

Victor Saco Chung*

184 **Jus cogens ¡Si supieras lo que se dice de ti!: Develando los límites de las normas imperativas en Derecho Internacional**

Se suelen atribuir varias virtudes al “jus cogens”. Se dice que es una fuente de derecho, una institución general y la constitución del derecho internacional, que es... en realidad, ¡qué no se sabe qué es!¹. El *jus cogens*, tan vago y gaseoso, parece ser concebido como un concepto mágico que permite que todo sea posible en derecho internacional.

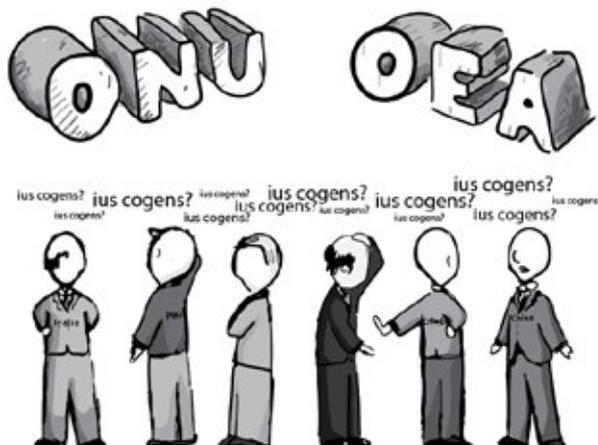
Sin embargo, el jus cogens, jurídicamente hablando, no es un concepto todo poderoso, sino más bien uno que refleja gran fragilidad. No objetamos su fuerte poder político, social e incluso moral, pero para los modestos fines de este artículo, profundizaremos jurídicamente sobre el concepto, limitándonos al plano jurídico, en especial a exhibir tres de estas debilidades: (1) Los límites implícitos del concepto, (2) Efectos más allá de la Convención de Viena y (3) Su determinación ¿qué normas cuentan con esta característica?

1. Jus cogens concepto y límites

El *jus cogens*, no existe como concepto independiente, sino que siempre acompaña a una norma y sin ésta no existe; Es decir, es sólo un adjetivo que acompaña a una disposición internacional. En otras palabras, el *jus cogens* en sí mismo no existe, son algunas normas internacionales las que tienen o no la característica de ser, a su vez, *jus cogens*.

* Profesor del curso de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Tal vez eso inspiró a Anthony DAMATO a ponerle como título a su artículo “It’s a bird, it’s a plane, it’s jus cogens”. En: 6 Connecticut Journal of International Law 1 (1991). Disponible también en: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A914.pdf>



“El jus cogens, no existe como concepto independiente, siempre acompaña a una norma, sin ésta no existe, es decir, es sólo un adjetivo que acompaña a una disposición internacional.”

Por ello, es necesario que primero exista una norma, la cual se vuelva imperativa², aunque también puede suceder, con menor frecuencia, que la disposición nazca siendo imperativa. Esta calidad se obtiene cuando la comunidad internacional de Estados en su conjunto consideran que una norma reviste tal importancia para la vida de la sociedad internacional que debe otorgarle el mencionado atributo. Lo más importante en una norma para tener la categoría de *jus cogens* es su contenido, pues de éste deriva la obligatoriedad de la misma.

Antes de continuar, es preciso recordar como funciona el derecho internacional. En este sistema normativo que carece de un legislador centralizado y una constitución, como ocurre en los sistemas jurídicos internos, se requiere de una norma para que una conducta sea obligatoria. Por ello, primero es necesario saber si la norma existe o no, para luego determinar su contenido. Por ejemplo, si no existe un tratado o una costumbre que den nacimiento a una norma, será vano preguntarse si es que ésta es de *jus cogens*³.

En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena), al ser única fuente de derecho internacional positiva que define este tipo de normas, es muy importante para determinar los alcances del *jus cogens*. La Convención de Viena define a estas disposiciones como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto

como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Es decir, las normas imperativas revisten cuatro condiciones necesarias para su existencia: 1) son normas de derecho internacional general, 2) deben ser reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como tales, 3) no admiten acuerdo en contrario, y 4) sólo pueden ser modificadas por otra que posea el mismo carácter⁴.

a. El jus cogens como norma de derecho internacional

La Convención es clara en mencionar que se trata de una norma y no de una fuente de derecho internacional. En este aspecto la doctrina es casi unánime, el *jus cogens* no constituye una fuente de derecho internacional⁵, sino que deriva de aquellas “clásicas” contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, especialmente tratados y costumbre. Sin embargo, consideramos que es posible que otras fuentes como los Actos Unilaterales y Actos de las Organizaciones Internacionales ayuden a su conformación o, incluso, la reconozcan y contengan en simultáneo con las normas consuetudinarias y convencionales⁶.

Las normas derivan de una fuente y como las normas imperativas deben ser reconocidas por los Es-

2 Por ejemplo, la prohibición de la trata de esclavos contenida en el Tratado de Londres de 1841, que seguía el camino de prácticas nacionales e internacionales en el mismo sentido, que luego fuera seguido por el Acta de Bruselas de 1890, para ser continuada por otros actos internacionales que, en la actualidad, permiten considerar esta prohibición como una norma de *jus cogens*.

3 “Article 53 demands that there first be established a norm of general international law and, second, that the international community of states as a whole agree that it is a norm from which no derogation is permitted” En: SHELTON, Dianah. Normative Hierarchy in International Law. En: AJIL Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006), pp. 291-323. p. 300.

4 Para una estudio menos práctico, como propone el presente artículo, y más filosófico del concepto se puede revisar: ZEMANEK, Karl. How to Identify Peremptory Norms of International Law. En: DUPUY, P-M et al. (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in International Law*. Essays in Honour of Christian Tomuschat. Berlin: Engel Verlag, 2006; p. 1103-1117. (especialmente p. 1109 a 1113).

5 VILLIGER, Mark. *Commentary on the 1969 Vienna Convention of the Law of the Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 670. DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. *Droit International Public*. Paris: LGDJ, 2002. p. 205. Sin embargo, también existen sectores de la doctrina, aunque minoritarios que consideran que el *jus cogens* sería una nueva fuente de Derecho internacional.

6 Aunque el origen sería solamente convencional o consuetudinario. “The terms accepted and recognised are taken from Article 38, suparas. 1(a) and (b) of the ICJ Statute and thus confirm that *jus cogens* is either conventional or customary in nature”. VILLIGER, Mark. Op Cit. p. 671.

tados “en su conjunto” (ver el segundo elemento en el acápite b), las fuentes más idóneas para dar lugar a su nacimiento son un tratado multilateral o una costumbre internacional general. Es posible que la misma norma de *jus cogens* de origen convencional sea una codificación de la costumbre o ayude a cristalizarla y que ambas coexistan paralelamente.

Sin embargo, al tener estas normas como característica la de vincular a todos los miembros de la comunidad internacional (*erga omnes*), consideramos que el vehículo más idóneo será la costumbre universal, puesto que está última fuente abarca a más Estados que un tratado, aunque este sea “quasi-universal”⁷ (salvo que el tratado vincule a todos los sujetos de derecho internacional)⁸.

b. Una norma reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto

Con respecto a los actores de la comunidad internacional que reconocen estas normas, de acuerdo con la Convención no es la “comunidad internacional” en sentido lato, sino la “comunidad internacional de Estados”. Por lo tanto, esta norma debería ser reconocida por los Estados “en su conjunto”. Al respecto, proponemos estudiar dos aristas de este concepto: primero quién reconoce estas normas y cuál es el alcance del término “comunidad internacional de Estados en su conjunto” en la formación de las normas consuetudinarias.

Con respecto al primer tema, la Convención de Viena recoge dos supuestos para el reconocimiento de las normas de *jus cogens*. En primer lugar, el artículo 53 indica que la *comunidad internacional de Estados en su conjunto* será la que acordará qué normas tienen esta característica y cuales no (las aceptan y reconocen como tales). Que más de 190 Estados de la comunidad internacional actual se pongan de acuerdo parece ser una tarea compleja, la cual puede resolverse en una Conferencia Internacional o mediante el uso de la costumbre internacional general, como visto en el acápite anterior. Sin embargo, hasta la actualidad no se ha producido un pronunciamien-

to de la *comunidad internacional de Estados en su conjunto* respecto a la naturaleza imperativa de una norma de derecho internacional.

Aquí, es preciso mencionar que al referirse a *comunidad internacional de Estados en su conjunto* la Convención de Viena no se está refiriendo a la unanimidad de los Estados, sino a una gran mayoría⁹.

El segundo supuesto reconocido en la Convención de Viena para la determinación de las normas de *jus cogens*, es el recogido en el artículo 66 de la Convención de Viena¹⁰. Siguiendo esta disposición, si dos Estados no se ponen de acuerdo acerca de si una norma en particular es imperativa o no, la Corte Internacional de Justicia será la encargada de pronunciarse en uno u otro sentido; salvo que las partes acuerden acudir a un Tribunal Arbitral. A la fecha, la Corte nunca ha sido invitada a pronunciarse en este tema, sin embargo, cuando de manera indirecta trató la materia tuvo una política de no designar a una norma como imperativa, no llamándola *jus cogens* o utilizando la fórmula “de acuerdo con un sector de la doctrina las siguientes son normas de *jus cogens*”, esta situación sólo cambiaría en el año 2006¹¹.

Con respecto al segundo tema propuesto, ya hemos adelantado que, por involucrar a toda la comunidad internacional, las fuentes más propicias para generar *jus cogens* serían los tratados –especialmente multilaterales– y la costumbre –en su vertiente universal–, pero que preferíamos la segunda fuente por ser más general.

Igualmente, por más que un tratado tenga a un significativo número de Estados de la comunidad como partes, esto parece no ser suficiente para que pueda representar a la comunidad internacional en su conjunto. Además, como las obligaciones de los tratados son sinalagmáticas, deben respetar los principios de relatividad de los acuerdos como *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*¹², estas fuentes de derecho internacional sólo podrán vincular a las partes, mientras que las obligaciones de *jus cogens* parecen ir más allá de este principio una vez que hayan nacido.

De acuerdo con lo anterior, proponemos revisar brevemente la costumbre internacional como fuente de dere-

7 Término utilizado por VILLIGER, Mark. Op. Cit. loc cit.

8 “Scholars disagree over whether peremptory norms are part of customary international law. Lauri Hannikainen and Ian Brownlie argue that custom is a suitable source for peremptory norms because it serves as a vehicle for generally binding international law on important moral issues. By contrast, Weil takes issues with the concept of *jus cogens* rules, arguing that they are not truly customary because they can be asserted despite the lack of state practice and consent by states”. En: Roberts, Elizabeth. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. AJIL Vol. 95 No. 4 (Oct., 2001) p. 783.

9 DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 204. Los Estados Unidos de América, durante la Conferencia de Viena, propuso una enmienda por la cual las normas imperativas deberían ser “recognized in common by the national and regional legal systems of the world”, propuesta que no fue aceptada. En: VILLIGER, Mark. Op. Cit. p. 671.

10 Artículo 66: Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación. [...] a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje [...].”

11 Aunque, a diferencia de otras jurisdicciones regionales, la CIJ por mucho tiempo no las nombró *jus cogens*, ver por ejemplo el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986), “principio fundamental ou essentiel de ce droit” / “fundamental or cardinal principle” (para. 190). El uso del término recién se produjo en el caso *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* Sentencia del 3 de febrero del 2006, párrafo 64.

12 Artículos 26 y 34 de la Convención de Viena, respectivamente. Igualmente, en el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986): “[...] il n'existe pas en droit international des règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter par traité ou autrement [...]” (párrafo 269).

cho internacional y sus elementos, en especial aquellos ligados al concepto que motiva este trabajo. Por ello, más que en el aspecto material de la misma nos centraremos en el aspecto subjetivo u *opinio iuris*¹³.

La *opinio iuris* de la costumbre que genera una norma imperativa debe ser común a prácticamente todos los estados debido a la importancia para la comunidad internacional del contenido de la norma, los valores que protege. De otro lado, este requerimiento de generalidad impide que cierto número de Estados impongan ciertas reglas como *jus cogens* al resto¹⁴.

Para ciertos autores, no se requiere que todos los Estados acepten la costumbre internacional, basta que sólo los Estados que se ven afectados directamente por la práctica lo hagan:

“A *peremptory customary rule does not require active acceptance by all States. As with all customary norms, it suffices if the active practice concerns in particular specially affected states and the remaining States tacitly accept*”¹⁵.

Finalmente, con respecto a la posibilidad de que exista un objetor persistente a la costumbre internacional en formación que terminaría en una norma de *jus cogens*, se pueden descubrir dos posturas¹⁶. La primera considera que sería ilegal oponerse a la aparición de una norma consuetudinaria imperativa¹⁷. Para la segunda, si sería jurídicamente posible tal oposición, sin embargo esta no afectaría el nacimiento de aquella.

Consideramos que la segunda opción es teóricamente viable, es decir, mientras no sea segura la naturaleza de *jus cogens* de determinada norma, será posible la oposición como frente a cualquier costumbre. Sin embargo, una vez que la norma consuetudinaria haya nacido, se encuentre en vigor y quede establecida firmemente su naturaleza imperativa la postura de objetor persistente caería y sería aplicable la responsabilidad internacional¹⁸.

c. Normas que no admiten pacto en contrario

Podemos hablar de dos tipos de efectos de estas normas, políticos y jurídicos. Entre estos últimos destacan el no permitir pacto en contrario, la nulidad de las normas que se le opongan, la jerarquía de estas normas y su efecto en la responsabilidad internacional. Por motivos de orden, puesto que se están tratando los elementos necesarios para la configuración del *jus cogens*, en esta sección sólo tocaremos el caso del inadmisibilidad de pacto en contrario, dejando los efectos políticos y los otros dos efectos jurídicos para la segunda sección.

Respecto a la prohibición de acuerdo en contrario, a diferencia de la nulidad (ver *infra*) que afecta sólo a las normas convencionales, en este caso ya ha sido indicado por la doctrina que, no importando cual sea la fuente de la que derivan, ninguna norma que no tenga este carácter puede contravenir a otra de *jus cogens*¹⁹. Sin embargo, el debate sigue abierto y los efectos especiales de la nulidad en las normas no convencionales no han sido estudiados de manera detallada, para las normas derivadas de distintas normas internacionales. Los actos internos de los Estados que las contradigan, sean estos legislativos, administrativos o judiciales perderían su legitimidad (*de-legitimized*) de contrariar una norma imperativa²⁰.

d. Sólo puede ser modificada por otra norma imperativa

Por este último elemento, una norma de *jus cogens*, no importando su origen tendrá a permanecer como norma consuetudinaria hasta que otra norma de igual característica la derogue. Esto es concordante con la evolución del derecho internacional²¹ y el aspecto dinámico de las normas de *jus cogens*²². Si una norma de *jus cogens* puede ser modificada, también puede caer en desuso²³.

13 Para efectos de una concisa y completa revisión del concepto y elementos de la costumbre internacional se puede revisar. MALANZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7 ed. New York: Rotledge, 1997. p. 48.

14 VILLIGER, Mark. Op. Cit. p. 671.

15 Op. Cit. loc .cit.

16 Op. Cit. p. 672.

17 “While this definition precludes an individual state from vetoing the emergence of a peremptory norm, it sets a high threshold for identifying such a norm and bases the identification squarely in state consent”. En: SHELTON, Dianah. Op. cit. p. 300.

18 VILLIGER, Mark. Op. Cit. p. 672.

19 Ver GUILLEUME, Gilbert: “Jus Cogens et Souverainete”, “L’État Souverain dans le Monde d’aujourd’hui. Mélanges en l’Honneur de J-P. Puissechet”, Paris: Pedone, 2008, p. 132. Igualmente, DUPUY, P-M. *Droit international public*, Paris: Dalloz, 2004. p. 283.

20 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, caso Prosecutor c. Furundzija, 2002, p. 155.

21 Por ejemplo, en la época de la resolución del Caso Lotus (1927), “Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit lient les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement [...]” (p.18). En la actualidad los Estados ya no son los únicos actores del derecho internacional y los tratados no son la única fuente de derecho internacional.

22 Ver el artículo 64 de la Convención de Viena, sobre la aparición de nuevas normas imperativas. VILLIGER, Mark. Op. Cit. p. 672.

23 Op. Cit. p. 673.

2. Efectos de las normas imperativas, más allá de la Convención de Viena.

Como adelantado, en esta sección abordaremos: la nulidad de las normas que se contradigan a las normas de jus cogens, la jerarquía de éstas en el ordenamiento jurídico internacional, su efecto en la responsabilidad internacional y su impacto político.

a. Nulidad de las disposiciones que se opongan al jus cogens

De este modo, los acuerdos internacionales que contengan normas convencionales contrarias al jus cogens serán nulas, esto siguiendo la frase inicial del artículo 53 de la Convención de Viena: “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general*”. Lo cual es concordante con la Sección de la Convención en la que se encuentra la disposición (Titulada Nulidad de los Tratados). Este es tal vez el efecto jurídico más importante de las normas de jus cogens y quizá el único que las diferencia de otras normas (por ejemplo, normas *erga omnes*).

Detengámonos sobre la frase. Primero, la nulidad no sólo afecta a la disposición del tratado que es contraria a la norma imperativa, sino a todo el tratado²⁴. Por ejemplo, en un tratado de libre comercio donde se permite el libre comercio de metales, productos agrícolas y seres humanos, el tratado completo sería nulo, incluso las disposiciones sobre el comercio de metales. A diferencia del efecto de no admitir pacto en contrario, aquí la nulidad parece sólo afectar a los tratados y no a las disposiciones que deriven de otras disposiciones de derecho internacional.

Segundo, la nulidad no es retroactiva²⁵. Claramente se menciona que el tratado será nulo si se opone a una norma de jus cogens *en el momento de su celebración*.

b. “Jerarquía” en derecho internacional

Existe un consenso en la doctrina internacional, por el cual, entre las fuentes del derecho internacional público no existe jerarquía:

*“It seems to be generally accepted that there is no inherent hierarchy of the sources of international law. Unlike most hierarchies established in domestic law, a norm derived from one source of international law is not a priori of a higher value than a norm formed under another source based, for example, on the organ creating the norm or the procedure followed”*²⁶.

Esta postura recoge la realidad internacional, en la que los Estados buscan no limitar sus poderes soberanos sin haberlo aceptado previamente de manera expresa o implícita²⁷; no obstante, el que no exista jerarquía entre las fuentes formales no tiene porque inducirnos a concluir que no exista una jerarquía entre normas jurídicas²⁸. Pueden presentarse dos tipos de situaciones en las que se producirá la primacía de una norma sobre otra: 1) el conflicto entre una norma imperativa (*jus cogens*) y otra sin este atributo y; 2) conflictos entre normas “comunes”²⁹.

En el primer caso, cuando se produzca un conflicto entre una norma imperativa o *jus cogens* y otra sin esta característica, la anterior primará sobre la última. Esto conlleva a que las primeras siempre primen, ya sea porque la norma que se les oponga sea nula (si proviene de un tratado) o en general, porque ninguna norma se les puede oponer. Esto nos llevaría ante una “jerarquía”³⁰ normativa en derecho internacional, no en base a la fuente de la que se deriven, sino al contenido de la norma:

“At first glance, the ‘existence’ of a hierarchy of international law cannot be put into question –at least since the introduction of the concept of jus cogens into Article 53 of

24 Ver las cursivas de la siguiente nota.

25 “The second matter is the non-retroactive character of the rule in the present article. The article has to be read in conjunction with article 61 (Emergence of a new rule of jus cogens) [ahora artículo 64], and in the view of the Commission, there is no question of the present article having retroactive effects. It concerns cases where a treaty is void at the time of its conclusion by reason of the fact that its provisions are in conflict with an already existing rule of jus cogens. The treaty is wholly void because its actual conclusion conflicts with a peremptory norm of general international law from which no States may derogate even by mutual consent. Article 61, on the other hand, concerns cases where a treaty, valid when concluded, becomes void and terminates by reason of the subsequent establishment of a new rule of jus cogens with which its provisions are in conflict. The words “becomes void and terminates” make it quite clear, the Commission considered, that the emergence of a new rule of jus cogens is not to have retroactive effects on the validity of a treaty. The invalidity is to attach only as from the time of the establishment of the new rule of jus cogens. The non-retroactive character of the rules in articles 50) [ahora artículo 53] and 61 is further underlined in article 67, paragraph 2 of which provides in the most express manner that the termination of a treaty as a result of the emergence of a new rule of jus cogens is not to have retroactive effects”. [el subrayado y adiciones son nuestros] En: Comisión de Derecho Internacional (CDI). Draft Articles on the Law of the Treaties with commentaries (1966). Texto adoptado en la 18ª Sesión de la CDI. p. 248-249 (para. 6).

26 PAUWELYN, Joost. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to other rules of international law. Cambridge. Cambridge University Press: 2003; p. 94. por DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 114 (“Le principe est que, pour les sources, il n'existe pas de hiérarchie en droit international”). Del mismo modo, DUPUY, P.-M. Op. Cit. p. 17-18; « logique d'un système international et équivalences normatives ».

27 CASSESE, Antonio. *International Law* (2da edición). New York: OUP, 2005; p. 198.

28 “[Q]ue les sources formelles ne soient pas hiérarchisées n'oblige pas à considérer qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les normes juridiques” (por DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 115).

29 Op. Cit. p. 116.

30 Para profundizar en el tema, se puede revisar: SHELTON, Dinah. International Law and “Relative Normativity”. En: EVANS, Malcom. International Law. Oxford: OUP, 2003.

the Vienna Convention on the Law of the Treaties”³¹.

c. Efectos en la Responsabilidad Internacional

Como cualquier norma internacional que fuese violada, el incumplimiento de una norma de *jus cogens* genera responsabilidad internacional y, en consecuencia, la obligación de cesar el acto en cuestión y reparar los daños por el Estado que la haya violado, de acuerdo con el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*³². En este aspecto, no habría diferencia entre la violación de una norma de *jus cogens* y otra que no tuviera la misma característica.

Sin embargo, el mencionado Proyecto recoge dos obligaciones adicionales para los miembros de la comunidad internacional cuando se produzca una violación grave de una norma de *jus cogens*. De acuerdo con el artículo 40, la violación de una norma imperativa es grave “si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”³³. Estas dos obligaciones están contenidas en los dos primeros párrafos del artículo 41 del Proyecto:

“Artículo 41: Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave [de una obligación que emane de una norma imperativa].
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave [de una obligación que emane de una norma imperativa], ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”

Como se aprecia de la disposición, la primera obligación es una obligación de cooperación para que la violación de la norma cese, utilizando cualquier medio lícito. Si consideramos por ejemplo que la prohibición de la piratería es una norma de *jus cogens*, un Estado que es advertido del ingreso de un buque

pirata está ingresando a su territorio debería, en la medida de sus posibilidades atrapar y juzgar a los piratas. Es preciso recordar que el límite es la licitud de la medida, conservando nuestro ejemplo, el perseguir buques piratas no debería, salvo caso especiales, significar una carta blanca para violar la integridad territorial de los Estados.

Si la primera obligación imponía una conducta, la segunda se refiere más bien a una obligación negativa, no se puede apoyar una medida ilícita, sea mediante el reconocimiento de una legalidad inexistente de la medida o sea mediante una acción directa de apoyo. Por ejemplo, no se podría reconocer la creación de divisiones políticas internas de un Estado celebrando tratados con ellas, si estas se crearon para segregar a unas personas de otras basándose en sus rasgos físicos y cantidad de melanina en la piel o apoyar al Estado que impulsó estas medidas racistas frente a una organización internacional.

El tercer inciso, hace referencia a lo antes mencionado, es decir los efectos de la responsabilidad internacional frente a cualquier tipo de normas (cesar los actos que producen la violación de la norma internacional y reparar los daños producidos, artículos 28 a 32 del Proyecto).

Por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad internacional podemos descubrir obligaciones en dos planos. El primero o “procesal”, entre el(los) demandante(s) y el(los) demandado(s), de naturaleza bilateral, en la relación que surge entre quien invoca la responsabilidad y quien ha violado la norma internacional. A este nivel, las obligaciones para el Estado responsable por la violación de una norma imperativa no son jurídicamente distintas a las que se derivan del incumplimiento de una obligación que no tenga esta naturaleza. Aunque la diferencia práctica se podrá apreciar al momento de determinar la indemnización, por la importancia de la norma puede que los montos de las indemnizaciones mayores.

El segundo plano hace referencia al número de Estados que no se ven relacionados procesalmente a pesar de poder hacerlo (toda la comunidad internacional de éstos). Recordemos que las obligaciones derivadas de las normas de *jus cogens* son también de naturaleza *erga omnes*. Este nivel sería el reconocido en el artículo 42 del Proyecto y sólo aplicaría a las normas imperativas³⁴.

Es preciso recordar que, de acuerdo con el texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad de

31 WEILER, J, et Paulus, A. *The Structure of Change in International Law or Is there a Hierarchy of Norms in International Law?* EN: EJIL, Vol., No. 4 (1997), p. 558-559.

32 En base al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional recogido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83, del 12 de diciembre del 2001, distribuida en español el 28 de enero del 2002 (documento A/RES/56/83). Ver en especial artículos 28-32.

33 Artículo 40.2.

34 Se puede revisar la evolución del concepto de Responsabilidad Internacional en: NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional primacy of Bilateral Conception of Inter-state Relations. EJIL (2002), Vol, 13 No. 5, 1083-1098.

las organizaciones internacionales aprobado provisionalmente por la Comisión Internacional hasta su reporte del año 2008³⁵, las mismas consecuencias serán aplicables si es una Organización internacional la que viola una norma imperativa³⁶.

d. Aspectos políticos

Sin duda el aspecto político más relevante de las normas de *jus cogens* es que éstas recogen y protegen valores comunes para la humanidad que permiten la convivencia³⁷, esto permite que el invocarlas tenga un gran efecto en el discurso jurídico, especialmente en el campo de los derechos humanos.

En este sentido, estas normas cumplirían un “*deterrent effect*”, previniendo a la comunidad internacional (e incluso individuos) que nos encontramos ante normas a las que se otorgaron valores absolutos que no pueden ser contrariados por ningún miembro de esta sociedad internacional³⁸.

Sin embargo, este poder político de las normas imperativas se ve limitado en sistema internacional, en tanto no existe un Poder Judicial centralizado y obligatorio por igual para todos los miembros de la comunidad al cual se puedan llevar los reclamos en torno al *jus cogens*, incluso el artículo 66 de la Convención de Viena, que permite que la corte Internacional de Justicia se pronuncie sobre una norma de estas características, requiere que, los Estados sean partes de este tratado. Será más complicado para la aplicación de la jerarquía de normas, la cual se verá relativizada por el foro que se elija para la solución de las diferencias³⁹.

3. ¿Qué no normas cuentan con esta característica?

El punto segundo de este trabajo parece contradecir el título de este artículo y demostrando las bondades

del *jus cogens* puede haber desviado de las complicaciones que esta institución concepto intrínsecamente presenta, esta última parte pretende evidenciar el punto tal vez más débil del concepto. Si bien las normas de *jus cogens* cuentan con los efectos antes revisados, queda como tarea pendiente el indicar cuáles son estas normas.

Este es sin duda uno de los aspectos que suscita mayor curiosidad académica y dificultad aplicativa entorno a las normas con la característica de ser *jus cogens* es el conocer, específicamente cuáles son. Tema que nos invita a tratar dos aspectos, quién determina cuáles son estas normas y qué normas tienen en la actualidad la calidad de *jus cogens*. Sobre el primero, éste fue abordado en la sección b) del primer capítulo.

El segundo tema, el de qué normas son consideradas como *jus cogens* en la actualidad. Como mencionamos, ninguno de los mecanismos previstos por la Convención de Viena, es decir pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia o de un Tribunal Arbitral Internacional, han sido activados, y este vacío ha sido llenado por las fuentes complementarias del derecho internacional reconocidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina y la jurisprudencia.

Los pronunciamientos de estudiosos y jueces internacionales nos presentan a las siguientes normas como imperativas.

- La prohibición del uso de la fuerza⁴⁰, recogida también en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas:

“[...] la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la

35 Comisión de Derecho Internacional. Informe de la 60ª período de sesiones (2008). En: Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, suplemento No. 10 (A/63/10), p. 296 y ss.

36 Capítulo III - Violaciones Graves de Obligaciones Emanadas de Normas Imperativas de Derecho Internacional General
Artículo 44 [43] - Aplicación del presente capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por una organización internacional de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por la organización internacional responsable.

Artículo 45 [44] - Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados y las organizaciones internacionales deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 44 [43].
2. Ningún Estado ni ninguna organización internacional reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 44 [43], ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

En: Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10), p. 182.

37 Para CASSESE, la aparición de estas normas se produjo en los años 1960. « In the late 1960s there occurred an upgrading of certain fundamental rules produced by traditional sources of law, with the introduction of *jus cogens*, as a result of the endeavours of the socialist and developing countries. These countries claimed that certain norms governing relations between States should be given a higher status and rank than ordinary rules deriving from treaties and custom. CASSESE, Antonio. Op. Cit. p. 138-139.

38 Op. Cit. p. 207.

39 Al respecto se puede revisar SACO, Victor. Resolución de Conflictos normativos en derecho internacional público y la protección de restricciones cuantitativas recogidas en el GATT. Tesis para optar por el título de Abogado. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre, 2007

40 CDI. Draft Articles on the Law of the Treaties with commentaries (1966). Texto adoptado en la 18ª Sesión de la CDI. p. 247 (Artículo 50, para. 1). Sobre la prohibición del uso de la fuerza, ver también el Reporte del Secretario General de la ONU ante el Consejo de Seguridad, del 9 de diciembre de 1991

fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

- Un tratado que acuerde la trata de esclavos, piratería, genocidio⁴¹. Igualmente, Tratados para violar derechos humanos, la igualdad de los Estados o el Principio de Libre Determinación de los Pueblos⁴².
- Derechos humanos específicos como: la prohibición de discriminación⁴³, el debido proceso⁴⁴, prohibición de tortura⁴⁵.
- Algunas normas respecto a las relaciones diplomáticas y consultares (no determinadas individualmente)⁴⁶.
- Normas de Derecho Internacional Humanitario⁴⁷.
- Normas que garantizan los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas⁴⁸.

Sin embargo, las normas contenidas en esta lista deben tomarse como ejemplos hasta el pronunciamiento de la *comunidad internacional de Estados en su conjunto*. Recordemos que “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” son un medio auxiliar

para la determinación de las reglas de derecho⁴⁹, por lo tanto, éstas ayudarían a reconocer si estamos ante una costumbre pero no configuran una costumbre internacional universal en sí mismas, al igual que no configuran un tratado multilateral que contengan una norma de *jus cogens*.

Lo anterior no apunta a que éstas no existan, sino que su afirmación deberá hacerse en el plano jurídico más que en el político. Las normas de *jus cogens* deberán ser probadas en cada caso concreto, primero probando su existencia como, por ejemplo, costumbre internacional y posteriormente los elementos de las mismas (estudiados en el punto 1). No bastará sólo mencionarlas políticamente para que estas tengan un efecto jurídico.

4. Conclusiones

Las normas de *jus cogens*, son nada más que eso normas. Sin embargo cuentan con un “revestimiento” especial, por el cual no pueden ser contrariadas por ninguna otra disposición de derecho internacional, que generarán la nulidad de los tratados que se le opongan y permitirá que Estados y Organizaciones Internacionales no directamente afectados puedan reclamar judicialmente su cumplimiento, pero cuya determinación no es todavía pacífica.

41 Reconocida también por la Corte Internacional de Justicia, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) République Démocratique du Congo c. Rwanda*) Arrêt du 3 février 2006.

42 Algunos miembros de la CDI. Draft Articles on the Law of the Treaties with commentaries (1966), Op. Cit. p. 248 (para. 3). respecto a la libre determinación de los pueblos, según DALLIER y PELLET, implícitamente se puede ver reconocido este derecho en el laudo del Tribunal Arbitral que determinó la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal (1989); DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 206

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de Agosto de 2002; párrafo 101.

44 Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia del 21 de setiembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne*, caso No. T-306/01

45 Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Prosecutor c. Furundjiza* (1998), Cámara de los Lores *Caso Pinochet* (1999), Corte Europea de Derechos Humanos, *Al-Adsani c. Reino Unido* (2001, p. 26), citado por: DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 207.

46 CIJ. Caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán. Orden del 15 de diciembre de 1979, p. 20; citado por DALLIER, Patrick y PELLET, Alan. Op. Cit. p. 207.

47 CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Opinión Consultiva del 8 de Julio 1996.

48 Comisión de Arbitraje de la Conferencia Europea para la Paz en Yugoslavia, Opinión No. 10 del 4 de Julio de 1992, citado por CASSESE, Antonio. Op. Cit. p. 207.

49 Artículo 38.1.d. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.