a la tensión entre una norma consuetudinaria de inmunidad estatal y el necesario resarcimiento por la violación de una norma imperativa, una salida excepcional es la esbozada por el Juez Bennouna: «Por lo tanto, en este caso, la Corte debería haber observado que Alemania, el cual reconoce la ilicitud de los actos cometidos en contra del grupo de víctimas en cuestión (...) se encuentra obligado, en principio, a asumir su responsabilidad por aquellos actos, y que es, sujeto a dicha condición que Alemania debería gozar de inmunidad frente a los tribunales de un tercer Estado. (...) Por lo tanto, solo en casos excepcionales –cuando un Estado presuntamente autor de actos ilegales, rechaza cualquier vinculación de responsabilidad, en cualquiera de sus formas– es que aquel Estado podría perder los beneficios de su inmunidad frente a los tribunales de un tercer Estado. El derecho de los individuos concernidos a tener acceso a la justicia en su propio país, entonces, tomaría preeminencia ahí donde el Estado en cuestión ha rechazado cumplir los principios fundamentales del derecho (...)». Véase al respecto: [Separate Opinion of Judge Bennouna. Corte Internacional de Justicia. Jurisdictional Immunities of the State... (n° 42) para. 13 y 15] (traducción del autor)

⁴⁴ Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade. Corte Internacional de Justicia. Jurisdictional Immunities of the State... (n° 34) para. 214 y ss]. Este punto es controversial, teniendo en cuenta la práctica de otros organismos de adjudicación internacional. Sobre el tratamiento que recibe el acceso a la justicia en otros organismo de adjudicación internacional y su vinculación con la violación de normas de *ius cogens* (y otras normas de protección de los derechos humanos), véase: BORNKAMM, P. C., «State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State», *German Law Journal*, 13 (2012), pp. 781-782.

⁴⁵ El solo hecho de concluir que no existe una excepción a nivel consuetudinario del Principio de la Inmunidad de los Estados, tiene efectos importantes en la fenomenología internacional. Por ejemplo, significaría la regresión del proceso de relativización de la inmunidad estatal, ya que desde aquel momento los Estados verían el distanciamiento de ésta como una potencial infracción al Derecho Internacional vigente. Para un análisis de los efectos colaterales de este pronunciamiento, específicamente, para la consolidación de una excepción consuetudinaria del principio bajo análisis, véase: KRAJEWSKI, M. y SINGER, C., «Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights», *MPYUNL*, 16 (2012), pp. 29 y ss.

determina la existencia de una norma consuetudinaria? ¿Son las normas de *ius cogens* normas consuetudinarias con contenido más prominente?

Esto nos lleva a preguntarnos qué es una norma de *ius cogens*, cómo surgen y su interrelación con otros productos normativos generales. Y, si bien la CIJ ha sido reticente a analizar específicamente la naturaleza de las normas de *ius cogens*, ya en 2012 (posterior al caso Alemania v. Italia) dejaría sentado –aunque superficialmente– lo que pareciera ser la perspectiva que esta habría de asumir en el futuro.

En el caso Cuestiones Relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar (Bélgica v. Senegal) la CIJ indicó que «(e)n opinión de la Corte, la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma de *ius cogens*»⁴⁶. Esta es la única referencia en toda la sentencia a las normas de *ius cogens* y deja preguntas en el aire⁴⁷. ¿En opinión de la CIJ, una norma de *ius cogens* es una suerte de norma consuetudinaria? ¿Si no es lo mismo, necesita iniciarse como una norma consuetudinaria para después transformarse en una norma de *ius cogens*? Si esto es cierto; ¿existe un momento en que una prohibición (como la prohibición de tortura) constituye una prohibición de naturaleza consuetudinaria (y, por tanto, capaz de ser dejado en suspenso por una práctica contraria de un Estado) y sólo después perentoria y, por tanto, sin posibilidad de ser contradicha? ¿Lo mismo con el genocidio, esclavitud, desaparición forzada, etc.?

Lo único claro es que la fórmula de la CIJ es poco clara y parece ir en el sentido de fundir la noción de las normas perentorias con las normas consuetudinarias del Derecho Internacional. Aun así, no existe seguridad al respecto y, como veremos a continuación, existe aún menos claridad en sede de otros tribunales internacionales.

⁴⁶ Corte Internacional de Justicia. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment of 20 July 2012. (traducción del autor)

⁴⁷ No solo fue la única referencia de estas normas en toda la sentencia; además, su inclusión no era necesaria. Esto da soporte a nuestra opinión, de que su inclusión tiene la finalidad de dejar los primeros cimientos de lo que sería el enfoque que la CIJ habría de adoptar respecto a la naturaleza de las normas perentorias del Derecho Internacional. El Juez Ad Hoc Sur, en su Opinión Disidente, correctamente indicaría: «let us take the reference to *ius cogens* which appears in the reasoning, a reference which is entirely superfluous and does not contribute to the settlement of the dispute, as will be seen. The purpose of this obiter dictum is to acknowledge and give legal weight to a disputed notion, whose substance has yet to be established. Thus, the dispute is used for other ends, namely as a starting-point for further developments outside of its scope». [Dissenting opinion of Judge ad hoc Sur. Corte Internacional de Justicia. Questions relating to... Para. 4]

No es objeto del presente trabajo hacer un análisis jurisprudencial detallado de cada fallo en donde se mencionan a estas normas; sino enfocarnos en los pronunciamientos que han desarrollado lo más claramente posible qué es una norma de *ius cogens*. Resaltan, en este contexto, la sentencia en el caso Furundizja del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el caso Michael Domingues vs. Estados Unidos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana).

En la sentencia del caso Furundizja del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (caso Furundizja)⁴⁸, al analizarse la prohibición de la tortura como parte de una norma perentoria del Derecho Internacional, el tribunal concluyó que:

(L)a prohibición de la tortura es una norma perentoria o de *ius cogens*. (...) Este rechazo, así como la importancia que los Estados le dan a la erradicación de la tortura ha llevado que el engranaje de reglas convencionales y consuetudinarias relativas a la tortura adquiera un particular estatus en el sistema normativo internacional, un estatus similar al de principios como el de la prohibición del genocidio, esclavitud, discriminación racial, agresión, la adquisición de territorio por la fuerza (...). La prohibición en contra de la tortura exhibe tres características importantes, que son detentadas probablemente, de forma similar con otros principios generales que protegen derechos humanos⁴⁹.

Pareciera que para este tribunal, una norma de *ius cogens* tiene similitud o, por lo menos, cercanía con los Principios Generales del Derecho Internacional. Sin embargo, agrega: «Por la importancia de los valores que protege, este principio ha devenido en una norma perentoria o *jus cogens*, es decir, una norma que disfruta una mayor jerarquía que el derecho convencional o incluso que el de una norma *consuetudinaria ordinaria*»⁵⁰.

En esta parte de la sentencia se le llama a la norma perentoria «principio» y, se deja claramente establecida su preeminencia frente a otros productos generales como las normas consuetudinarias. Sin embargo, al indicar que pre-

⁴⁸ Prosecutor V. Anto Furundiza Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia – Trial Chamber.

⁴⁹ *Idem*, Para. 143 y 167. (traducción del autor)

⁵⁰ *Idem*, Para. 153. (traducción del autor)

senta incluso preeminencia frente a una «norma consuetudinaria ordinaria», queda la duda del significado de esto. ¿Significa que aquella prominencia no se presenta necesariamente frente a una «norma consuetudinaria especial»? ¿Si no presenta preeminencia frente a una «norma consuetudinaria especial» es porque una norma consuetudinaria de ese tipo es perentoria?

La opción del tribunal es un tanto vacilante, al agregar: «La consecuencia más conspicua de esta mayor jerarquía es que el principio en cuestión no puede ser derogada por los Estados a través de tratados internacionales o reglas consuetudinarias locales o especiales o incluso reglas consuetudinarias generales *no provistas con la misma fuerza legal*»⁵¹. ¿Esto implica que una norma perentoria tiene preeminencia frente a toda norma, salvo frente a una norma consuetudinaria que tenga su fuerza legal? ¿Esto implica que las normas consuetudinarias son necesariamente los vehículos por los que las normas de *ius cogens* ingresan a la fenomenología legal? ¿O solo es una expresión de una norma pre-existente y de vida autónoma?

Similares dificultades se observan en el caso Michael Domingues vs. Estados Unidos de 2002⁵². En este caso, la CIDH analizó la posible violación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por parte de los Estados Unidos al decidir ejecutar una persona quien, al momento de cometer un delito, era menor de edad⁵³. La CIDH concluye:

«La evolución del cuerpo del derecho internacional en materia de derechos humanos relevante a la interpretación y aplicación de la Declaración Americana puede a su vez derivarse de distintas fuentes del derecho internacional, incluidas las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario, *incluyendo las normas consuetudinarias que se entiende forman parte del jus cogens*»⁵⁴.

Para la CIDH las normas de *ius cogens* son una suerte de normas consuetudinarias y como era de esperarse, para determinar la existencia de la prohibición de ejecutar menores de edad como norma de *ius cogens* pasa a analizar la existencia de una *opinio iuris* que diera soporte a aquella prohibición y la práctica estatal correspondiente. Aun así, su análisis es difícil de entender al

⁵¹ *Idem*, Para. 170. (Énfasis agregado) (traducción del autor)

⁵² Informe N° 62/02 Caso 12.285 Fondo Michael Domingues vs. Estados Unidos. 22 de octubre de 2002.

⁵³ *Idem*, Para. 2.

⁵⁴ *Idem*, Para. 45.

agregar que: «(...) el concepto de *jus cogens* (...) deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir” y como “normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas”»⁵⁵. Aunque de forma confusa, al hacer uso de recursos del derecho natural para luego abandonarlos, su posición parece que las normas de *ius cogens* constituyen normas consuetudinarias.

Pero, aunque la ambivalencia parece ser dejada de lado para finalmente decantarse por una perspectiva tradicional del Derecho Internacional, al final la abandona y diluye el sentido positivista del origen de estas normas. En ese sentido, agrega que: «dado que el derecho internacional consuetudinario descansa en el consentimiento de las naciones, el Estado que persistentemente objeta una norma del derecho internacional consuetudinario no está obligado por la misma. Las normas de *jus cogens*, por su parte, derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, (...) y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia. (...)»⁵⁶. Entonces, la CIDH acepta el origen consuetudinario de las normas de *ius cogens*, pero desde una perspectiva particular de lo que constituye la costumbre internacional (posición no positivista).

Agregando complicaciones a este asunto, dentro del mismo sistema de protección de derechos humanos se opta por una salida diferente. Es así que en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados⁵⁷, la Corte Interamericana establecería lo siguiente:

(...) este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus 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. (...). 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 *jus cogens*⁵⁸.

⁵⁵ *Idem*, Para. 49.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 – Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 17 de septiembre de 2003.

⁵⁸ *Idem*, Para. 101.

Como se observa, la Corte conecta el devenir de la norma de *ius cogens* del presente caso con los Principios del Derecho Internacional. Y, de forma similar a como la CIJ parece conectar las normas de *ius cogens* con el proceso consuetudinario, la Corte Interamericana hace lo propio con los principios del derecho. Sin embargo, sus conclusiones no son del todo convincentes, pues agrega lo siguiente: «En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana»⁵⁹.

Esto sólo puede significar que, aunque el Principio de Igualdad ante la Ley y No Discriminación⁶⁰ constituye una norma de *ius cogens*, éste puede ser restringido en base a distinciones objetivas y razonables. Esto no es consecuente con el contenido de una norma perentoria que, por naturaleza, no puede quedar reducida ni suspendida en base a criterios de objetividad o razonabilidad. Por tanto, surgen las siguientes preguntas: ¿Una norma de *ius cogens* constituye un Principio del Derecho Internacional? ¿Si es así, cómo logra coherencia dicha asimilación, si un Principio del Derecho es por naturaleza flexible y una norma perentoria eminentemente pétrea?

Las preguntas antes planteadas requieren de respuestas, de ello depende que las normas de *ius cogens* tengan certeza en el sistema legal internacional y dejen de ser consideradas por momentos, normas consuetudinarias, principios del derecho, o algo entre aquellas dos categorías. Su indeterminación sólo trae consigo la percepción de que sus efectos son peligrosos para la estabilidad del orden legal⁶¹ en lugar de expresión de los más básicos valores del mismo.

⁵⁹ *Idem*, Para. 105.

⁶⁰ Cabe mencionar que la Corte Interamericana trató de separar las nociones de «distinción» y «discriminación», no obstante, no queda claro si el Principio de Igualdad es el contenido de una norma de *ius cogens* o, si el contenido de ésta es la Regla de No Discriminación. La Corte Interamericana indica: «En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos». [*Idem*, Para. 84]

⁶¹ Por ejemplo, respecto a la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Bianchi comenta: «(...) uno de los principales peligros que se cierne respecto al concepto de *ius cogens* es la tendencia de algunos de sus más fervientes defensores de verlos en todas partes. Para ilustrar este peligro, se puede hacer referencia a la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. (...) La Corte, de forma

3. ESTABLECIENDO QUÉ ES UNA NORMA DE *IUS COGENS*: ENFRENTANDO SU PARTICULARIDAD FRENTE A OTROS PRODUCTOS NORMATIVOS

Lo expuesto previamente nos permite concluir que las normas perentorias no solo forman parte de discursos antagónicos; su formulación divergente en sedes jurisdiccionales demuestra claramente que el «unificador del Derecho Internacional» se encuentra, paradójicamente, fragmentado. Como consecuencia de ello, se plantea en esta sección, proveer una teoría integral alrededor de ellas, para lo cual proponemos contrastarlas con otros productos normativos; es decir, analizaremos aquellas normas en el contexto de las «fuentes del Derecho Internacional».

Como punto de partida, recordemos lo indicado por Bedjaoui en el sentido de que el Derecho Internacional se encuentra en un proceso de transición, específicamente, en: «(...) un proceso muy avanzado de cambio en el derecho internacional relevante, o, en otras palabras, de una actual tendencia de remplazar un tipo de derecho internacional por otro, en donde el primero ya se encuentra difunto, pero, en donde el segundo no obstante, aún no existe»⁶². Y es que actualmente conviven en nuestra disciplina dos manifestaciones particulares de Derecho Internacional y de teorías que las sustentan, lo cual afecta la concepción de sus fuentes normativas. Así, existen –de forma general– dos aproximaciones al Derecho Internacional. Estas son:

a) La corriente que percibe al Derecho Internacional como una construcción eminentemente similar a la originada tras la Paz de Westfalia en 1625⁶³ y

unánime, encontró que los principios de no discriminación, igualdad ante la ley (...) son iguales a normas perentorias (...) el razonamiento, de alguna forma, axiomática de la Corte conectado con nociones vagas del derecho natural, difícilmente ayudará a la causa de las normas de *ius cogens*, en especial frente a los escépticos. En tiempos en que muchas incertidumbres se ciernen en relación a quién debe identificar los valores fundamentales de la comunidad internacional y mediante qué proceso, cualquier exceso en caracterizar ciertas reglas como perentorias, sin considerar cuidadosamente si tal caracterización es compartida por la comunidad internacional, corre el riesgo de restar credibilidad a las normas de *ius cogens* como una categoría legal (...). [BIANCHI, A., «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», *EJIL*, 19 (2008), pp. 506-507. (Traducción del autor)]. Las palabras de Bianchi han demostrado ser más certeras que opiniones de corte optimistas. [CLEVELAND, S., «Legal Status and Rights of Undocumented Workers, Advisory Opinion OC-18/03 – International Decisions», *AJIL*, 99 (2005), pp. 460-465].

⁶² Declaration of President Bedjaoui. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, para. 16. (traducción del autor)

⁶³ La Paz de Westfalia de 1625 es un hito único del Derecho Internacional. Marcó el momento en que nuestra disciplina pasa de un fundamento iusnaturalista (de re-conceptualización

sostenido por el principio absoluto de la soberanía estatal (principio que hace necesaria la intervención de la voluntad del Estado para la generación de toda norma). Para esta línea de pensamiento, el Derecho Internacional se reduce a normas convencionales y consuetudinarias, ambos productos en donde la voluntad del Estado debe ser verificada.

b) La corriente que percibe al Derecho Internacional como un producto normativo que, en ciertos casos, va más allá de la voluntad estatal, conectando la generación del Derecho Internacional con elementos sociales, valorativos y de finalidad del bien común (escuelas iusnaturalista y comunitaria). Para esta línea de pensamiento, el Derecho Internacional incluye normas convencionales, consuetudinarias y eminentemente los Principios Generales del Derecho Internacional.

Debe partirse, teniéndose en cuenta que en el Derecho Internacional contemporáneo ya ha sido reconocida formalmente como fuente de derecho a los Principios Generales del Derecho Internacional, por lo cual el Derecho Internacional y su formulación se encuentran más allá de una pura y restrictiva visión positivista. Es así que cobra pleno sentido las palabras del ex Juez Tanaka, cuando recordaba que era indudable que al artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (reconocido tradicionalmente por incorporar las fuentes del Derecho Internacional)⁶⁴ le era inherente algunos elementos del derecho natural, pues extiende las fuentes del Derecho Internacional más allá del positivismo legal⁶⁵. Y esto no es más que la verificación de un convencimiento más extendido en la teoría del derecho respecto a que el recurso a los principios jurídicos «*y en general a la razón jurídica natural, se mantiene viva por ser necesariamente incompleto todo derecho positivo*»⁶⁶.

cristiana en el derecho divino) a uno basado en el Principio de Soberanía Estatal. Este proceso es concluido por Hugo Grocio e impregnaría la conceptualización del Derecho Internacional por siglos. Tal vez el mejor trabajo sobre la teoría grociana es la de H. Lauterpacht. Véase al respecto: LAUTERPACHT, H., «The Grotian Tradition in International Law», *BYBIL*, 23 (1946), 1-53. Véase igualmente: KRIEGL, B., «The Rule of the State and Natural Law», en HUNTER, I., *Natural Law and Civil Sovereignty: Moral Right and State Authority in Early Modern Political Thought* Gordonsville, VA, USA, Palgrave Macmillan, 2002, p. 17].

⁶⁴ Esto solo es cierto parcialmente. Las «fuentes» previamente mencionadas son aquellas que la Corte Internacional de Justicia puede usar para resolver los casos bajo análisis y no debe interpretarse necesariamente como una lista cerrada de todas las fuentes del Derecho Internacional.

⁶⁵ Dissenting Opinion of Judge Tanaka – South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa). Judgment of 21 December 1962.

⁶⁶ DEL VECCHIO, G., *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 1948, p. 115.

Será teniendo en cuenta el innegable ingreso de los Principios Generales del Derecho Internacional a la realidad positiva que se analizarán las normas de *ius cogens*. Ahora bien, no tomar una posición puramente positivista no implica dejar de lado las contribuciones de esta importante corriente⁶⁷ en sus vertientes más progresistas, especialmente en la articulación de una jerarquización del Derecho Internacional, por lo que nuestro análisis tendrá en cuenta algunos postulados de aquella escuela.

3.1. *Las normas de ius cogens como productos convencionales*

La principal fuente del Derecho Internacional, desde el enfoque voluntarista, es la del derecho convencional; sin embargo, debe observarse que éste es un fenómeno eminentemente particular y no genera efectos jurídicos generales.

Por ello, la naturaleza normativa (como norma) del fenómeno convencional no ha estado ausente de críticas y, siguiendo lo establecido por académicos como Sir Gerard Fitzmaurice⁶⁸ y Kunz⁶⁹, no constituyen generadores de derecho. Le corresponde, por naturaleza, ser fuentes de obligaciones del Derecho Internacional (de efectos restringidos *inter partes*) y no fuentes de derecho con efectos generales. Y, aun cuando deba reconocerse que el derecho convencional ha logrado, gracias a los tratados multilaterales, la capacidad de generar obligaciones aceptadas de forma casi universal, esto no puede ser utilizado para sostener que éstas en sí sean generadoras de normas jurídicas.

⁶⁷ Aunque el positivismo se encuentra en un proceso avanzado de relativización (dado el reconocimiento y frecuente uso de los Principios del Derecho Internacional para guiar la identificación de normas internacionales) su técnica sigue siendo el principal método para la adjudicación de derechos, especialmente para determinar cuándo estamos frente a una norma convencional o consuetudinaria. Es así que la interpretación positivista de las normas convencionales y consuetudinarias serán tomadas en cuenta y también sus postulados básicos para incluir o excluir las normas de *ius cogens* dentro de aquellos productos.

⁶⁸ Véase: FITZMAURICE, G., «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 92 (1957), p. 41.

⁶⁹ En esa misma línea, Kunz en 1945 recordaba que la voluntad de las partes no genera una norma internacional. En la producción convencional, la norma, *stricto sensu*, está conformada por el principio que habilitaba que el consentimiento de las partes pueda generar obligaciones. Véase KUNZ, J., «The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda», *AJIL*, 39 (1945), p. 181]. Hasta qué punto el Derecho Internacional convencional constituye solo fuente de obligaciones y no constituye una fuente normativa es un tema que aún debe ser desarrollado en profundidad.

No hay necesidad de profundizar en las razones para objetar una postura que sostenga que las normas limitadoras de la voluntad de los Estados (perentorias) tienen su origen –a su vez– en la misma voluntad de los sujetos a quienes pretende restringir. Finalmente, aceptar esta posición significaría que la cogencia de las normas perentorias podría ser negociada y, por tanto, dejada de lado si se emite una voluntad similar a la que le dio vida. Esto, unido al hecho de que las normas de *ius cogens* son de aplicación obligatoria para todos los Estados e, incluso, otros sujetos participantes en el ámbito internacional, hace que la descartemos de plano.

3.2. *Las normas de ius cogens como productos consuetudinarios*

Si bien descartar un paralelo entre las normas perentorias y los productos convencionales surge de forma natural, lo mismo no sucede cuando aquel paralelo se efectúa entre éstas y las normas consuetudinarias. Esto, aún más, cuando en la jurisprudencia internacional existe una especial tendencia de identificar (directa o indirecta) las normas de *ius cogens* con las normas consuetudinarias del Derecho Internacional.

Este paralelo se repite en las opiniones de un importante sector de los académicos del Derecho Internacional⁷⁰. Por ejemplo Condorelli, opina que la

⁷⁰ Diferentes autores han sostenido que las normas de *ius cogens*, en mayor o menor medida, constituyen productos consuetudinarios. En esa línea se encuentran Cassese: «Rather, a special class of general rules made by custom has been endowed with a special legal force: they are peremptory in nature and make up the so-called *jus cogens* (...)». [CASESSE, A., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed. 2005, p. 199.] Reconduciendo las normas de *ius cogens* a la producción consuetudinaria, véase de forma similar: THIRLWAY, H., «The Sources of International Law», en EVANS, M., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 142. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 513; etc. Incluso, los defensores más conspicuos de las normas perentorias parecen mantener cierto paralelismo entre las normas perentorias y la fenomenología consuetudinaria. Por ejemplo, Cançado Trindade, en su Opinión Individual en el caso Cuestiones Relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar (Bélgica v. Senegal), señalaría: «Permítaseme iniciar recordando los fundamentales valores humanos que dan énfasis a la prohibición absoluta de la tortura (...) Podría añadir que en esta etapa aquella prohibición es una de naturaleza convencional, como de derecho internacional consuetudinaria. Y no podría ser de otro modo (en tanto) constituye una prohibición de *jus cogens*». [(Traducción del autor).] Concluir de forma apriorística que una norma de *ius cogens* se encuentra reflejada en una norma consuetudinaria presenta equívocos, la principal de ellas, fundir la noción de las normas perentorias con la de la costumbre internacional sin brindar razones para ello. Y, como se verá más adelante, aquella fusión eliminaría la capacidad de que las normas perentorias surjan por cuestiones de «public policy» antes que por *opinio iuris* y práctica estatal. Aun así, Cançado Trindade le da contornos a su comentario (pues se

naturaleza perentoria de una norma consuetudinaria dependerá en si es aceptada y reconocida por la comunidad de Estados como un todo⁷¹ y, de forma más directa, Byers indica que existen ciertas evidencias de que las normas de *ius cogens* deberían ser consideradas reglas del derecho internacional consuetudinario⁷². En una línea similar se encuentran Cassese, Brownlie, Thirlway, y otros tantos académicos.

Esta aparente conexión entre normas perentorias y normas consuetudinarias es una de las razones por las que la Comisión de Derecho Internacional decidió analizar su posible inclusión dentro del estudio sobre la Formación y Documentación del Derecho Internacional Consuetudinario⁷³. Es así que la Comisión de Derecho Internacional en su primer informe, emitido a finales de 2013 y elaborado por el relator especial Michael Wood, toma nota de las corrientes contradictorias sobre la naturaleza consuetudinaria de las normas de *ius cogens* y, señala que: «(p)or motivos principalmente pragmáticos, y a fin de no complicar más un tema ya de por sí complejo, (...) considera que sería preferible no abordar la cuestión como parte del presente tema (...)»⁷⁴. En ese sentido, la posición de la Comisión de Derecho Internacional de no incluir las normas de *ius cogens* en su estudio se da por razones pragmáticas, no por el

refiere al caso específico de la prohibición de la tortura, que ha sido reconocido como norma consuetudinaria por diferentes organismo internacionales). Y aún más, su postura parece yacer en su particular concepción de lo que constituye una norma consuetudinaria (alejada de la visión positivista de la misma). [Separate opinion of Judge Cançado Trindade. Corte Internacional de Justicia. Questions relating to... (nº 46) para. 134 y (explicando su posición particular sobre la costumbre internacional y las normas de *ius cogens*), véase: CANÇADO TRINDADE, A., «Jus Cogens: The Determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law», disponible en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>].

⁷¹ CONDORELLI, L., «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press. UK. 2012. p. 153.

⁷² Byers señala: «There are some indications that jus cogens rules should be considered rules of customary international law. Traditional conceptions of customary international law require opinion iuris in addition to State practice, with opinion iuris being the belief or acceptance by States that their practice is consistent with or creative of the relevant customary rule. Opinion iuris, or something like opinion iuris, appears to be at the root of the non-derogable character of jus cogens rules because States (...)» [BYERS, M., «Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules», *Nordic J Int'l L*, 66 (1997), p. 221].

⁷³ Comisión de Derecho Internacional. Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Relator Especial Michael Wood. Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013. A/CN.4/663.

⁷⁴ *Idem*, Para. 27. (traducción del autor)

convencimiento de que aquel producto legal se encuentre fuera de la fenomenología consuetudinaria.

Es opinión del presente autor que una norma de *ius cogens* puede encontrarse recogida por una norma consuetudinaria, sin embargo, no nace con ésta; es decir, la vinculación de un producto consuetudinario con una norma perentoria puede aparecer en ocasiones, sin embargo, esta se produce como mera recepción de una norma previamente existente. De forma similar a como un tratado puede recoger una norma consuetudinaria (manteniendo su propia identidad la última), de igual forma, la costumbre internacional puede recoger una norma de *ius cogens*, sin que ello implique que la norma perentoria le deba a la primera su existencia.

La postura de Dire Tladi recogida en las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre Formación y Documentación del Derecho Internacional Consuetudinario, recoge correctamente el problema. En los comentarios oficiales a su participación se recuerda que:

(El Sr. Tladi) (e)stuvo de acuerdo con la posición del relator especial respecto a que las normas de *ius cogens* debían ser excluidas del tema a tratar, sin embargo, sus razones fueron diferentes. (...) (El Sr. Tladi indica que) (a)un cuando puedan hallarse en tratados, las normas de *ius cogens* derivan su obligatoriedad de una fuente independiente y más alta que los tratados. Ambos, el derecho internacional consuetudinario y el derecho convencional se han basado en la teoría del consentimiento estatal, mientras que las normas de *ius cogens*, sospecha el, se basan en algo diferente. Las normas de *ius cogens* deben ser excluidas de este tema por que ingresan complejidades que son totalmente diferentes a los que se encuentra en la norma internacional consuetudinaria. En particular, la identificación de normas de *ius cogens* no puede ser explicada en simples términos de práctica u *opinio juris*⁷⁵.

¿Entonces, por qué la insistencia de reconducir el origen de las norma de *ius cogens* a la costumbre internacional?

La respuesta se encuentra, en primer lugar, en el fraseo utilizado por la Comisión de Derecho Internacional, en el sentido de que una norma de *ius*

⁷⁵ Comisión de Derecho Internacional. Sixty-fourth session (second part) Provisional summary record of the 3148th – A/CN.4/SR.3148, 24 July 2012. pp. 9-10. En opinión contraria, véase la opinión de Mr. Forteau [Comisión de Derecho Internacional. Sixty-fourth session (second part) Provisional summary record of the 3150th meeting – A/CN.4/SR.3150, 26 July 2012. Para. 10-11]. (Traducción del autor)

cogens para los efectos de la CVDT es: «(...) una norma *aceptada* y reconocida por la *comunidad internacional de Estados* en su conjunto (...)»⁷⁶. Esto pareciera ser una reminiscencia a la teoría voluntarista del Estado, sin embargo una lectura literal genera equívocos. Es importante recordar que la Comisión de Derecho Internacional llegó a aquella conclusión guiada por la necesidad de no entrar en mayores detalles respecto a la forma en que las normas de *ius cogens* surgen en el Derecho Internacional. Esto originó fuertes discrepancias en el proceso de adopción de dicha sección del articulado. Pero, más relevante para dejar de lado una reconducción mecánica de estas normas a la costumbre internacional, es el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional tuvo la opción de incluir expresamente el término «norma consuetudinaria» y no lo hizo⁷⁷.

La segunda razón de esta conexión se da por la creencia de que las normas consuetudinarias son el único producto general del Derecho Internacional⁷⁸ y, en consecuencia, que las mismas y su principio rector constituyen la estructura básica y superior sobre la que se construye todo el Derecho Internacional⁷⁹. Así, siendo una norma de *ius cogens* una norma obligatoria que no

⁷⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados... (Énfasis agregado) (n° 10) art. 53.

⁷⁷ JANIS, M., «The Nature of Jus Cogens», en L. May y J. Brown (ed.), *Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings*, Blackwell Publishing Ltd. 2010. p. 185.

⁷⁸ Este paradigma surge con la corriente neo-positivista, cuyo objetivo era encontrar una norma que estructurara el sistema jurídico para así crear una unidad. Sin embargo, el Derecho Internacional, a diferencia del derecho interno, no ha cursado el lento proceso de institucionalización de este último, situación que le ha imposibilitado encontrar una unidad en la producción normativa (legislación) o una unidad en la corporización que pudiera crear y exigir el cumplimiento de ésta (el Estado). Debido a esta situación, la corriente positivista científica (neo positivista) ha recurrido a la costumbre con el fin de demostrar la existencia de una norma general en el Derecho Internacional. Y, si bien el uso de la norma consuetudinaria presentaría altos y bajos, su uso para estructurar el sistema internacional ha tenido una especial acogida. Desde el punto de vista positivo-voluntarista, ésta era la única forma de sustentar la existencia de una norma general en el Derecho Internacional que no colisionara con el paradigma del consentimiento estatal, así fuese a través del subterfugio del consentimiento tácito. [Véase sobre este último punto: HALL, S., «The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism», *EJIL*, 12 (2001), pp. 287 y ss.]. Con ese fin, se sostenía que la norma consuetudinaria era aplicable a todos los Estados de la sociedad internacional, salvo si un Estado hubiese manifestado su rechazo. Semejante construcción generó tensiones para las corrientes neo-positivistas, ya que por un lado se veía enfrentada a reconocer a la costumbre internacional como una verdadera norma general y, por otro lado, a aceptar su generación por medio de la voluntad de cada Estado concerniente.

⁷⁹ Y es que, al entenderse a la costumbre como única fuente general del Derecho Internacional, entonces, su principio rector, el Principio de *Pacta Sunt Servanda*, se entendería como la fundamentación

puede ser contradicha, ésta tendría que ser reflejo del producto normativo más importante del sistema legal internacional y el único de carácter general que –además– tiene la capacidad de regular el surgimiento y extinción de otras manifestaciones «normativas» del Derecho Internacional, como es la de los productos convencionales (tratados).

Sin embargo, las normas de *ius cogens* (en tanto limitadoras de la voluntad estatal) son inaprensibles por la teoría positivista de la norma consuetudinaria. La razón de esto yace en el hecho de que la *consuetudio* internacional requiere de la aceptación –expresa o tácita– de su destinatario mediante un comportamiento acorde con la regla internacional y mediante la opinión de que la misma es obligatoria. Esto, como bien indica William Conklin obliga a plantearse: «¿Por qué un Estado se comportaría, de forma tal, de derogar su propia identidad como entidad soberana?»⁸⁰. Y, aunque es cierto que la teoría consuetudinaria tradicional se encuentra cuestionada tanto en la teoría como por la práctica internacional⁸¹; lo cierto es que aún es usual verificar los elementos de la norma consuetudinaria desde un enfoque voluntarista.

final de todo el sistema legal. Es así que, el positivismo fundamentaría el Derecho Internacional sobre la base de la norma que le diera sentido a la norma consuetudinaria. Este paso fue necesario para seguir el postulado teórico neo-positivista de recrear el Derecho Internacional a semejanza de un verdadero sistema legal. Esto llevó a académicos como Kelsen a deducir, de la supuesta generalidad de la norma consuetudinaria, la norma fundamental del sistema internacional. [(Véase KELSEN, H., *Teoría Pura Del Derecho* Trad. Roberto Vernengo, 2da. ed. UNAM, p.325-326.)]

⁸⁰ CONKLIN, W., «The Peremptory Norms of the International Community», *EJIL*, 23 (2012), p. 842. (Traducción del autor).

⁸¹ Respecto a la tendencia de la Corte Internacional de Justicia de priorizar la *opinio iuris* en detrimento a la práctica estatal, véase: CONDORELLI, L. (nº 71), par. 150. Esta situación no es privativa de la CIJ, por ejemplo, en la práctica de otros tribunales internacionales, no es extraño encontrar fallos que sin verificar estrictamente cada elemento de la norma consuetudinaria (especialmente en lo relacionado a la práctica estatal) por razones de justicia y necesidad concluyen el surgimiento de la misma. Un ejemplo de esto último es la discusión en torno a la cristalización de una norma consuetudinaria penalizando el reclutamiento de niños soldados en el caso *Prosecutor v. Norman*, ante el Tribunal Especial de Sierra Leona [*Prosecutor v. Sam Hin Hinga Norman. Special Court for Sierra Leone – Case N° SCSL-2004-14-AR72(E) – Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*. 31 May 2004.] De especial interés, véase la Opinión Disidente del Juez Robertson. Desde la doctrina, autores como Allot pone énfasis en que la construcción teórica de las normas consuetudinarias (basadas en el consentimiento estatal) está abierta a cuestionamientos. En ese sentido: «International law has been made in the form of customary law. Customary law is a form of law which arises out of the ideal and real self-constituting of a society as a particular kind of residue of the past, rather than through a tacit legislator which society itself, universalizing its experience of self-ordering. (...) Customary law is the presentation of those conditions in the form of law; that is to say, setting the terms of the future co-existence of society members in the form of legal relations. It follows

Siendo esto así, una norma perentoria no puede originarse siguiendo el proceso ordinario de una norma consuetudinaria, pues ésta no puede depender de la voluntad de sus destinatarios a riesgo de perder su carácter cogente, universal y eficaz, pues los Estados solo en limitados casos (y para consecuencias muy concretas) prestarían su voluntad con el fin de generar una regla que restringiera su poder general de regulación.

Es así que será conveniente separar ambas nociones. Realizar un paralelo entre las normas de *ius cogens* con las normas consuetudinarias no hace más que vincular el nacimiento de estas con la práctica Estatal y al elemento de la *opinio juris*, que de por sí constituyen elementos de difícil aprehensión⁸².

El primer elemento hace considerablemente difícil determinar qué normas de *ius cogens* se encuentran fundamentadas por la práctica de la comunidad internacional, mientras el segundo elemento haría surgir una serie de cuestionamientos, como, qué parte de aquella comunidad internacional requiere reconocer aquellas normas como de *ius cogens*: ¿Sólo los Estados? ¿O, una parte de ellos? ¿Los Estados y Organizaciones Internacionales? Esta situación confusa ya ha hecho que Thirlway hable de la existencia de una *opinio iuris* superior para el caso de las normas de *ius cogens*⁸³ y Gaja en posición similar, a afirmar la posibilidad de normas de *ius cogens* regionales, haciendo indirectamente el paralelo con la costumbre particular⁸⁴.

3.3. *La pieza faltante para establecer qué es una norma de ius cogens.*

El Orden Público y los Principios Generales del Derecho Internacional

Habiendo dejado establecido nuestra posición sobre lo que no constituye una norma de *ius cogens*, el siguiente paso será indicar cuál es la naturaleza legal de aquella norma.

that the place of consent in the making of customary law is subtle. Clearly, it is not the specific consent of the subjects of the law. Customary law is not made by any specific consent of the subjects of the law. (...) there is no merit in that trend in international legal theory which supposes that status, as the subjects of customary international law, consent its formation as if by some specific act of Hill, as if their participation were a voluntary act. The abusive use of the ideas of the natural liberty of states, and hence the need for their consent to any abridgement of that liberty, are a cynical misappropriation of some part of the ethos of revolutionary democracy» [ALLOT, P., «The Concept of International Law», *EJIL*, 10 (1999), p. 31-50].

⁸² Sobre la problemática intrínseca de la *opinio iuris* véase: THIRLWAY, H. (n° 70), par. 124-130.]

⁸³ *Idem*, p. 142.

⁸⁴ GAJA, G., «Jus Cogens Beyond...» (n° 26), par. 284.

Creemos que las normas de *ius cogens* deben ser entendidas en el contexto de los Principios del Derecho Internacional, posición que no es enteramente nueva. Diversos autores han realizado este paralelo, ubicando estas normas en el mismo nivel que los Principios Generales del Derecho Internacional y, como consecuencia, del Orden Público Internacional⁸⁵.

Sin embargo, una aclaración debe efectuarse. Nuestra posición es que las normas de *ius cogens* solo pueden entenderse correctamente en el contexto de los Principios Generales del Derecho Internacional, no que sean construcciones idénticas. Esta leve distinción ha sido pasada por alto con la misma frecuencia con las que su vinculación ha sido resaltada. Debe tenerse en cuenta que los tres conceptos antes mencionados (orden público, principios generales y normas perentorias) –aunque vinculados entre sí– explican fenomenologías diferentes del Derecho Internacional.

Por ello, para entender la dimensión real de una norma de *ius cogens*, se requiere entender qué es un Principio del Derecho Internacional, qué es el Orden Público Internacional y cuál es la vinculación del primero con estos dos. A continuación explicaremos la noción de Orden Público y Orden Público Internacional.

3.3.1. Orden Público y Orden Público en el Derecho Internacional

La noción de orden público es un concepto de difícil definición dada su naturaleza relativa e histórica⁸⁶, encontrándose agravado esto por el hecho de que el término no es privativo de un solo orden legal⁸⁷⁻⁸⁸. En particular, en el

⁸⁵ Esta perspectiva puede rastrearse en los borradores de los Proyectos de la Convención del Derecho de los Tratados elaborados por los relatores especiales H. Lauterpacht, G.G. Fitzmaurice, Waldock, así como en los debates efectuados a los mismos (*vid.* Sección 3.3 del presente trabajo).

⁸⁶ El «orden público» es una noción antigua; su origen más remoto se encuentra en el derecho romano (en el principio enunciado en el Digesto que señala: *privatorum conventio iuris publicum non derogat*); sin embargo, su desarrollo orgánico se logró con la elaboración del Código de Napoleón.

⁸⁷ En el derecho interno, el concepto de orden público es desarrollado por el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal, etc., y, en el plano internacional, es el Derecho Internacional Privado el que ha desarrollado de forma pormenorizada esta noción.

⁸⁸ Aún más, la noción de orden público no es privativa de la ciencia jurídica; el concepto es utilizado también por las ciencias políticas. Distanciándose de la noción normativa, la sociología y otras ciencias sociales también utilizan este concepto.

Derecho Internacional esta noción alcanza un alto grado de incertidumbre⁸⁹ pues su uso se realiza la mayor de las veces presuponiendo su significado y, cuando se intenta definirla, se realiza por su función a desempeñar⁹⁰, sus características o por su composición, antes que por su naturaleza legal.

Por ello, al hablar del *Orden Público Internacional* debe hacerse desde el sentido jurídico del término. Aunque la materia no es la favorita en nuestra disciplina, Mosler explicaría de forma precisa lo que éste constituye: «(...) *el orden público de la comunidad internacional (...) se encuentra conformado por principios y reglas cuyas exigencias son de importancia tal para la comunidad internacional en su conjunto, que cualquier acto unilateral o cualquier acuerdo que contravenga aquellos principios no puede tener fuerza legal*»⁹¹. Esto es así pues todo orden social, incluyendo el internacional, con el fin de garantizar su existencia se ve en la necesidad de transformar los acuerdos presentes en sus más básicos cimientos en fórmulas legales capaces de ser protegidas.

Como consecuencia de ello, desde un «punto de vista no jurídico», esta noción alude a aquello (sea lo que fuese) que mantiene el orden de un determinado espacio social⁹²; mientras que desde un «punto de vista jurídico», siguiendo lo indicado por Mosler (en el Derecho Internacional) y Cardini⁹³ y Bartolomé Cenzano⁹⁴ (desde la Teoría General del Derecho), el «orden pú-

⁸⁹ Esta situación ha sido descrita claramente por Nicholas Greenwood Onuf. Véase: GREENWOOD ONUF, N., «International Legal Order as an Idea», *AJIL*, 73 (1979), pp. 244-245. Para algunos avances parciales en la material, véase: GOWLLAND-DEBBAS, V., «An Emerging International Public Policy?», en U. Fastenrath (ed.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 241-256.

⁹⁰ Una definición de este tipo la encontramos en la Enciclopedia Española de Derecho (EED), la que identifica el orden público con la situación que pretende ésta proteger. La EED señala: «Orden Público. Puede en general, definirse como aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. (...)» Claramente, ésta definición de orden público no es una definición normativa de la misma.

⁹¹ MOSLER, H., *The International Society as a Legal Community* Sijthoff & Noordhoff International Publishers – The Netherlands, 1980. p. 18. (traducción del autor). Resulta interesante el hecho de que Mosler reconociera que la noción brindara por él (de orden público) no se encuentra necesariamente aceptada. En el Derecho Internacional, el recurso al Orden Público como criterio legal, ha sido en definitiva menos productivo que en su contraparte doméstica.

⁹² Esta noción es lo suficientemente amplia para abarcar una gama flexible de realidades sociales y en diferentes estadios de desarrollo.

⁹³ CARDINI, E., *Orden Público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

⁹⁴ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El Orden Público como Límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

blico» alude al conjunto de valores esenciales de un cuerpo social que se encuentran protegidos por productos legales, específicamente, por Principios Jurídicos⁹⁵. Estos principios jurídicos son de carácter esencial y superiores y, en determinados casos, no pueden ser derogados ni contradicho. Además y, de forma principal, cumplen la función de coordinar el conflicto de valores inherentes a toda sociedad⁹⁶.

Ahora bien, la función limitadora de los derechos, al igual que las otras funciones que deben desempeñar, sólo puede efectivizarse con el ingreso del necesario elemento público del término; y aquella combinación no es más que el orden público⁹⁷.

Esta noción (de lo público) implica la concretización institucional del orden social y, su finalidad, es la conservación del los principios y valores del sistema (ya legalizados) a través de diversas corporizaciones. Esta concretización institucional puede adoptar diversas formas, pues el orden social –con el transcurso del tiempo y las diferentes experiencias políticas– conducen este proceso a un resultado particular⁹⁸.

¿Pero, por qué vincular las normas de *ius cogens* con la noción de Orden Público?

Para entender esto será de ayuda tener en cuenta el origen del término *ius cogens*.

⁹⁵ En esta definición, la estructuración del orden público se encuentra compuesta por principios jurídicos esenciales antes que por normas concretas, pues sólo los primeros constituyen la concreción abstracta de los valores esenciales de una sociedad. Véase: FITZMAURICE, G., «The general principles of international law...» (nº 68), par. 7.

⁹⁶ Esta definición de orden público tiene por finalidad dar una noción sólo con carácter provisional.

⁹⁷ Al respecto, véase: DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C... (nº 94), par. 114.

⁹⁸ La forma institucionalizada, como Roberto Wood indicara puede adoptar una diversidad de formas que dependerán de la relación primordial del orden social particular (amenaza, negociación e integración). [Véase: WOOD, R.S., «Public Order and Political Integration in Contemporary International Theory», *Vá. J. Int'l L.*, 14 (1973-1974), p. 423.] Estos tres tipos de interacciones humanas pueden encontrarse, en menor o mayor medida en una determinada realidad social, considerándose al Estado como la cristalización más avanzada de las relaciones integrativas. Pero, aunque esta afirmación es cierto para el caso del orden público interno, en el caso del Derecho Internacional las cosas han seguido un derrotero singular. En la realidad internacional aquello que constituye su orden social viene mediatizado por la institucionalización previa del orden interno y el desarrollo de las relaciones entre los cuerpos políticos diferenciadas que lo conforman. Y si se dice cuerpos políticos diferenciados, y no Estados, es porque este concepto corresponde a una noción de aparición relativamente reciente. Como se ha descrito líneas arriba, el Estado es sólo una de las corporizaciones posibles de un orden social particular.

Ya en 1967 Schwelb advertía que el término *ius cogens* había sido tomado del derecho interno, especialmente del derecho civil contractual. Como el autor recuerda, en el derecho civil las normas de *ius cogens* representan simples límites a la voluntad de los sujetos⁹⁹ y no constituyen necesariamente normas a través de las cuales se cristalicen los valores y los intereses de la comunidad en su conjunto.

Esto contrasta con el uso que se le da en el Derecho Internacional, en donde se usa para describir el orden público internacional¹⁰⁰ dada la redacción de la CVDT, y como reflejo de una invariable realidad en donde las normas perentorias han dejado su inicial y limitado rol de límite contractual¹⁰¹ para cumplir un rol estructural en el sistema legal; guiando el sentido en que las relaciones internacionales han de desarrollarse y la forma como la estructura comunitaria internacional ha de institucionalizarse.

Sea como fuese, las normas de *ius cogens* se han alejado de su rol primigenio (por ello, una actualización del nombre podría ser pertinente) y su conexión con los más altos valores de la comunidad internacional sellaron su unión con el orden legal internacional. Una vez creado ese nexo, su función

⁹⁹ Un ejemplo de esto puede ilustrarse en la obligación de conformar un contrato o negocio jurídico según una determina forma pre-establecida por la ley; es decir, una forma *ad solemnitatem*. Esta norma, por más que constituya un límite a la discrecionalidad de los sujetos para contratar (específicamente, un límite a su autonomía de contratación interna) no constituye una norma de *ius cogens* en el sentido que se le da en el Derecho Internacional. Las normas de *ius cogens* en el derecho interno realmente se refieren más a la división de las normas como normas dispositivas y normas imperativas. Las últimas no siendo pasibles de ser modificadas por expreso mandato legal.

¹⁰⁰ En posición similar, véase: SCHILLING, T., «On Constitutionalization of General International Law», en *Global Working Paper 05/05 – Global and Justice*. New York University School of Law. Además, desde la teoría soviética del Derecho Internacional, Alexidze recordaría que las normas de *ius cogens*, en el sentido dado por el derecho estatal, no tienen una correlación necesaria con la noción de orden público. Las normas de *ius cogens*, a nivel interno, conforman normas que no pueden ser pactadas en contrario; sólo un grupo de ellos representa los fundamentos de la sociedad. [Al respecto véase: ALEXIDZE, L., «Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. III (1981), pp. 233-242].

¹⁰¹ Ejemplo de esto es el hecho de que otros vehículos generadores de obligaciones internacionales también se encuentran limitados por las normas perentorias del Derecho Internacional. Esta es la conclusión a la que llegó la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre los actos unilaterales de los Estados. La Comisión de Derecho Internacional establece en los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados: «Principio 8. Una declaración unilateral que se encuentran en conflicto con una norma perentoria del derecho internacional general es nula» [Comisión de Derecho Internacional. Resolución aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 2006. A/RES/61/34].

habría de amplificarse¹⁰² y, sobre la base de esto, se dio nombre a un producto legal que, aunque existente desde el nacimiento del orden legal internacional contemporáneo, no encontraba denominación ni reconocimiento positivo. La historia que le sigue ha sido explicada antes, y puede resumirse en el uso de ésta con el fin de lograr –entre otras cosas– los intereses de la comunidad internacional, como lo evidencia el caso Furundizja¹⁰³. Aquel rol preeminente de las normas perentorias no ha sido desenvuelta como debiera ser por la doctrina ni la jurisprudencia, sin embargo, una excelente primera aproximación a esta compleja relación se encuentra en la Opinión Individual de John Dugard (en el caso República Democrática del Congo v. Ruanda).

Dugard en aquella oportunidad señalaría:

Las normas de *ius cogens* son una mezcla de principios y (políticas públicas). En un extremo afirman los más altos principios del Derecho Internacional, los cuales reconocen los derechos más importantes del orden internacional como el derecho a no sufrir agresión, genocidio, tortura y esclavitud y el derecho de libre determinación; mientras que, por otro lado, le dan forma legal a las más fundamentales políticas públicas y fines de la comunidad internacional (...) Esto explica por qué disfrutaban de superioridad jerárquica frente a otras normas del orden legal internacional¹⁰⁴.

¹⁰² Esto como resultado de su vinculación con el Orden Público Internacional. La noción de «orden público» le transfiere a las normas perentorias parte de sus características y, como señala Kumm, el «orden público» sirve como una red normativa que está frecuentemente conectada con la noción de autoridad, ejerciendo influencia en los procesos políticos y legales internos y ejerciendo presión en los Estados; en ese sentido, las normas perentorias son utilizadas de forma similar para avanzar cambios en la estructura del orden internacional contemporáneo. [KUMM, Mattias «The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis», *EJIL*, 15 (2004), p. 912.]

¹⁰³ Los efectos de las normas de *ius cogens* y su rol expansivo (más allá de una pura restricción contractual) quedó evidenciada en la sentencia del caso Furundizja del Tribunal Penal Internacional de la exYugoslavia, en la que se estableció: «The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture» [Prosecutor V. Anto Furundiza Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia – Trial Chamber. Para. 155.]

¹⁰⁴ Separate Opinion of Judge ad hoc Dugard – Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Para. 10. (traducción del autor).

Es así como el ingreso de la noción de *ius cogens* se vería conectada con el Orden Público Internacional, sin embargo, de ser correcto que el Orden Público Internacional está compuesto –en su faz normativa– por Principios que protegen los valores más básicos de la realidad internacional y, si las normas perentorias del Derecho Internacional, velan por aquellos mismos valores, al ser parte de aquel mismo orden legal, entonces las normas de *ius cogens* deberían ser fundamentalmente iguales a los Principios del Derecho Internacional.

Esta deducción lógica se encuentra detrás de la presunción de que las normas de *ius cogens* y los Principios del Derecho Internacional son uno y lo mismo, sin embargo, como explicaremos a continuación, esto no es del todo correcto.

3.3.2. Las normas de *ius cogens* como singularidad de los Principios Generales del Derecho Internacional

Tal y como sostuvo Sir Gerald Fitzmaurice, «*por principio jurídico o principio general –[es decir] como aquello opuesto a una norma, incluso a una regla general– quiere decirse simplemente aquello que no es una norma e, igualmente, que suscribe, explica o provee una razón de ser a ésta*»¹⁰⁵. En ese sentido, los Principios Generales del Derecho son aquello que suscriben, explican o proveen la razón de ser a las normas (inclusive a las de carácter de *ius cogens*).

Como se ha indicado, los Principios Jurídicos representan los valores máximos de una determinada sociedad, los mismos que serán formulados jurídicamente para así lograr su efectiva protección.

Pero, en el Derecho Internacional, los principios generales (a pesar de su uso constante por los tribunales internacionales) no tienen una teorización detallada que haga referencia a su operatividad e interacción con el sistema legal¹⁰⁶. Por ello, el Juez Cançado Trindade, en su voto individual en el caso de la Planta de Celulosa, le dedica un vasto y profundo análisis (aunque desde un punto de vista histórico y ambiental)¹⁰⁷. Debido a esta limitada teorización,

¹⁰⁵ FITZMAURICE, G., «The general principles of international law...» (nº 68), par. 7. (Traducción del autor).

¹⁰⁶ Una destacable excepción a esta situación es el curso de Mosler para la Academia de la Haya de 1974. Véase de forma general y específica a: MOSLER, H., «The international society as a legal community», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 140 (1974), 83-107.

¹⁰⁷ Separate Opinion of Judge Cançado – Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). Judgment of 20 April 2010.

recurriremos a los debates sobre los Principios Generales del Derecho en el derecho interno.

El protagonismo de los Principios Generales del Derecho se debe en gran medida al abandono de las posturas recalcitrantes del positivismo que reducía todo fenómeno legal a una sola de sus fuentes, la norma estatal, y restringían la función del juez a la de un simple expositor de la ley. Esto, evidentemente, no coincidía con la función que el Derecho, como disciplina social, debía de cumplir; por eso la ley no podía seguir siendo entendida como un producto normativo *«petrificad(o), como una vez por todas expresada, voluntas legislatoris, sino por lo menos a una viva y objetiva voluntad legis, institucionalmente valorada, y susceptible por ello de una interpretación evolutiva (...)»*¹⁰⁸.

Por ello, una interpretación evolutiva de la ley era necesaria, exigiendo un elemento distinto que le permitiera dinamizarse. Como García de Enterría recuerda:

«(l)a autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho (...) sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en la vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible (...)»¹⁰⁹.

Ahí radica la importancia de los Principios Generales del Derecho, al mismo que su principal función. Estos permiten la interpretación del Derecho, haciendo que nuestra disciplina sea esencialmente –utilizando las palabras de Esser– *«una interpretación jurídica y no una comprensión filológica de un texto»*¹¹⁰. Sin embargo, la teorización alrededor de los Principios Generales del Derecho no sería materia pacífica.

Existen dos formas generales de aproximarse a las mismas; por un lado, está la posición que sostiene que los Principios Generales derivan directamen-

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 19-20.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 20.

¹¹⁰ ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* 2.ª ed., 1964, p. 254. Citado por: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (nº 108), par. 25.

te de normas positivas¹¹¹, es decir, como abstracción de normas individuales y, por otro lado, la posición que sostiene el origen extrasistemático o metajurídico de estos. Nosotros no adoptaremos ninguna de estas posturas. Por el contrario, proponemos una clasificación que se inspira en ambas y cuyo fin es estrictamente funcional y no intenta dar por concluido el debate sobre la naturaleza y clasificación de los Principios Generales del Derecho. La clasificación que adoptaremos solo apunta a dar un orden a los postulados teóricos realizados alrededor de los Principios Generales del Derecho Internacional¹¹².

En ese sentido, desde un enfoque temporal-material podemos identificar a los «principios primarios» que derivan directamente de la más elemental necesidad de convivencia humana. Estas construcciones encarnan ciertas pautas básicas, sin las cuales un desarrollo social mayor sería imposible. Estos postulados no tienen un carácter jurídico intrínseco¹¹³; su origen se encuentra en la

¹¹¹ Sobre los Principios del Derecho, como generalizaciones de normas individuales (y en opinión crítica de Dworkin), véase: RAZ, J., «Legal Principles and the Limits of Law», *Yale Lj*, 81 (1972), pp. 827-829.

¹¹² La clasificación de los Principios Generales del Derecho puede formularse de las formas más variadas, hasta constituir una lista inagotable. Igualmente, son innumerables los principios que se presentan en la realidad jurídica, por ejemplo, los principios que ayudan a resolver la colisión de normas fundamentales –principio de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, etc.– los principios que ayudan a resolver el conflicto entre normas –principio de *lex specialis derogat lege generali*, principio de jerarquía; etc.– Por ello, la clasificación de los principios propuesta en las siguientes líneas no constituye una clasificación que pretenda ser completa, por el contrario, sólo constituye una clasificación práctica para dar sentido teórico a las normas de *ius cogens* en el orden internacional general.

¹¹³ Seguimos aquí, aunque de forma parcial y sólo para el caso de los principios primarios, lo señalado por Pérez Luño. El autor sostiene que: «Queda por discernir si la idea de juridicidad es un componente básico de los principios generales del derecho como su propia denominación sugiere. Aquí se hace precisa una distinción. Porque no plantea dificultad admitir el carácter jurídico de los principios intrasistemáticos o autointegrativos del ordenamiento jurídico, inducidos a través de la interpretación analógica de la legislación. Por contra, resulta también evidente el carácter no jurídico de los principios extrasistemático o heterointegrativos, que consisten en proyecciones sobre el derecho de la moral bona fides, honestun vivere, alterum non laedere...), o de la lógica (ad impossibilia Nemo tenetur, non bis in ídem, ubi maior minor cessat...). Esta distinción corrobora la idea inicial de estas reflexiones de que el concepto de principios generales del derecho puede significar que el derecho tiene principios, o que los principios (no jurídicos) se proyectan sobre el derecho. Y conviene indicar que son precisamente estos últimos, es decir, los principios no jurídicos que se proyectan sobre el derecho, los que han suscitado en el pasado y suscitan hoy mayor debate doctrinal y los que, sin duda, poseen mayor relevancia práctica. (...) (d) e las consideraciones expuestas se desprende una consecuencia paradójica: que los principios generales del derecho son, más bien, consecuencias particulares de disciplinas no jurídicas» [PÉREZ LUÑO, A.-E., «Los Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito Jurídico?», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 98 (1997) 11]. Entonces, surge

más básica forma de conciencia social y de convivencia, por ello se encuentran expresadas en los diferentes órdenes de la sociabilidad humana, incluida la realidad jurídica¹¹⁴.

En este grupo podemos agrupar al Principio de Equidad, Principio de Buena Fe, Principio de Justicia, Principio de Humanidad, entre otros. Estos principios son compartidos por todos los subsistemas legales y por cada ordenamiento, representando por su generalidad universal, los Principios Generales del Derecho *Estricto Sensu*.

Por otro lado, podemos identificar un segundo grupo, que aunque con el nombre de principios, corresponden a una convicción normativa derivada de una repetición de la prohibición o admisibilidad de una acción que se pierde en el tiempo. Esto genera una convicción de que dichos principios representan elementos esenciales de una determinada sociedad. Este grupo requiere, para su materialización, una conformación social mayor y una interacción compleja que avale sus postulados por medio de una teorización mínima del fenómeno legal.

Por ello, a diferencia de los principios primarios, su enunciación es de carácter legal. En este grupo podemos agrupar al Principio de *Pacta Sunt Servanda*, Principio de Estoppel, Principio de Responsabilidad, entre otros. Estos principios, aunque más cercanos en su nacimiento a la costumbre¹¹⁵, forman parte de la convicción legal general de la comunidad social. Sin embargo, su existencia no es autónoma ni tampoco es absoluta, en ellas cabe cierta ponderación cuando entra en conflicto con otros principios de igual naturaleza.

Además, su conformación deriva directamente de los Principios del Derecho *Estricto Sensu*; por ello, mientras que un principio en el primer sentido

la pregunta de por qué el sistema legal hace uso de estos productos extra-sistemáticos. Pérez Luño concluye que esto se produce por el postulado del sistema legal como un sistema único y completo a pesar de enfrentar en su realidad lagunas e insuficiencias. Para «(...) tratar de explicar esta contradicción se recurre al mito de los principios generales del derecho. Gracias a ese mito se suscita la imagen de que el ordenamiento jurídico posee procedimientos que garantizan la respuesta adecuada a todas las controversias, aunque dicha respuesta no se halle prevista en la ley y sin que haya que admitir que la jurisprudencia sea fuente del derecho» [PÉREZ LUÑO, A.-E., «Los Principios...», *op. cit.*, pp. 19-20.]

¹¹⁴ La clasificación de estos principios conlleva implícito un criterio temporal, en tanto estas construcciones surgen de la sociedad en su punto evolutivo primario, en su inicial conformación como sociedad, por lo que representa parte del imaginario social o de la conciencia colectiva general.

¹¹⁵ A la costumbre en tanto se adopte un enfoque no positivista del término.

no presenta derivación lógica anterior más que la conciencia básica de una sociedad; los principios –que llamamos secundarios– sólo encuentran validez en tanto derivan su fuerza cogente de los primeros.

De esta forma, puede decirse que el Principio de *Pacta Sunt Servanda* deriva del Principio de Buena Fe¹¹⁶, el Principio de Responsabilidad del Principio de Justicia y Equidad, etc.¹¹⁷. Adicionalmente, en este segundo grupo se

¹¹⁶ Por ejemplo, esto se encuentra implícito en el raciocinio de la CIJ en el caso Pruebas Nucleares. La corte, al desarrollar el concepto de actos unilaterales como fuente de obligaciones, afirmaría que: «Uno de los principios básicos que rige la creación y desenvolvimiento de las obligaciones legales, cualquiera sea su fuente, es el principio de buena fe. (...) Así como la regla del *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados está basado en la buena fe, igualmente la vinculatoriedad de una obligación internacional que ha sido asumida por medio de una declaración unilateral» [Corte Internacional de Justicia – Nuclear Tests (Australia v. France). Judgment of 20 December 1974. Para. 46. (traducción del autor).] Los Principios del Derecho Internacional y las derivaciones normativas que pueden hacerse de aquellos pudo haber sido de gran ayuda para resolver el fondo de este caso como se desprende del razonamiento del Juez De Castro. Lamentablemente, en el presente caso la corte dejó de analizar la existencia de una norma que prohibiera ensayos nucleares al afectar a terceros Estados y optó por resolverlo desde la teoría de las declaraciones unilaterales (y así declarar la controversia resuelta). [Véase: Corte Internacional de Justicia – Nuclear Tests (Australia v. France). Dissenting Opinion of Judge de Castro and Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock]. Cabe agregar que las derivaciones legales desde los Principios del Derecho son ejercicios propios de la actividad jurisdiccional en tanto su labor se encuentra circunscrita por el Principio de *Non Liquet*. Tómese por ejemplo el fallo del Tribunal de las Comunidades Europeas en el caso *Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz*, en el que aquel tribunal al intentar incluir en el ordenamiento comunitario el precepto de «cambio fundamental de circunstancia de un tratado», concluye –sin demostrar la existencia de una norma consuetudinaria con dicho contenido, en el marco legal comunitario– que: «Racke invoca reglas fundamentales del derecho internacional consuetudinario en contra de la regulación en cuestión (...). Las reglas invocadas por Racke conforman una excepción al principio de *pacta sunt servanda*, el cual constituye un principio fundamental de cualquier orden legal y, en particular, del orden legal internacional. Aplicado al derecho internacional, aquel principio requiere que cada tratado sea exigible para las partes y que sea ejecutado por ellos de buena fe» [Judgment of the Court of 16 June 1998. – A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz. – Reference for a preliminary ruling: Bundesfinanzhof – Germany – EEC/Yugoslavia Cooperation Agreement – Suspension of trade concessions – Vienna Convention on the Law of Treaties – Rebus sic stantibus clause. Case C-162/96. Para. 48-49. (traducción del autor).]

¹¹⁷ Es importante notar que, esta distinción, lejos de ser una simple clasificación teórica, nos permite dar respuesta a las posturas escépticas de las normas de *ius cogens*, como las de Ulf Linderfalk, quien reclama la incertidumbre de dicha figura. Para demostrar este escenario, el autor toma como ejemplo el Principio de No Agresión y su caracterización como norma de *ius cogens*. Linderfalk señala: «If we have chosen to characterize as *jus cogens* the prohibition on the use of force –as expressed in UN Charter Article 2(4)– then in our attempt fully to reconstruct the contents of the relevant *jus cogens* norm we would also have to account for all possible exceptions to the prohibition. Obviously, that includes not only the right of self-defence –as explained above– but also the right to use force pursuant to a decision taken by the Security Council under UN Charter Article 42. (...) In other words, the relevant *jus cogens* norm cannot possibly be identical

encontrarían aquellos principios que derivan, en el sentido dado por Raz, de la generalidad de un conjunto de normas singularmente consideradas; estos constituyen principios de generalidad restringida¹¹⁸. En el Derecho Internacional podemos mencionar al Principio de Proporcionalidad del Derecho Internacional Humanitario, el Principio de Complementariedad del Derecho Penal Internacional, entre otros.

Ahora bien, a pesar de las diferencias en generalidad y de origen de ambos tipos de principios, ambas comparten una función similar: su rol es, como elemento previo a la norma, ser directriz de su creación y mecanismo de su interpretación evolutiva. Así, constituyen el *ultimate resource* frente a los casos irresolutos donde se presenta un conflicto normativo o cuando se está frente a una laguna en el sistema legal. En estos casos, los principios son contrastados unos con otros, de forma tal, de llegar a una determinación equilibrada o a un *balancing* valorativo que las normas por su naturaleza no son capaces de brindar¹¹⁹.

with the principle of non-use of force as such. If it were, this would imply that whenever a state exercises a right of self-defence, it would in fact be unlawfully derogating from a norm of jus cogens. A correct description of the norm would have to account for the fact that the principle of non-use of force does have exceptions. (...) This suggestion that the right of self-defence is part of a jus cogens norm might not come out as natural to everyone» [LINDERFALK, U., «The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About The Consequences?», *EJIL*, 18 (2007), pp. 860-864.] Queda claro, como expone Linderfalk, que no puede aceptarse al mismo tiempo caracterizar el Principio de No Agresión como una norma de *ius cogens* y, por otro lado, reconocer que esta tiene excepciones, en tanto las excepciones son antitéticas a la noción de normas perentorias. Nuestra posición es que esta confusión se produce por la falta de distinción entre normas de *ius cogens* y principios jurídicos. Si partimos de lo propuesto líneas arriba, existe una diferencia clara y esencial entre Principios Generales del Derecho y normas de *ius cogens*; los principios aceptan un *test de consistencia* cuando se enfrentan a otros principios sociales de igual importancia; mas su núcleo –concretizado en las normas de *ius cogens*– no admite una ponderación semejante. De esta forma, cuando Linderfalk habla del Principio de No Agresión como norma de *ius cogens*, parte erradamente de la convicción de que ambos son sinónimos.

¹¹⁸ Como señala Pérez Luño, siguiendo a Bobbio: «(...) pueden distinguirse distintos principios del derecho, considerados de menor a mayor grado de generalidad, la cual puede predicarse: 1) de un instituto; 2) de una materia; 3) de una rama del derecho; 4) o del ordenamiento jurídico. Bobbio distingue, asimismo, los principios de derecho, dotados de generalidad relativa a tenor de la clasificación reseñada, de los principios del derecho, de carácter universal dotados de una generalidad absoluta» (PÉREZ LUÑO, A.-E... [nº 113]).

¹¹⁹ Esa característica propia de los principios generales es lo que hace que sean medios necesarios para todo ordenamiento. Además, su carácter maleable es importante para cumplir la función antes mencionada. Esta característica es la principal diferencia que tienen con las normas comunes del sistema. Véase: DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio – Taking Rights Seriously*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 75-76.

Aun así, ambos tipos de principios no son idénticos; esto podrá ser observado con más claridad cuando sean contrastados con las normas de *ius cogens*.

En este escenario, debemos preguntarnos: ¿A qué grupo corresponden las normas de *ius cogens*? En primer lugar, las normas de *ius cogens* no pueden ser identificadas en su naturaleza ni en su estructura con los principios primarios del derecho. Las normas de *ius cogens*, como la prohibición de la tortura o la prohibición del genocidio, a diferencia de los principios primarios, se estructuran en un lenguaje compuesto por elementos normativos en su misma enunciación y, por tanto, no constituyen formulaciones extra-sistemáticas en estricto. Aun más, a diferencia de los principios primarios, las normas de *ius cogens* no permiten un *balancing* de su contenido.

De forma similar, las normas de *ius cogens* tampoco pueden ser reducidas a meros principios secundarios, en tanto su surgimiento no podría encontrarse condicionado a una convicción generalizada en el tiempo, ni tampoco a una derivación de normas positivas singularmente consideradas. Si así fuese, finalmente haríamos que el concepto de las *ius cogens* dependa de la voluntad de los sujetos destinatarios de las mismas. E igual que en el caso de los principios primarios, los principios secundarios permiten un ejercicio de un *balancing*¹²⁰, mientras que las normas de *ius cogens* no permiten ponderación alguna, por ello su carácter cogente¹²¹.

Nuestra posición es que las normas de *ius cogens* surgen como derivaciones lógicas directas de los principios primarios, los cuales conforman el orden

¹²⁰ Esta característica le es intrínseca a los Principios Generales y es excluyente para las normas individualmente consideradas. Como dice Dworkin: «Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio del que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene» [DWORKIN, R., *idem*, pp. 77-78.]

¹²¹ Es por esta razón que no podría ser objeto de ponderación la prohibición de genocidio. No podría sostenerse la necesidad de la comisión de aquel acto por un valor mayor o por una necesidad imperiosa en una sociedad. Igual situación sucede con la prohibición de la tortura. En cambio, los Principios Generales permiten este escenario; el principio de responsabilidad permite su relativización mediante formulaciones legales específicas. Por ejemplo, en el caso que un hombre fuese encontrado culpable de un delito, pero presentara una avanzada edad, algunos órdenes legales permiten su exculpación por razones humanitarias. Lo mismo sucede con la relativización de la responsabilidad para el infractor menor de edad. En todos estos casos el principio de responsabilidad debe aplicarse teniendo en cuenta otros valores socialmente relevantes.

jurídico internacional¹²², representando su núcleo duro y concretización legal. Por ello, la vulneración de éstas representa una contradicción directa a los principios más básicos del orden social o, lo que es lo mismo, al Orden Público Internacional¹²³.

¹²² Esta es la lógica que inconscientemente parece adoptar la Corte Interamericana al concluir que la Prohibición de Discriminación es una norma de *ius cogens* [Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Para. 100.] Y es que, para llegar a aquella conclusión, la Corte Interamericana utiliza una derivación lógica del principio de protección humana o dignidad humana y deja relegado –en cierta medida– una necesaria correspondencia de aquella norma perentoria con una repetición llevada a cabo por los Estados o una *opinio iuris* especial respecto a ésta. Esto separa la noción de *ius cogens* de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional. Por ello Shelton consideraría que: «*The Inter-American Court cited international instruments to find positive law on nondiscrimination and equality, but it appeared to elevate the norm to jus cogens status on the basis of its own logic and reasoning about essential human dignity*» [SHELTON, D. (nº 24), par. 313.] La lógica de la derivación de normas de *ius cogens* desde los principios generales se encuentra además en la sentencia del caso Furundizja del Tribunal Penal Internacional de la exYugoslavia, aunque un tanto diluida. [Prosecutor V. Anto Furundiza Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia – Trial Chamber. Para. 153]. (traducción del autor).

¹²³ Considerando las normas de *ius cogens* como parte del Orden Público Internacional, se encuentra el Relator Especial Waldock de la Comisión de Derecho Internacional, quien señalara: «(...) Imperfect though the international legal order may be, the view that in the last analysis there is no international public order —no rule from which States cannot at their own free will contract out— has become increasingly difficult to sustain. (...) The Commission will therefore, it is believed, be fully justified in taking the position in the present articles that there are certain rules and principles from which States cannot derogate by merely bilateral or regional treaty arrangements». Al respecto, véase: Document: A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1953, vol. II. p. 155. Esta misma perspectiva se encuentra en los comentarios del relator especial sobre los Actos Unilaterales de los Estados, Victor Rodríguez Cedeño, quien en los comentarios del borrador de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados indicaría: «Moreover, in order for the act to be legally valid and to have legal effect, its object must be lawful. This is related to acceptance of the existence of international public order and to peremptory or jus cogens norms, as we shall see below. Without doubt, the lawful object of unilateral legal acts of States must be consistent with the norms of so-called international public order, or, as Georges Scelle calls it, international common law, in order for such acts to be considered valid and, consequently, to have legal effect» [Comisión Internacional de Derecho Internacional. Second report on unilateral acts of States By Victor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur – A/CN.4/500/Add.1. 10 May 1999. Para. 114-115.] Entonces, si sostenemos que las normas de *ius cogens* constituyen parte del «Orden Público Internacional» se hace necesario dejar en claro su relación con los Principios Generales del Derecho Internacional, los cuales constituyen las unidades básicas del mismo. Véase, igualmente: ORAKHELASHVILI, A., «International Public Order and the International Court's Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory», *ArchVR*, 43 (2005), pp. 240-256.

Aquella vinculación resulta más clara cuando se tiene en cuenta el rol de los Principios Jurídicos¹²⁴. Por un lado, los Principios Generales cumplen una función programática y direccional para la resolución de controversias, en cuyo caso actúan como un tejido vivo donde la interpretación legal es posible gracias a su formulación general, brindando la posibilidad de una ponderación equilibrada de los valores que se pretende proteger.

Sin embargo, también tienen un rol limitativo respecto a la autonomía de los sujetos. Como resulta evidente, esta última función no puede cumplirse mediante una enunciación gaseosa o abstracta. Todo lo contrario, ésta debe ingresar al mundo legal de tal forma de cumplir su función de forma eficaz. Así, surgen las normas de *ius cogens*, como extensión lógica pero concretizada de los Principios Generales del Derecho. Con esto podemos hacer frente a quienes adoptan posturas escépticas respecto a la trascendencia práctica de las normas perentorias.

Quienes critican su indeterminación y falta de consistencia en la realidad jurídica, lo ejemplifican con dos escenarios:

- i) Uno en donde ciertas normas de *ius cogens*, como el Principio de No Agresión o el Principio de Libre Determinación, contendrían excepciones, no cumpliendo así su carácter imperativo. Sin embargo, como señalamos antes, aquí hace falta la distinción entre principios jurídicos y normas de *ius cogens*¹²⁵ generándose una confusión respecto a las funciones que desempeñan éstas en el ordenamiento legal internacional.
- ii) El segundo escenario apuntado por los críticos es uno en donde dos «normas de *ius cogens*» podrían entrar en conflicto entre sí, como sucede en ocasiones sucede con el Principio de Libre Determinación y el Principio de No Agresión.

¹²⁴ Para una explicación detallada sobre las funciones desempeñadas por los Principios Jurídicos, en contraposición a la de las normas jurídicas, véase: ALEXY, R., «On the Structure of Legal Principles», *Ratio juris*, 13 (2000), pp. 294-304.

¹²⁵ En línea de diferenciar los Principios Generales del Derecho y las normas de *ius cogens*, véase: MOSLER, H., «General Principles of Law», en *Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, Elsevier, 1997, vol. III, pp. 511-525. Lamentablemente el autor no brinda mayores detalles respecto a su afirmación. Aun así, su posición queda establecida (al menos para diferenciar principios y normas específicas, en su curso para la Academia de la Haya en 1974). Mosler indicaría: «Pero generalmente, los principios requieren de implementación por medio de reglas (normas). Los principios tienen una mayor gama de sentidos de aplicación y ejecución que las regla, las cuales definen deberes y obligaciones de una forma más clara». [MOSLER, H., «The international society as a legal community»... (n° 106), par. 89. (traducción del autor)].

Los críticos señalan que un escenario como éste disminuye la utilidad de estas normas y constituye, por el contrario, un elemento de desestabilización y de indeterminación para la justiciabilidad internacional. Independientemente de la validez de estas afirmaciones, lo cierto es que estas posturas parten de la asimilación de los Principios Generales con las normas de *ius cogens*¹²⁶.

Si se da una buena mirada a estos argumentos, se puede apreciar que los escépticos narran el campo natural de los Principios Generales del Derecho Internacional, no el de las normas de *ius cogens*. ¿Cuán habitual sería una situación en donde se requeriría efectuar un *balancing* entre la Prohibición de la Tortura y la Prohibición del Genocidio o, de una de las anteriores con la Prohibición de la Esclavitud, todas ellas verdaderas normas de *ius cogens*?¹²⁷. Evidentemente este escenario es difícil de imaginar.

¹²⁶ Por razones distintas, Scheuner tampoco aceptaba realizar el paralelo entre el Principio de Libre Determinación y las normas de *ius cogen*. Véase: SCHEUNER, U., «Conflict of Treaty Provisions with Peremptory Norm of General International Law and its Consequences – Comment on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV*, 27 (1967), pp. 520-533.] Scheuner señala correctamente que las normas de *ius cogens* constituyen excepciones en el ordenamiento internacional. Sin embargo, no creemos que la exclusión del Principio de Libre Determinación como norma de *ius cogens* se deba al hecho de que constituye un principio no completamente universal (eso, en cualquier caso, está abierto a debate). Tampoco lo sería la indeterminación de su formulación, pues, como señaláramos antes, es la indeterminación lo que hace de los principios lo que son. Creemos que el Principio de Libre Determinación no constituye una norma de *ius cogens* justamente porque es un Principio General del Derecho Internacional (incluso fundamental), pero no una norma imperativa. Por ello es importante realizar la diferenciación entre Principios Generales y normas de *ius cogens*.

¹²⁷ En esta misma línea, nótese la dificultad de dar un ejemplo hipotético de normas de *ius cogens* en conflicto: la Comisión de Derecho Internacional, en su estudio sobre la fragmentación del Derecho Internacional, sugirió lo siguiente: «Three types of conflict situation may be envisaged. A norm of jus cogens might conflict with a regular treaty, a rule of (general) customary international law, and with another norm of jus cogens. The first situation is the simplest. Conflict of a treaty with jus cogens renders the treaty –or a separable provision thereof– invalid. It makes no difference whether the treaty is bilateral or multilateral. As pointed out above, the Charter of the United Nations constitutes no exception. The same goes for resolutions of international organizations. The same logic applies to a conflict between jus cogens and (general) customary law. A conflict between them renders the latter invalid. The question concerning the relationships between conflicting jus cogens norms –for example the question of the right to use force in order to realize the right of self determination– is much more difficult. At this stage, it cannot be presumed that the doctrine of jus cogens could itself resolve such conflicts: there is no hierarchy between jus cogens norms inter se» [Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi. International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11, para. 367.] Aquí, creemos que una separación conceptual entre principios y normas

Lo cierto es que diferenciar Principios Generales del Derecho y normas de *ius cogens* es indispensable. Más aun cuando no son pocos los autores (y tribunales internacionales) los que asimilan ambos conceptos. (Ver: Secciones 2.1 y 2.2).

Ahora bien, debe reconocerse que esta confusión no debería extrañarnos, en tanto, desde un inicio los antagonistas al voluntarismo estatal han encontrado en los Principios del Derecho un punto infranqueable para aquella teoría. En ese sentido, las normas de *ius cogens* y Principios del Derecho Internacional han compartido un sitio teórico similar. Ejemplo de ello es el borrador de la CVDT de 1953, el mismo que –previo a la inclusión de las normas de *ius cogens*¹²⁸– bajo la autoría de H. Lauterpacht, señalaba:

Artículo 3

Las normas que regulan los tratados

En ausencia de provisiones en contra, establecidas por las partes y (en tanto) no sean inconsistentes con Principios del Derecho Internacional de carácter primordial, la condición de la validez de los tratados, su ejecución, interpretación y terminación se encuentran gobernados por la costumbre y, en los casos apropiados, por los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas¹²⁹.

de *ius cogens* se vuelve valioso. Por ello, previamente es necesario determinar si el Principio del No uso de la Fuerza y el Principio a la Autodeterminación constituyen efectivamente normas de *ius cogens*. De no ser así –como creemos– sus roles como principios justamente se encuentran en la capacidad de brindar una ponderación en determinados casos para así llegar a una resolución más equitativa.

¹²⁸ Su inclusión se produjo en el borrador de 1958, elaborado por el Relator Especial G.G. Fitzmaurice. En el artículo 16 de dicho borrador (legalidad del objeto) se indicaba: «(...) 2. Es esencial para la validez de un tratado, que (éste) se encuentre en conformidad con –o no contravenga, o que su ejecución no involucre la infracción de– aquellos principios y reglas del Derecho Internacional que son de naturaleza de *ius cogens*». [Traducción del autor]. Fitzmaurice agregaría en el subsiguiente (artículo 17) la noción ya aceptada de que existen dos tipos de normas en la realidad internacional; las normas dispositivas del Derecho Internacional general, pasibles de contradicción y, las normas no dispositivas o perentorias. Y, dándole más contornos a la limitada capacidad convencional de los Estados agregaba en el artículo 20 que, a pesar de que un tratado con carácter no ético fuese legal, en el sentido establecido por los artículos 16 al 19 del borrador y, por tanto, no inválido *per se*, podría dejar de ser aplicado si así lo decidía un tribunal, si el acuerdo se encontraba claramente en contra de la humanidad, la buena moral o el correcto orden internacional. [Al respecto, véase: Third Report on the Law of Treaties by Mr. G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur. A/CN.4/115 and Corr.1. Extract from the Yearbook of the International Law Commission – 1958, vol. II, pp. 27-28]

¹²⁹ Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur. Law of Treaties. Document:

De haber subsistido este artículo, más desafiante aun con el positivismo que el artículo 53 final, probablemente las normas de *ius cogens* comparirían protagonismo y escrutinio conjuntamente con los Principios Generales del Derecho Internacional y no asiladamente.

Ahora bien, el paso final es determinar quién establece qué normas serán consideradas perentorias. ¿Quién hará la derivación lógica del núcleo básico de los Principios Generales del Derecho Internacional? Siguiendo a la CVDT, las normas de *ius cogens* representan «norma(s) aceptada(s) y reconocida(s) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario»¹³⁰.

El rol de la comunidad internacional es indispensable para resolver esta interrogante.

Sin embargo, no existe razón para restringir la noción de «comunidad internacional en su conjunto» a un solo de los grupos que la componen. Actualmente se hace difícil –si no imposible– restringir la realidad internacional a la sola existencia de los Estados. La noción de comunidad internacional se encuentra compuesta por un variado número de grupos y subgrupos, estatales y extra estatales que se interrelacionan de múltiples formas. Dejar la fundamental tarea de determinar el carácter *cogente* de ciertas normas a uno de aquellos grupos, por ejemplo a los Estados, o, aún más, a un bloque de estos, podría conducir a la indeterminación del Derecho Internacional o al uso de las normas de *ius cogens* en beneficio de un discurso hegemónico.

Esto, sin embargo, no quiere decir que afirmemos que las normas de *ius cogens* sean en efecto creadas por la comunidad internacional. La inclusión de

A/CN.4/63. Yearbook of the International Law Commission: 1953, vol. II, p. 90. (traducción del autor). Aunque resultan claras las implicancias de este extremo del borrador, Lauterpacht en sus comentarios da algunas razones para su incorporación. El autor señalaría: «*Es esencial dejar establecido en un artículo introductorio del Código del Derecho de los Tratados que (aquella rama del) derecho se encuentra basada y le debe su validez al Derecho Internacional consuetudinario y a los Principios del Derecho (...) Es así que la fuerza vinculante de los tratados es independiente de la voluntad de los Estados, quienes los concluyen en el ejercicio de su soberanía. Su fuerza vinculante y otras condiciones básicas de su operatividad se encuentran fundamentadas en la costumbre internacional. Por tanto, mientras que los Estados son libres de moldear sus relaciones convencionales y las condiciones de estos de acuerdo a su voluntad, los Estados solo podrán realizar esto en tanto (el producto) esté sujeto a los Principios del Derecho Internacional de carácter primordial, Principios Generales del Derecho y el Principio de Buena Fe*» [Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur... *Idem*, p. 106 (traducción del autor)].

¹³⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 53. (Énfasis agregado)

la frase «aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto», en nuestro entender, no implica una «aceptación» desde un punto de vista voluntarista, sino, apunta a un elemento de legitimación respecto a la identificación de cuáles serán las normas consideradas de *ius cogens*. Estas deberán ser aquellas existentes en beneficio de la comunidad internacional y no de un sub-grupo del mismo, tal y como Verdross señalara más de 60 años atrás.

La tarea de derivar estas normas sería trabajo de los tribunales internacionales, cuya directriz fundamental sería encontrar aquellos principios fundamentales del Derecho Internacional, para proceder a dicha creación legal. Estamos concientes que esta afirmación genera una serie de interrogantes, como: ¿Cómo se realiza una derivación de este tipo en un contexto fragmentario de la adjudicación internacional? ¿Qué legitima a estos tribunales a realizar aquella operación? ¿Significa que los tribunales internacionales tienen alguna capacidad de producción legal en el Derecho Internacional?

Estas preguntas, aunque significativas, escapan de los alcances del presente trabajo, pero dan una idea de las complejidades involucradas en formular una teoría unificada de las normas de *ius cogens*.

4. CONCLUSIONES

La conclusión del presente trabajo es que las normas perentorias constituyen derivaciones lógicas de los Principios Generales del Derecho Internacional.

Se ha puesto énfasis en el hecho de que las normas perentorias preceden como categoría legal al trabajo codificador de la Comisión de Derecho Internacional y, por tanto, no le deben a la última su existencia ni su estatus. Aun más, el fraseo utilizado por la Comisión de Derecho Internacional nace de la necesidad de establecer un límite a la capacidad de los Estados en la formulación de sus productos convencionales, no con el fin de explicar los demás efectos que estas normas proveen y que ha sido reconocidos jurisprudencial y doctrinalmente.

Nuestra posición es que las normas de *ius cogens* son parte del Derecho Internacional de forma independiente a cualquier producto positivista voluntarista, encontrándose, en estado latente en los principios más básicos de nuestra disciplina. Nuestros hallazgos implican la necesidad de rastrear su incorporación en el orden legal más allá de la práctica estatal, su recepción con-

vencional o su aceptación doctrinal. El surgimiento de estas normas realmente habrían surgido en el momento en que el Derecho Internacional Moderno dejó de ser el reflejo del Proyecto Wesphaliano y se transformó en el Derecho Internacional Contemporáneo.

En ese sentido, las normas de *ius cogens* –aunque productos normativos– también constituyen productos históricos/factuales que se incorporan en el Derecho Internacional en un momento histórico de cambio, en donde el corpus legal internacional previo inicia su declive y el nuevo comienza a regir las relaciones internacionales.

En ese sentido, las normas de *ius cogens* encarnan la «Constitución del Derecho Internacional aun no escrita» que emergiera durante el lento desmantelamiento del orden legal previo.