

Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo

The rules of ius cogens: Absence of Catalog

RECIBIDO EL 27 DE AGOSTO 2012 / ACEPTADO EL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2012

Florabel QUISPE REMÓN

Profesora de Derecho Internacional
Universidad Carlos III de Madrid
fquispe@der-pu.uc3m.es

Resumen: En el presente trabajo se abordan las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) desde sus orígenes y analiza su desarrollo, a lo largo de las más de cuatro décadas desde su positivización en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a través de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina. Teniendo en cuenta la inexistencia de un catálogo de estas normas que nos permita identificar con claridad cuáles son, se pretende mostrar los rasgos que las caracterizan, los requisitos necesarios para su consideración como tal. Finalmente mencionar algunas normas cuya existencia y reconocimiento como normas de *ius cogens* hoy en día son indiscutibles.

Palabras clave: *ius cogens*; normas imperativas; Convención de Viena; derechos humanos; corte internacional de justicia.

Abstract: The present work deals with peremptory norms of general international law (*ius cogens*) from its origins and analyzes its development over more than four decades since its positivization in the Vienna Convention on the law of treaties, through the practice of States, international jurisprudence and doctrine. Taking into account the absence of a catalogue of these rules allow us to clearly identify which ones are, is intended to show the traits that characterize them, the requirements for consideration as such. Finally, I refer to certain rules whose existence and recognition as *ius cogens* norms are today undisputed.

Key words: *Ius cogens*; peremptory norms; Vienna Convention; human rights; international court of justice.

Resumé: Cet article aborde le sujet des normes imperatives de droit international général (*ius cogens*) en analysant son développement depuis ses origines, au long de plus de quarant années a partir de sa positivisation dans la Convention de Viena sur le Droit de Traités, à travers de la pratique des États aussi bien que de la jurisprudence internationale et la doctrine. En prenant compte du manque d'un catalogue de ces normes, qui aurait permit de les identifier avec clarté, on essaiera de montrer les traits qui caractérisent ces normes, les exigences qu'elles doivent remplir pour permettre de les qualifier comme *ius cogens*, et, pour finir, on fera mention à quelques normes dont son caractère de *ius cogens* est indiscutable au temps present.

Mots clés: *Ius cogens*; norms imperatives; Convention de Viena; les droits de l'homme; Cour Internationale de Justice.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL ORDEN INTERNACIONAL. 1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 2. Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos (2001). III. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*. 1. El papel de la Comisión de Derecho Internacional en 1969 y en 2001. 2. En la doctrina. 3. En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. IV. CARACTERÍSTICA, CONTENIDO Y JERARQUÍA DEL *IUS COGENS*: APROXIMACIÓN A UN CATÁLOGO. 1. Rasgos que caracterizan a las normas de *ius cogens*. 1.1. Inderogabilidad. 1.2. Imperatividad. 1.3. Reconocimiento por la comunidad internacional. 1.4. Irretroactividad. 1.5. Mutabilidad. 1.6. Universalidad y respeto de la persona humana. 1.7. Normas minoritarias. 2. Contenido y jerarquía de las normas de *ius cogens*. V. ALCANCE, EFECTOS Y PROTECCIÓN DEL *IUS COGENS*. 1. Ámbito de aplicación del *ius cogens* y límite a la voluntad del Estado. 2. Efectos de su violación: responsabilidad internacional. 3. Efectividad en la protección de los derechos humanos: el papel de los órganos de protección. VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en 1969, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV69) aludiera en el art. 53 a las normas imperativas de derecho internacional general, se han escrito y dicho muchas cosas sobre éstas. En pleno siglo XXI nadie duda de la importancia de su reconocimiento y respeto para el logro de una convivencia en paz, así como en el respeto de la dignidad humana. Pero es también cierto que, transcurridos más de cuarenta años desde su positivización, no existe un catálogo de dichas normas, que nos permita, con exactitud y seguridad, saber cuáles son, y no existe un instrumento jurídico internacional que señale qué normas son de *ius cogens*.

Dada esta situación, es importante conocer en que consisten estas normas, cuál es el mecanismo a seguir para considerar una norma como de *ius cogens*, y quién o quiénes determinan que una norma sea de *ius cogens*, además de saber en qué medida esta ausencia de catálogo repercute en su efectividad y desarrollo. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto mostrar brevemente la positivización de esta figura jurídica en el derecho internacional y su evolución a lo largo de estas cuatro décadas, para luego establecer un «catálogo».

En este sentido será indispensable remontarnos hasta los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹ para conocer el contexto en el que se incluye su estudio y posterior reconocimiento en el proyecto de la CV69; paralelamente analizar la jurisprudencia internacional sobre esta cuestión, sin dejar de lado el aporte de la doctrina. Esto nos permitirá obtener un «catálogo», en ningún caso cerrado, más bien básico, de cuáles son las normas que gozan de tal categoría, así como conocer el papel que desempeñan los Estados, la doctrina jurídica y la jurisprudencia internacional en su desarrollo.

¹ Por cuanto ha sido este órgano el que se encargó de elaborar y presentar el Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados e incluyó el art. 50, que quedó finalmente como el 53, que en su aprobación no sufrió grandes modificaciones por parte de los Estados. Cfr. *Annuaire de la Commission du droit international* (1996), A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 vol. II, pp. 269-271.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL ORDEN INTERNACIONAL

1. *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)*

Este instrumento jurídico es el que por vez primera alude a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) cuando en su art. 53² señala:

«Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»³.

Ya en sus orígenes, la CDI presagió lo difícil que sería contar con un catálogo de estas normas, al señalar que el enunciado de este artículo no está exento de dificultades, por cuanto no existe ningún criterio sencillo que permita identificar una norma de Derecho internacional general como norma de *ius cogens*. En lo que sí incidió fue en señalar que la mayoría de las normas generales de Derecho internacional no tienen tal naturaleza y los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados. Por ello, como señala Carrillo Salcedo, sostener que un tratado es nulo si sus disposiciones fuesen contrarias a una norma de Derecho internacional general sería ir demasiado lejos. Ni sería correcto decir que una disposición de un tratado tiene carácter de *ius cogens* únicamente

² La Corte Internacional de Justicia antes de la positivación de las normas de *ius cogens*, ya hacía referencia a ciertos principios generales y bien reconocidos, llamados consideraciones elementales de humanidad aplicables aún más en tiempo de paz que en guerra. Cfr. Caso Estrecho de Corfú (Reino Unido vs. Albania), *I.C.J. Reports*, 1949; y posteriormente la Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, *I.C.J. Reports*, 1951.

³ Este artículo al igual que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su integridad, constituyen el resultado de un largo y arduo trabajo iniciado por la CDI en 1949. Véase: *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly. Planning for the codification of international law: survey of international law with a view to selecting topics for codification (A/CN.4/Rev.1), Revision of the provisional list and priority of topics, Draft Declaration of the Rights and Duties of State, en <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1949_v1_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1949_v1_e.pdf)>.

porque las partes hayan estipulado excluir toda excepción a dicha disposición, de suerte que cualquier otro tratado incompatible con esa disposición sería nulo⁴. Así, en palabras de la Comisión, no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de *ius cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto⁵.

La aprobación de la Convención de Viena, incluido este artículo, es el producto final de un trabajo que se desarrolló durante veinte años. No obstante, como es de verse el art. 53, no establece qué derechos o cuántos derechos constituyen las normas de *ius cogens*, situación que, desde luego, dificulta su identificación⁶ y por ende su aplicación efectiva en la protección del ser humano, así como su cumplimiento real por parte de los Estados individualmente considerados. Justamente, esta imprecisión hizo que durante su aprobación no contara con una aceptación unánime de los Estados⁷, ya que para algunos, como Francia, comprometía la soberanía e independencia de los Estados.

⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, 1969, p. 207.

⁵ *Idem*, p. 208.

⁶ La CDI en el comentario que realizó al art. 50 del Proyecto de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, pese a que se trataba de una tarea difícil, señaló como ejemplos algunos derechos que tendrían la condición de *ius cogens*. Véase en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (1966), pp. 247-249, en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf>.

⁷ El Gobierno de Luxemburgo mostró su desacuerdo a la inclusión del tema, sosteniendo que no podía hablarse de criterios superiores a los del acuerdo de los Estados, siendo perturbadora toda inclusión de nociones provenientes del Derecho interno. Turquía señaló que tratándose de un concepto valioso en lo teórico, sería inviable su aplicación práctica. El gobierno británico se mostró partidario de una aplicación muy restringida del concepto; y el norteamericano solicitó se arbitraran debidamente los cauces por los que pudiese llevarse a la práctica, único medio posible de que fuera aceptable. Aceptaron el principio del *ius cogens*, pero solicitando una mayor precisión terminológica o conceptual los Gobiernos de Israel, Holanda y Uruguay. Para el delegado de Suiza el citado artículo no podía ser sino «una fuente de incertidumbres». Para Francia admitir las normas de «*ius cogens*» sin garantías de aplicación e interpretación (que no existen en el Convenio) suponía introducir en las relaciones internacionales inestabilidad e incertidumbre jurídicas a cambio de una noción de cierto valor ético, pero carente de seguridad jurídica. Para esta delegación, como para otras, esta situación comprometía la independencia y soberanía de los Estados, particularmente la de los más débiles. Admitirlas supondría un cheque en blanco y esto no puede ser aceptado por los gobiernos. Fue ampliamente aprobado y apoyado por Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Ecuador, Ghana, Guatemala, Hungría, Indonesia, Irak, Italia, Marruecos, Panamá, Filipinas, Polonia, Rumanía, España, Siria, Tailandia, Venezuela, Yugoslavia. Y también por Portugal, Argelia, Chipre, Ucrania, y URSS, si bien dando un matiz político a sus argumentaciones. Ver comentarios en: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (1966), A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, pp. 20-24, en <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_)

También en el seno de la doctrina se advierten posiciones divergentes sobre el *ius cogens*, una mayoría apuesta por su existencia, su desarrollo e importancia en la existencia de un consenso mínimo sobre los valores esenciales de la comunidad internacional que limitan el poder del Estado⁸, y otros manifiestan su oposición, fundamentalmente por la falta de claridad en su contenido. Sus opositores se muestran renuentes a su existencia, eficacia y efectividad en el cumplimiento de su propósito⁹.

Lo que sí queda claro del art. 53 es que las normas imperativas no admiten acuerdo en contrario, salvo que exista otra de la misma naturaleza, en tanto que, como dice Mariño, se trata de un caso de nulidad absoluta *ab initio* que excluye toda divisibilidad de las disposiciones del tratado y respecto a la cual la aquiescencia (y la renuncia al derecho a alegarla) queda asimismo excluida¹⁰. En definitiva, son normas que se imponen sobre la voluntad soberana del Estado¹¹.

La condición de norma imperativa de derecho internacional no implica que todos los Estados reconozcan tal naturaleza, porque, a pesar de que el art. 53 establece el reconocimiento por parte de los Estados de la comunidad internacional en su conjunto, ello no significa la totalidad de los Estados. La práctica ha demostrado que para el reconocimiento de una norma con el

v2_e.pdf>; además véase: GÓMEZ ROBLEDO, A., *El ius cogens internacional, Estudio histórico-crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 37-51; MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público, Parte General*, Trotta, 1999, pp. 328-329; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público, I. Principios fundamentales*, Tecnos, 1987, pp. 64-66; FERRER SANCHIS, P. A., ob. cit., pp. 763-780; DE LA GUARDIA, E. y DELPECH, M., *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970, pp. 421-430.

⁸ Dentro de los autores que aceptan y apuestan por las normas de *ius cogens*, entre muchos otros, se encuentran Verdross, Virally, Morelli y Verosta, Tunkin, Brownlie, Dupuy, Suy, Abi-Saab, Kolb. En España, entre otros, Carrillo Salcedo, Villán Durán, Gutiérrez Espada, Remiro Brotons, Miaja de la Muela, Mariño Menéndez, Casado Raigón, Fernández Liesa, Pastor Ridruejo.

⁹ Weil, Schwarzenberger, Nisot, Guggenheim, véase MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al derecho internacional público*, ob. cit., p. 82.

¹⁰ MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional*, ob. cit., p. 329.

¹¹ La CDI al realizar el comentario sobre el art. 50 del Proyecto sobre el Derecho de los tratados señaló: cada día es más difícil para los Estados sostener que todas las normas pueden ser arbitrariamente discutidas o ignoradas en sus acuerdos, por el simple consentimiento de los Estados. De ahí que en la tarea de codificación del derecho de los tratados debía partirse de la existencia de ciertas normas de las cuales los Estados no pueden prescindir de modo alguno por arreglo convencional y que sólo pueden ser modificadas por otra norma del mismo carácter. Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas (A) 6309. Revisión 1. *Anuario de la CDI*, vol. II (1966), Comentario al art. 50.

estatus de norma imperativa es suficiente el apoyo de algunos Estados, cuya presencia en el mundo sea «importante e influyente». De lo que se trata es que sea una norma aceptada por un amplio número de Estados, incluidos todos los Estados y grupos de Estados más significativos, aunque hay que señalar que ningún Estado tiene veto al respecto¹², por lo que la oposición aislada de un Estado no impediría el otorgamiento de la condición de imperativa¹³.

Como su propio nombre indica, son normas de Derecho Internacional General. Así, resulta importante en su determinación la repercusión para la comunidad internacional y no regional¹⁴. En consecuencia su existencia genera obligaciones *erga omnes* y no se limita al ámbito regional. Es un derecho elemental por la naturaleza especial del objeto que protege, y por tanto se torna en una exigencia en el mundo. Esta situación hace que se ubique en la cúspide del orden jurídico internacional. No hay que olvidar que la protección de los valores esenciales e inherentes a la dignidad humana siempre será elemental en cualquier «rincón» del planeta.

Además del art. 53, hay otros artículos referidos a las normas imperativas en la CV69. Es el caso del art. 64 que establece que las normas de *ius cogens* están «por encima de todas» las normas en el derecho internacional, por lo que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará [...] [pero estas] normas nuevas de *jus cogens* carecen de efectos retroactivos¹⁵. En este caso el tratado termina pero los derechos y obligaciones basados en él solo resultarían nulos en la medida en que sean contrarias al nuevo *ius cogens*.

¹² MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 329. En el mismo sentido GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Hacia un compendio de derecho internacional público*, Barcelona, DM, 1991, p. 149; y BROTONS, A., *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 66. Reitera en REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, p. 25. Este último cuando se refiere a la comunidad internacional, mencionada por la CDI, dice que se trataría de las grandes potencias (los más poderosos) y las grandes mayorías (los más numerosos) dentro de los grupos geográfico-políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su liderazgo.

¹³ Véase la Conferencia de Naciones Unidas sobre derecho de los tratados, 1º sesión, 1968, pp. 513 y 514.

¹⁴ Hay algunos autores que hacen referencia a la existencia de un *ius cogens* regional o un *ius cogens* en el seno de una organización internacional como la Unión Europea.

¹⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público*, ob. cit., 1999, p. 336. La CDI señaló que en la elaboración del art. 53 no se planteó que esta tuviera efecto retroactivo. Véase el Proyecto del Artículo sobre el derecho de los tratados..., en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 248, en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf>.

Por otro lado, el art. 66.a de la CV69 reconoce un procedimiento alternativo para el arreglo de controversias, y específicamente para aquellas en materia de *ius cogens*, al exponer: «*que 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*». De este modo, los Estados involucran al máximo órgano jurisdiccional a nivel internacional para, en su caso, determinar cual o cuales son normas de *ius cogens*, y autorizan a cualquiera de las partes en una controversia respecto a la aplicación o la interpretación del orden legal referido al *ius cogens* acudir ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). A día de hoy, ningún Estado ha planteado una controversia basada en este artículo.

Finalmente, la CV69 en el art. 71 establece las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, dependiendo de si el tratado es nulo en virtud del art. 53 o es nulo y termina en virtud del art. 64. En el primer caso los Estados deberán eliminar las consecuencias de todo acto que se haya llevado a cabo sobre la base de una disposición que esté en oposición con la normativa imperativa de derecho internacional general, y hacer que las relaciones mutuas sean acordes a las normas imperativas de derecho internacional general; y en el segundo, la terminación del tratado eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado, y no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; no obstante, esos derechos, obligaciones o situaciones jurídicas podrán mantenerse siempre y cuando no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general. Tal y como se desprende tanto del último apartado del art. 53 como del art. 64, el *ius cogens* implica una noción jurídica evolutiva. Su eficacia ofensiva, por otra parte, no se reduce a los tratados sucesivos que se le opongan sino que, además, en virtud del art. 64, sus efectos van a tener un carácter retroactivo respecto de los tratados ya existentes»¹⁶.

¹⁶ CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del *ius cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», en *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005, p. 344.

En el reconocimiento y avance del Derecho internacional y, por lo tanto, en el del *ius cogens*, los Estados juegan un papel trascendental. Son los que unilateral y voluntariamente crean y reconocen los instrumentos jurídicos en el Derecho internacional, obligándose a cumplirlos. La relevancia del consentimiento del Estado es innegable en el proceso de positivización del Derecho internacional, que al mismo tiempo constituye el fundamento de la jurisdicción internacional, que siempre es voluntaria y no existe más que en la medida en que los Estados la hayan aceptado¹⁷.

Si bien es cierto que en 1969 los Estados dan un paso importante al reconocer la existencia de normas imperativas, que no admiten acuerdo en contrario, que están por encima de su voluntad, también es cierto que dejan un vacío muy grande al ser una disposición tan etérea.

Con todo, hay que señalar que, al reconocer esta categoría, los Estados crean una pirámide en el Derecho Internacional, en cuya cúspide se encuentran las normas imperativas cuyo valor es superior a las demás normas porque recogen los valores esenciales de la comunidad internacional que está fundamentado en la idea de humanidad. Se trata, decía Antonio De Luna, «de necesidades de orden moral, económico, político, etc., indispensables para la existencia misma de la sociedad internacional y, por consiguiente, imperiosas y absolutas; el Derecho internacional no puede desconocerlas, pues acaban por imponerse o desaparece la sociedad internacional; representan el mínimo jurídico que la comunidad internacional, en un momento dado, considera esencial para su existencia y constituyen por ello el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven imponen al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos»¹⁸. Sin duda, se trata de normas esenciales en la sociedad cuyo desarrollo permitirá la mayor protección del ser humano. Recordemos que hoy en día sólo unas cuantas normas son consideradas imperativas, sólo unas cuantas son interés de la comunidad internacional en su conjunto. La tarea de determinar que derechos más merecen ser considerados como tal, se deja en manos de los Estados

¹⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado...*, ob. cit., p. 153.

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, 1984, pp. 204-205 (reimpresión 1985), en igual sentido CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba, 1991, p. 11. El documento completo donde Antonio de Luna hizo dicho comentario puede verse en: A/CN.4/SR.684 de 21 de mayo de 1963. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, párrs. 58-66, en <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr684.pdf>.

y del órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas. En este contexto hay que dejar claro que la voluntad de los Estados es imperante respecto a las normas de carácter dispositivo mientras que las normas imperativas están por encima de su voluntad.

Desde la positivización de esta figura jurídica, limitada al Derecho de los Tratados, han transcurrido más de cuatro décadas y hoy su ámbito de aplicación traspasa el derecho de los tratados. También ha sido recogido en el art. 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales*¹⁹, con el mismo contenido del art. 53 de la CV69; en 2001 en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos; y en 2006, se advierte un estudio, sobre la jerarquía normativa en derecho internacional: el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto, en el informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*²⁰. Todos estos instrumentos hacen referencia a las normas imperativas de derecho internacional general, pero ninguna establece un catálogo y seguimos sin conocer exactamente con cuantas normas de carácter imperativo cuenta hoy en día la comunidad internacional.

2. *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos (2001)*

Elaborado por la CDI en 2001²¹ el proyecto hace mención a las normas de *ius cogens*. El capítulo V de la primera parte de este Proyecto al re-

¹⁹ Tratado de 21 de marzo de 1986. Es un Tratado que complementa la Convención de Viena de 1969 respecto a los acuerdos entre Estados y Organizaciones internacionales, o entre estas organizaciones entre si. Aún no ha entrado en vigor porque espera la ratificación de 35 Estados, conforme al art. 85 del propio tratado.

²⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, A/CN.4/L.682, Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, pp. 190-236. Informe elaborado por Martti Koskenniemi.

²¹ Cuyos antecedentes se remontan a 1949, cuando la CDI en su primer periodo de sesiones, al diseñar su programa de trabajo eligió 14 materias, entre ellas el derecho de los tratados y la responsabilidad de los Estados, entre los temas que, a su juicio, eran idóneos para la codificación. Los trabajos se iniciaron en 1956 con F. V. García Amador como Relator Especial, no lográndose ningún avance bajo su gestión. En 1962 se creó una subcomisión presidida por Roberto Ago quien recomendó a la CDI centrarse en «la definición de las normas generales de la responsa-

coger las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento²², establece en el art. 26, que ninguna de estas circunstancias pueden invocarse si ello contradice una norma imperativa de derecho internacional general. Las circunstancias que excluyen la ilicitud no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa de derecho internacional general. Así, un Estado que adopte contramedidas no podrá apartarse de una norma de tal naturaleza; «un genocidio no podrá justificar otro genocidio; ni el estado de necesidad podrá excusar la violación de una norma imperativa»²³, no es admisible la comisión de ilícitos de lesa humanidad bajo el argumento de las causas excluyentes de ilicitud, como la legítima defensa.

Además del art. 26 el capítulo III de la segunda parte del Proyecto de la CDI se refiere, exclusivamente, a las «violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general». Establece ciertas consecuencias de determinados tipos de violaciones del derecho internacional, en función de dos criterios: primero, entrañan violaciones de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general; segundo, las violaciones de que se trata son en sí graves, considerando su escala o su carácter²⁴. De este modo se incluyen las normas de *ius cogens* en el ámbito jurídico de la responsabilidad internacional de los Estados. El proyecto deja claro que, no todas las violaciones de los derechos humanos constituyen violaciones graves ni acarrear la misma responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y, el tratamiento a las violaciones de las normas imperativas es especial.

bilidad internacional del Estado». Para un estudio exhaustivo sobre el trabajo de la CDI en el Proyecto sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, véase la obra de CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, Dykinson, 2004; además véase los informes anuales de la CDI: *Yearbook of the International Law Commission of the ninth session, June 1957*, A/CN.4/Ser.A/1957/vol. I y II, A/CN.4/106; *Yearbook of 1958*, vol. II, A/CN.4/111; *Yearbook of 1959*, vol. II, A/CN.4/119; *Yearbook of 1960*, vol. II, A/CN.4/125; *Yearbook of 1961*, vol. II, A/CN.4/134; *Yearbook of 1969*, vol. II, A/CN.4/217; etc., hasta el último informe aprobado por la CDI en su 53º periodo de sesiones, llevado a cabo del 23 de abril al 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, mediante el cual se aprobó el texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Yearbook of 2001*, A/CN.4/SER.A/2001, en <<http://www.un.org/law/ilc/index.html>>.

²² Se reconocen seis circunstancias, que excluyen la ilicitud de un comportamiento, el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad.

²³ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., p. 231.

²⁴ *Idem*, p. 289.

En el capítulo III el art. 40 se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. La violación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable²⁵. Entre los factores que permiten establecer la gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma; la intensidad de la violación; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas.

También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala²⁶. Este artículo se refiere directamente a la violación de obligaciones que emanan de normas imperativas, porque, «si algo claro define a la norma de *ius cogens* es el estar relacionada con obligaciones que son esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional»²⁷.

Por otro lado, el art. 41 establece las consecuencias jurídicas de dicha violación. Éstas se traducen en que los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del art. 40; ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del art. 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación; y este 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. Esta última deja abierta la posibilidad de aplicar otras consecuencias establecidas en las normas internacionales. En sentido estricto estos artículos no establecen, propiamente, las consecuencias de la violación sino más bien los medios para poner fin.

²⁵ Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. En cambio, el término «flagrante» se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza flagrante que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma. Esos términos no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. Véase el Informe de la CDI, 53º período de sesiones..., ob. cit., en el Comentario 8 al art. 40, p. 308.

²⁶ *Idem*, p. 295.

²⁷ CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del *ius cogens*...», ob. cit., p. 348. En igual sentido ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», en *Anuario de Derecho Internacional* (1995), pp. 5-21.

Los Estados asumirían obligaciones jurídicas frente a la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general. Para la magnitud de la violación, que constituiría atentar contra una norma de *ius cogens*, las consecuencias establecidas en el art. 40 son exiguas por no decir inexistentes, no establece una sanción «ejemplar» al Estado violador de una norma de *ius cogens*. Sorprende, como señala Gutiérrez Espada, que la CDI no haya previsto en los arts. 40 y 41 del Proyecto final un dispositivo obligatorio, imparcial y, preferiblemente, vinculante²⁸. Aunque también hay que señalar, que lamentablemente, la coercibilidad del Derecho Internacional en general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular, la falta de instituciones y normas para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados por violaciones de derechos humanos, pese a estar respaldados por las normas de *ius cogens* es aún una tarea pendiente, un reto por alcanzar. Su eficacia en la aplicación práctica sigue siendo un punto débil del Derecho internacional. Además de que la responsabilidad agravada que establece el proyecto de la CDI, es aún *soft law*.

No obstante, no se puede desmerecer el gran trabajo realizado por la CDI y la importancia del Proyecto, que por vez primera, establece la responsabilidad internacional del Estado por la violación grave de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general. Mediante este proyecto se individualiza la responsabilidad del Estado por la violación de una norma de *ius cogens*, yendo su aplicación más allá del contexto de los tratados que establece la Convención de Viena. Los trabajos de la CDI, en palabras de Casado Raigón, ponen de manifiesto que el *ius cogens* juega un importante papel como elemento corrector, como factor de filtro, como techo que debe observarse tanto en la constitución y en el contenido de toda relación jurídica de responsabilidad internacional²⁹.

La existencia de normas imperativas de derecho internacional general constituye un límite a la voluntad soberana del Estado por proteger valores fundamentales de la comunidad internacional. Tal es así que la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad de un Estado, establecida en el art. 45 del Proyecto de la CDI del 2001, no es aplicable tratándose de normas de *ius*

²⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, n° 1 y 2 (2001), p. 25.

²⁹ CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens...*, ob. cit., p. 2, reiterado en CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del *ius cogens*...», ob. cit., p. 347.

cogens por cuanto esa violación afecta al interés de la comunidad internacional en su conjunto, ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado lesionado excluye la expresión de ese interés a fin de garantizar una solución conforme al derecho internacional³⁰. Un Estado no puede dispensar a otro de la obligación de cumplir una norma imperativa, por ejemplo en relación con el genocidio o la tortura, por medio de un tratado ni de otro modo. Sin embargo, al aplicar algunas normas imperativas, el consentimiento de un Estado determinado puede ser pertinente. Por ejemplo, un Estado puede consentir válidamente la presencia militar extranjera en su territorio para un fin legítimo³¹.

Desde cualquier punto de vista, con sus limitaciones, el Proyecto de la CDI es un gran avance en la evolución del Derecho Internacional, y especialmente en la protección de los intereses de la comunidad internacional. Pero la plasmación de este Proyecto en un instrumento jurídico internacional vinculante para todos los Estados depende única y exclusivamente de la voluntad política de los Estados, caso contrario, por desgracia, seguirá en el letargo como lo viene haciendo en estos últimos once años.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

No hay duda que las normas de *ius cogens* forman parte del ordenamiento jurídico internacional, pero desafortunadamente, por su generalidad, no es posible advertir cuál o cuáles son estas normas. No existe un catálogo elaborado por la CDI, por la jurisprudencia de la CIJ, ni un único y uniforme catálogo por parte de la doctrina jurídica.

Por ello, en esta parte del trabajo se intentará identificar aquellas características o elementos que se requieren para que un derecho adquiera la naturaleza de norma imperativa de derecho internacional conforme a la interpretación de la CDI, la doctrina y la jurisprudencia.

El art. 53 es genérico y sólo permite reconocer estas normas teniendo en cuenta la existencia de un tratado o su posterior aparición que sea contraria a las normas de *ius cogens*. Para ello no hace más que mencionar que la norma imperativa es aquella, *aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede*

³⁰ Comentario 4 al art. 45 de la CDI.

³¹ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., p. 232.

ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, así como mencionar los efectos que producen los tratados que atentan contra ésta. Es muy difícil deducir de este concepto lacónico el o los mecanismos que se deben adoptar para dar a una norma la condición de *ius cogens*. Pero al parecer lo que sí queda claro es la exigencia de un consenso general de los Estados, y no necesariamente de todos los Estados, para su identificación.

1. *El papel de la Comisión de Derecho Internacional en 1969 y en 2001*

La CDI ante la imposibilidad de precisar cuál o cuáles son esas normas de *ius cogens* dejó que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales³². No obstante, la CDI en 1966 al hacer el comentario al art. 50, sobre el que se elaboró el art. 53 de la Convención de Viena, señaló algunos ejemplos de los tratados que violarían este artículo por ser contrario al *ius cogens*: a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional, y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar. Otros miembros de la CDI igualmente mencionaron, como ejemplos, los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de libre determinación³³.

Empero, en el Proyecto del 2001, la CDI en el tercer comentario al art. 40, manifestó que no era apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que hace referencia el texto del propio art. 40, como tampoco se hizo en el texto del art. 53 de la CV69³⁴. Pero si deja claro que las obligaciones a

³² Cfr. Comentario al art. 50 en *Anuario de la CDI*, vol. II (1966), pp. 247-249, en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf>. Esta parece la manera correcta de proceder según, también, el Grupo de Estudio de la CDI, presidido por Martti Koskenniemi, *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.682 del 13 de abril de 2006, párr. 376.

³³ Comentario 3 al art. 50 en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pp. 247-249, en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf>.

³⁴ Asamblea General, *Informe de la CDI 2001...*, ob. cit., p. 305. En 1976, la CDI aprueba la propuesta del Relator Ago sobre crimen internacional, la que en 1986 fue el, tan mentado, art. 19 del Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La CDI consideró que la violación grave de normas de importancia fundamental para la comunidad

que se refiere este artículo dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíbe lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales³⁵.

No obstante a su negativa de dar ejemplos, la CDI en el Proyecto 2001 expresó: «*se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa*». Esto corrobora, por ejemplo, el comentario de la CDI a lo que fue el art. 53, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua* y la posición de la propia CIJ en ese asunto. Así, según la CDI parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al art. 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el apartheid. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Convención de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones»³⁶.

La CDI señala que es aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el art. 1 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 16 de diciembre de 1984³⁷. El carác-

internacional en su conjunto, reconocidos como tales por ésta, constituían hechos internacionalmente ilícitos específicos llamados crímenes internacionales, que se distinguían del resto de los hechos ilícitos, los delitos internacionales. Así la agresión era la violación grave de la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y constituía un crimen internacional; prohibir por la fuerza a un pueblo colonial su derecho de libre determinación era un crimen por ser una violación grave de la norma que consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos coloniales; atentar contra la salvaguardia del ser humano (como el genocidio, la esclavitud o el apartheid), violación grave de la norma que consagra la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales; y la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, dado que puede calificarse de la violación grave de las normas que consagran la salvaguardia del medio ambiente humano. Véase, una amplia información sobre la desaparición en el actual Proyecto de la CDI de los términos Crimen y Delito, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final...», ob. cit., pp. 11-48.

³⁵ CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., p. 293.

³⁶ Comentario 4 al art. 40, en CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., pp. 293-294.

³⁷ La definición del crimen de tortura hoy encontrada en dos de las Convenciones contra la Tortura coexistentes (la de Naciones Unidas de 1984 art. 1, y la Interamericana de 1985, art. 2) deben su contenido a la propia jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

ter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales³⁸. Si se toma en cuenta que la CIJ ha definido en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua* como «inconculcables» las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados, también parecería estar justificada su consideración como normas imperativas. Lo mismo sucede con la obligación de respetar el derecho a la libre determinación que hizo mención en el asunto *Timor Oriental*³⁹. Desde luego, conforme al art. 64 de la CV69 la posibilidad del nacimiento de otras normas que tengan este carácter está latente.

Estos ejemplos o mejor dicho la relación de derechos que la CDI considera de *ius cogens*, basado en la voluntad de los Estados, la jurisprudencia o instrumentos jurídicos internacionales, constituyen un cimiento importante en la construcción del contenido de esta figura jurídica internacional.

Sin embargo, transcurridas más de cuatro décadas desde la aprobación de la CV 69, aún la CDI sigue sosteniendo que los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes y que no existe un criterio determinado⁴⁰. El art. 53 de la CV69 no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino que haya

³⁸ El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la exYugoslavia (*Trial Chamber II*), en el caso A. Furundzija, N° IT-95-17/1, sentencia de 10 de diciembre de 1998, Sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *ius cogens*. Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos. Tal prohibición absoluta de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*; la naturaleza del *ius cogens* de esta prohibición la torna en «uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional», incorporando «un valor absoluto del cual nadie debe desviarse». Cfr. voto razonado de juez Cançado Trindade en la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr.69. También recogido por el Grupo de Trabajo de la CDI en *Fragmentación del derecho internacional...*, ob. cit., párr. 374.

³⁹ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., p. 294.

⁴⁰ En el informe del Grupo de Estudio de la CDI realizado en el año 2006, presidido por Martti Koskeniemi, *Fragmentación del derecho internacional...*, ob. cit., párr. 357, se establece que el problema de cómo identificar el *ius cogens* no es fácil de resolver *in abstracto*. Como señalan la mayoría de los comentaristas, el problema no es que no haya una sola lista autorizada de normas de *ius cogens*, sino que no hay acuerdo acerca de los criterios para incluir normas en esa lista. El punto de partida debe ser la formulación del propio art. 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto».

sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas a las que se les ha reconocido la naturaleza de *ius cogens*. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan al derecho de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación⁴¹. A ello se sumarían la prohibición del uso ilícito de la fuerza y las garantías judiciales. Ésta última es reconocida como pieza elemental en la protección de los derechos reconocidos, en los diversos instrumentos jurídicos internacionales, como derecho instrumental para garantizar el disfrute de derechos sustantivos no derogables, pero la CDI no lo ha considerado expresamente en sus ejemplos como una norma de *ius cogens*. Hay que recordar, empero, que algunos miembros de la CDI al hacer el comentario al art. 50 de la Convención de Viena, como hemos señalado, mencionaron como ejemplo que constituiría una violación de este artículo, los tratados que violen los derechos humanos. Siendo ello así, y dado que el debido proceso es un derecho fundamental, podría considerarse como el primer guiño a la inclusión de este derecho dentro de las normas de *ius cogens* por parte de la CDI⁴².

2. *En la Doctrina Jurídica*

Si bien no existe en la doctrina un catálogo uniforme de estas normas hasta la fecha, muchos han hecho suyas lo señalado por la CDI, pero siempre puntualizando la dificultad en su identificación. Autores como Kelsen que han afirmado la validez de las normas imperativas en materia de tratados, también ha reconocido la dificultad de precisar cuáles son⁴³. En cambio otros se han decantado por elaborar una relación de aquellas que consideran tienen la ca-

⁴¹ Véase el Comentario 5 al art. 26 del Proyecto de la CDI en el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53º período de sesiones, Asamblea General, Documentos oficiales, Suplemento N° 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, pp. 216-217.

⁴² Sobre el análisis del debido proceso como norma de *ius cogens* véase mi trabajo *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 449-576.

⁴³ KELSEN, H., *Principles of international law*, Nueva York, 1966, p. 483.

lidad o el estatus de *ius cogens*, teniendo en cuenta los derechos mencionados por la CDI, los principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la jurisprudencia de la CIJ o los instrumentos jurídicos internacionales de los derechos humanos y derecho internacional humanitario. Así Brownlie en su obra de 1966 señaló como normas de *ius cogens* las que prohíben la guerra de agresión, el genocidio, el comercio de esclavos, la piratería, otros crímenes contra la humanidad, y el principio de la autodeterminación. Posteriormente en 1998 incluyó la prohibición del uso de la fuerza, y el principio de la no discriminación racial⁴⁴, tomando en cuenta la jurisprudencia de la CIJ.

En este contexto de identificación, Carrillo Salcedo señala que «la justificación de la prohibición de toda derogación a una norma imperativa de Derecho internacional general por acuerdo de voluntades entre los Estados soberanos, podría contribuir a una mejor determinación de qué norma de Derecho internacional positivo contemporáneo tienen carácter de *ius cogens*. Tal prohibición está justificada, como han observado los profesores Virally y Verdross, en las siguientes hipótesis:

1. *Normas de Derecho internacional general destinadas a proteger intereses de la comunidad internacional*: así, la prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza, y la caracterización del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio por el Tribunal Internacional de Justicia, en su dictamen sobre la validez de ciertas reservas a dicho Convenio;

2. *Normas de Derecho internacional que por su valor ético tienen carácter imperativo*: así las reglas de Derecho internacional relativas a los derechos humanos y a la autodeterminación de los pueblos y, en especial, las inspiradas por propósitos humanitarios, respecto de las que el Tribunal Internacional de Justicia sostuvo, en su sentencia relativa al asunto del Estrecho de Corfú, que tenía carácter absoluto;

3. *Reglas de Derecho internacional que, como la contenida en el artículo 49 del Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados elaborado por la CDI, tratan de proteger contra las desigualdades de hecho de los Estados en su poder de negociación*.

Tomando en cuenta estos aspectos Carrillo Salcedo, en 1969, señaló que los principios de Derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*, por

⁴⁴ BROWNLIE, I., *Principles of public international law*, first edition, Oxford, 1966, pp. 417-418 y fifth edition, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 514-517.

responder al mínimo jurídico esencial que la Comunidad Internacional precisa para su pervivencia en cuanto tal, así como a las necesidades morales de ese tiempo, son los siguientes:

1. La igualdad de *status* jurídico de los Estados y el principio de no intervención;
2. La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales;
3. El principio de autodeterminación de los pueblos; y
4. La existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, no tanto a través de pomposas declaraciones políticas como por medio de reglas procesales que garanticen en la práctica aquellos derechos fundamentales»⁴⁵. La justificación planteada por Carrillo Salcedo apoyándose en Virally y Verdross es muy acertada y viable por cuanto esta tiene como base a la dogmática jurídica y al desarrollo jurisprudencial; pero respecto a los derechos fundamentales no deja claro si se incluyen a todos o algunos de los derechos fundamentales.

Como se puede observar, no existe un catálogo uniforme ni un acuerdo sobre las normas imperativas de derecho internacional general y aún los mecanismos para su determinación constituyen un problema. Pero sí es cierto que la base sobre la que se construye la identificación de estas normas han sido los ejemplos de la CDI, los principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas y lo establecido por la CIJ. Por ello, haciendo uso de lo que señaló Gutiérrez Espada, se puede decir que si bien resulta de extrema importancia identificar dichas normas o al menos ponerse de acuerdo sobre los cauces capaces de calificarlas e identificarlas, ni lo uno ni lo otro se han alcanzado aún⁴⁶. En suma, podemos decir que existe unanimidad básica en la doctrina sobre las normas de *ius cogens*, pero muchas discrepancias al momento de calificarlas.

⁴⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado...*, ob. cit., 1969, pp. 214-215. Tras la sentencia de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*, Carrillo Salcedo coloca en primer lugar los derechos fundamentales de todo ser humano por estimar que la referencia a la persona era prioritaria, además de imprescindible y fundamental, ya que en ella radica el único fundamento posible del orden internacional, así como el gran principio civilizador de que el poder está al servicio del hombre, que es un ser de fines y no un mero instrumento. Cfr. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 151.

⁴⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Hacia un compendio de derecho internacional...*, ob. cit., p. 149.

3. *En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*

La jurisprudencia internacional en el ámbito universal ha sido y es muy cautelosa y limitada en lo que se refiera a las normas de *ius cogens*. Sus pronunciamientos destacan la importancia de estas normas, sin embargo no señalan expresamente cuáles son. Los precedentes en la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados son muy limitados y ello constituye uno de los aspectos más delicados del problema: uno, por el riesgo de que los Estados pretendan decidir unilateral y discrecionalmente qué es y qué no es Derecho internacional imperativo para evitar las obligaciones internacionales adquiridas voluntariamente; dos, por el peligro de quedarse en una definición exclusivamente formal de la noción de *ius cogens* internacional, con lo que afirmar la existencia de este tipo de normas en Derecho Internacional equivaldría a plantear el problema más que resolverlo⁴⁷. Para evitar esto, convendría un papel más protagónico de la CIJ en la identificación de estas normas, reconociendo expresamente algunos derechos que protegen intereses de la comunidad internacional y que estén inspirados en el respeto de la persona humana y su dignidad. Es difícil encontrar una sentencia de la CIJ donde reconozca a un derecho, de modo categórico y como una invocación propia, el estatus de norma de *ius cogens*.

Si bien la CIJ no especifica cuál o cuáles son estas normas, no ha vacilado en invocar en ciertas decisiones nociones como: «elementales consideraciones de humanidad», «principios que obligan a los Estados al margen de todo vínculo convencional», «los intereses de la humanidad en general», la idea de «misión sagrada de civilización», y «carácter fundamental»⁴⁸, siempre destacando su superioridad frente a otras normas, pero en ningún caso menciona las palabras mágicas «*ius cogens*» de *motu proprio*. El papel que desempeña este órgano jurisdiccional es muy importante, pero su contribución al desarrollo del *ius cogens* podría ser mayor si se enfrentara de modo directo a este «problema» teniendo en cuenta los rasgos que le caracterizan.

A día de hoy a través de la jurisprudencia, al igual como sucede con la CDI y con la doctrina, no se ha llegado a determinar cuál o cuáles son las

⁴⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional en un mundo...*, ob. cit., p. 205.

⁴⁸ *Idem*, p. 205, en igual sentido CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens...*, ob. cit., p. 36. Además véase el informe del Grupo de Estudio de la CDI, *Fragmentación del derecho internacional...*, ob. cit., pp. 377-379.

normas que no admiten acuerdo en contrario, y su aporte ha sido limitado en el desarrollo de dichas normas, razón por la que recibió críticas. En la misma línea que Carrillo Salcedo, Casado Raigón también ha señalado que desde el asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ aún reconociendo alguna que otra vez el carácter imperativo de ciertas obligaciones (*asunto de los rebenes norteamericanos en Teberán*)⁴⁹, no ha seguido en la línea de contribuir significativamente a la definición del *ius cogens*⁵⁰. No obstante aclara que esta actitud cicatera de la Corte, no significa que dude en algún momento de la existencia en derecho internacional de normas jurídicas superiores a la voluntad de los Estados⁵¹.

Sin duda el papel en la interpretación de los instrumentos jurídicos internacionales, como es la Convención de Viena, que realiza la CIJ, considerando los cambios actuales de la sociedad, es vital en el desarrollo del derecho internacional en general. Los tiempos cambian, al igual que las necesidades y el derecho, y esto justifica que un acto considerado legal de antaño hoy constituya una violación del *ius cogens*. La interpretación de la jurisprudencia y la voluntad política de los Estados permitirán el desarrollo de estas normas y el cumplimiento de su objetivo, su razón de ser, preservar los valores más fundamentales de la comunidad internacional, con base en la idea de humanidad.

Al hacer referencia a la jurisprudencia de la CIJ no se puede dejar de mencionar una de las sentencias más representativas de este órgano en lo que al *ius cogens* se refiere, la del 5 de febrero de 1970, en el caso *Barcelona Traction*, que establece:

«En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los Derechos en cuestión, todos los Estados tienen un interés jurídico de protegerlos, las obligaciones en cuestión son obligaciones erga omnes». Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y normas relativos a

⁴⁹ Como la inviolabilidad de las misiones diplomáticas y consulares y de sus agentes. Sentencia de la CIJ de 24 de mayo de 1980.

⁵⁰ CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del *ius cogens*...», ob. cit., p. 344.

⁵¹ *Ibidem*.

los Derechos Fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial»⁵².

Por vez primera la jurisprudencia deja clara la obligación de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, obligaciones denominadas *erga omnes*, teniendo en cuenta la importancia de los derechos. Incluye dentro de estas obligaciones, la prohibición de los actos de agresión, de genocidio, y de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos la prohibición de la esclavitud y la discriminación racial⁵³. Ello ha permitido deducir a la CDI que el Estado que infringe una de estas obligaciones compromete su responsabilidad, no sólo frente al Estado que la sufre directamente, sino también frente a los otros miembros de la comunidad internacional, lo que legitimaría a cualquiera de ellos para exigirla⁵⁴. Así lo señaló la CDI en el art. 48 del Proyecto de 2001⁵⁵ (invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado).

⁵² I.C.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) Judgment of 5 February 1970*, párrs. 33 y 34. No obstante, hay que señalar que la CIJ de una manera implícita ya vinculaba a la prohibición del genocidio con la obligación *erga omnes* (Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio del 28/05/1951). Otra decisión en la que se advierte esta posición es en el Caso sobre la Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Objeciones Preliminares) de 11 de julio de 1996, párr. 31.

⁵³ Unos meses después de la sentencia en el asunto *Barcelona Traction*, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la *Declaración relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados* de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (La Carta), conocida como resolución 2625 (de 24 de octubre de 1970). Los Estados hasta este momento se regían por los principios de la Carta (capítulo I de la Carta, arts. 1 y 2) y consideraron que los grandes cambios políticos, económicos, sociales y el progreso científico que han tenido lugar en el mundo desde la aprobación de la Carta, hacen que adquieran mayor importancia estos principios y la necesidad de aplicarlos en forma más efectiva en la conducta de los Estados en todas las esferas. Bajo estos fundamentos se aprobaron los siete principios, que desarrollan aquéllos de la Carta: la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la 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; el arreglo de las controversias por medios pacíficos; la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta; la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta; la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos; la igualdad soberana de los Estados; el cumplimiento de buena fe por parte de los Estados de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta.

⁵⁴ REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 64.

⁵⁵ 1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la

Posteriormente la CIJ en otra de sus sentencias, muy comentada, hizo referencia a la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Señaló que los EE.UU, al colocar minas en las aguas internas o territoriales de Nicaragua, infringieron las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no usar la fuerza contra otro Estado, no intervenir en sus asuntos, no violar su soberanía y no interrumpir el comercio marítimo pacífico. La CIJ concluyó que ambas partes opinaban que los principios relativos al uso de la fuerza incorporados a la Carta de la ONU correspondían, en lo esencial, a los que existían en el derecho internacional consuetudinario⁵⁶. La CIJ no sostiene que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*, lo que sí hace es destacar que en los distintos trabajos de la CDI se recoge esta prohibición como *ius cogens* y así es aceptada por ambas partes.

Por otro lado, en el *asunto de Timor Oriental* dijo que «la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal y como evolucionó a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene carácter *erga omnes*, es irreprochable»⁵⁷. Así, reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación como un derecho oponible a todos los Estados.

Este año, la CIJ, se ha pronunciado sobre el *ius cogens* vinculado con la inmunidad de jurisdicción, y señaló que la violación por parte de un Estado de una norma de *ius cogens* no afecta a la obligación de otros Estados de respetar su inmunidad de jurisdicción. Afirma que las reglas de *ius cogens* no colisionan con la inmunidad del Estado dado que se vinculan a cuestiones distintas. Ante tal decisión el Juez Cançado Trindade manifestó que un abismo separa la opinión mayoritaria de la suya y emitió su voto disidente señalando que la inmunidad de jurisdicción debió subordinarse a la naturaleza de *ius cogens* de

protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. 2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable: a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30; y b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada (...).

⁵⁶ I.C.J., *Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, párrs. 184-190.

⁵⁷ I.C.J., *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, p. 102, párr. 29.

las normas violadas por el Estado, sin tener en cuenta si la primera regla era de procedimiento y las segundas eran aplicables al fondo, y destacó que la Corte al insistir en una «deconstrucción» del concepto *ius cogens*, desconocía el despliegue de sus efectos, que le parecía lamentable dada la necesidad de proteger a los seres humanos frente a violaciones graves y de permitirles acceder a la justicia⁵⁸.

Tanto la doctrina jurídica como la CIJ han ido dando pinceladas a propósito de las normas de *ius cogens*, pero transcurridas más de tres décadas desde la entrada en vigor del instrumento internacional que lo recogió no existe un catálogo único de estas normas y, probablemente, no existirá si no se establecen las pautas necesarias y claras para su reconocimiento. Esta apertura encuentra su justificación en el dinamismo del derecho internacional, cuya evolución y adaptación es acorde a las necesidades, exigencias y existencia misma de la sociedad⁵⁹.

La doctrina internacionalista coincide en señalar algunos derechos que tienen el estatus de *ius cogens*. De una u otra forma, en el seno de los Estados, hay una coincidencia de la gran mayoría de estos alrededor de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, desarrollados por la resolución 2625. Si bien la Declaración se reserva afirmar expresamente el carácter imperativo de los principios que la integran, pero los califica de básicos, e insta a todos a que se guíen por ellos, considera que su observancia es de la mayor importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas⁶⁰. A

⁵⁸ I.C.J., *Jurisdictional Immunities of the state (Germany v. Italia: Greece intervening)*, Judgment of 3 february 2012.

⁵⁹ Un ejemplo es la legalidad antaño del comercio con personas y hoy su prohibición es considerada norma de *ius cogens*; asimismo otros derechos que eran considerados de *ius cogens* hoy no lo son. Es probable, decía Kelsen, que la derogación convencional del principio de la libertad de los mares, fuera estimada nula por un tribunal internacional. Véase en *Principles of international law*, ob. cit., pp. 506-507. Para Míaja de la Muela en cambio el principio de la libertad de los mares, que ha sido norma de *ius cogens* durante siglos, ha perdido este carácter, porque se admiten pactos y aún actos internacionales en contrario, ante una nueva realidad como es la posibilidad de utilización de los recursos naturales del lecho y del subsuelo del mar, MIAJA DE LA MUELA, «*Ius cogens* y *ius dispositivum* en derecho internacional público», en *Estudios jurídicos sociales. Homenaje al profesor Luis Lagaz Lacambra*, vol. II, Santiago de Compostela, 1960, pp. 1141-1146.

⁶⁰ REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 69, el mismo criterio en *Derecho internacional*, ob. cit., 1997, p. 26. En igual sentido GONZALES CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2002, p. 113; y TUNKIN, G., para quien todos los principios fundamentales del Derecho Internacional General forman parte del *ius cogens*, en *Droit international public*, París, 1965, p. 100.

ello sumamos, los reconocidos por la CIJ, pese a su poca claridad, y los ejemplos mencionados por la CDI.

No obstante, hay que precisar que no se debe confundir automáticamente, al *ius cogens*, con los principios que integran el sistema normativo básico o común del Derecho Internacional Público. De una parte pueden existir normas imperativas que no formen parte de esos principios fundamentales, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud.

En pleno siglo XXI nadie duda del carácter de *ius cogens* de ciertas normas, aunque en la práctica, en ocasiones, su violación no ha recibido una sanción ejemplarizadora: prohibición del uso ilegítimo de la fuerza; prohibición de esclavitud, la piratería, la agresión, el genocidio, discriminación racial; delitos contra la humanidad y tortura; la igualdad de los Estados, el derecho a la libre determinación de los pueblos; en la que se incluiría, teniendo en cuenta su importancia y desarrollo, algunos elementos del derecho al debido proceso, que incluye el derecho a un juicio imparcial y la presunción de la inocencia, en el marco del derecho a un juicio con las garantías debidas⁶¹. Además, algunos autores ubican dentro de este grupo de normas, al principio que declara como patrimonio común de la humanidad a la Zona internacional de Fondos Marinos reconocido por el Convenio sobre Derecho del Mar (1982)⁶². Con

⁶¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones otorgó la naturaleza de *ius cogens* a determinadas normas. Un amplio análisis véase en mi obra *El debido proceso en el derecho internacional...*, ob. cit., pp. 497-576.

⁶² PASTOR RIDRUEJO, J. A. y CARRILLO SALCEDO, J. A. en GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Hacia un compendio de derecho internacional...*, ob. cit., p. 152. El Convenio Sobre el Derecho del Mar en el art. 136 establece que la Zona y sus recursos constituyen patrimonio común de la humanidad y en el art. 311.6 establece que los Estados convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el art. 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio. Y según lo dispuesto en el art. 53 CV 69, cabe pensar que las circunstancias de adopción de la Convención sobre el derecho del Mar suponen un reconocimiento por el conjunto de la comunidad internacional del carácter de *ius cogens* del principio relativo al carácter de la zona internacional de los fondos marinos como patrimonio común de la Humanidad. La Convención fue aprobada en Nueva York el 30/04/1982 por 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones y que, además, de las explicaciones de voto resulta que muy pocos de los votos contrarios o de las abstenciones fueron motivados por oposición al régimen convencional sobre la zona internacional de los fondos marinos. El origen del párrafo 6 del art. 311 de la Convención está en una propuesta de la delegación de Chile tendente a consagrar *expressis verbis* el carácter de *ius cogens* del patrimonio común de la humanidad aplicado a la zona internacional de los fondos marinos. Ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 2001, p. 45, en igual sentido CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en un mundo...*, ob. cit., pp. 210-211.

todo, no existe ninguna lista universalmente admitida sobre estas normas actualmente existentes. Por lo demás, tampoco, se ha podido establecer, por acuerdo de todos, un «mecanismo» general capaz de determinar en caso de duda esa naturaleza⁶³.

En suma, la identificación de las normas de *ius cogens*, a través de un mecanismo claramente establecido por la jurisprudencia y/o por los Estados es aún una quimera, al igual que la redacción de una lista que incluya estos derechos. Pero lo importante no sólo es la identificación de estas normas sino su reconocimiento y cumplimiento real por parte de la comunidad internacional en su conjunto. Porque no siempre el reconocimiento legal de un derecho, ni siquiera de un derecho imperativo, implica automáticamente su eficacia y efectividad. En todo ello el papel de la jurisprudencia es elemental, además de ser el órgano encargado de sancionar su incumplimiento.

IV. CARACTERÍSTICAS, CONTENIDO Y JERARQUÍA DEL *IUS COGENS*: APROXIMACIÓN A UN CATÁLOGO

1. Rasgos que caracterizan a las normas de *ius cogens*

De lo analizado hasta este punto, se desprende que resultan indiscutibles algunos rasgos característicos de estas normas, como inherentes al respeto de la dignidad humana y por ende aplicables a todos y en todas partes, los que pasamos a desarrollar.

1.1. Inderogabilidad

Si bien los Estados desempeñan un papel importante en el reconocimiento de estas normas, a través de su voluntad, cuando se trata de renunciar o derogar su voluntad es limitada. Son derechos que no admiten acuerdo en contrario, salvo que se trate de otra norma que tenga la misma naturaleza y siendo así la nueva norma reemplaza a la anterior, y son inderogables.

La CDI, en el *Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, reitera el carácter inderogable de las normas de *ius cogens*. El art. 26 establece que «ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud

⁶³ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Hacia un compendio de derecho internacional...*, ob. cit., p. 154.

de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general». No se puede invocar ninguna de las seis circunstancias excluyentes de la ilicitud si contradice una norma imperativa de derecho internacional general.

No obstante a esta característica inherente que resulta de su propia naturaleza imperativa, hay que señalar que ello no significa que todas las normas inderogables sean de *ius cogens*, pues mediante estipulación expresa inter partes puede acordarse la inderogabilidad de una norma y, como es obvio, tal circunstancia no implica estar de forma necesaria ante una norma de carácter imperativo. Es el caso del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece *en caso de conflicto entre obligaciones contraídas por los Estados Miembros en virtud de la Carta y obligaciones en virtud de otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones de la Carta*.

1.2. Imperatividad

La violación de las normas de *ius cogens* automáticamente trae como consecuencia la nulidad absoluta del tratado transgresor en su integridad. Es una norma de carácter obligatorio para todos los Estados, al margen incluso de su voluntad, y no admite acuerdo en contrario. Así, conforme al Proyecto de la CDI, la violación grave de una norma imperativa constituiría la comisión de un hecho ilícito internacional.

Si bien la imperatividad constituye una de las características del *ius cogens*, en la práctica el cumplimiento y respeto de todas las normas incluidas éstas, depende de cada Estado. En ocasiones, su incumplimiento no es sancionado por la comunidad internacional con la rigurosidad que se debe, debido al «poder» de los Estados infractores. Como ejemplos podemos señalar, el caso del derecho a la libre determinación de los pueblos (Sahara), el uso ilegítimo de la fuerza (Irak) y la violación a las garantías judiciales (Guantánamo).

1.3. Reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto

Es la característica «más importante» en su reconocimiento por cuanto está mencionada taxativamente en el artículo 53 de la CV69.

Como se ha venido señalando a lo largo del trabajo, el reconocimiento de esta característica no exige la unanimidad, sino el consenso de los Estados

«más grandes e importantes» no por su extensión geográfica sino fundamentalmente por ser una potencia económica. Probablemente no sea el camino más adecuado en la formación de estas normas, pero con un toque de realismo es imposible pretender dar otra versión. La práctica, lamentablemente, demuestra quienes «mandan» en el mundo y que el Derecho internacional no es ajeno a los intereses políticos. Justamente, los Estados «poderosos» económicamente se encuentran entre los que más infringen el derecho internacional.

1.4. Irretroactividad

Según el art. 53 de la CV 69, las normas de *ius cogens* no son retroactivas, actúan sobre tratados que nacen con posterioridad a su vigencia. Pero en caso de que fuese la norma imperativa la que surgiera posteriormente al tratado, conforme al art. 64 de este instrumento jurídico internacional, el tratado se convertirá en nulo y terminará. La eficacia ofensiva del *ius cogens* no se limita a los tratados sucesivos que se le opondan (objeto del art. 53), sino que además, en virtud del art. 64, sus efectos van a tener un carácter retroactivo respecto de los tratados ya existentes (o, en general, respecto del Derecho positivo anterior al surgimiento de la norma imperativa)⁶⁴. En el caso del art. 64 la vigencia del tratado se da hasta el momento en que surge una norma imperativa, por ende los efectos del Tratado producidos hasta ese momento son válidos.

La aplicación de las normas de *ius cogens* trasciende el ámbito del derecho de los tratados. A pesar de que las dos Convenciones de Viena consagran la función del *ius cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas imperativas del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva* (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). Hoy, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extrajudiciales, y de des-

⁶⁴ CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens...*, ob. cit., p. 17

aparición forzada de personas, prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad, condenadas por la consciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados⁶⁵.

1.5. Mutabilidad

Tal y como se viene observando desde su reconocimiento jurídico y desarrollo durante más de cuarenta años, estas normas tienen una característica fundamental, es que son mutables conforme a la evolución y a las necesidades de la comunidad internacional. Si antaño era legal traficar con personas hoy en día constituye una prohibición absoluta por tratarse de una norma de *ius cogens*. Este carácter abierto posibilita, en aras de una mejor protección de la persona, el reconocimiento de nuevas normas que limiten el poder del Estado y a la vez imposibilita su determinación.

El art. 53 y especialmente el art. 64 señalan su carácter mutable al prever la posibilidad de la creación de nuevas normas imperativas de derecho internacional general.

1.6. Universalidad y respeto de la persona humana

La universalidad implica que todos los derechos que forman parte del *ius cogens* constituyen una obligación jurídica por parte de los Estados en cualquier lugar del mundo, por la importancia de los intereses que protege. En pleno Siglo XXI, abiertamente, no hay Estado que niegue expresamente su reconocimiento, aunque la práctica, demuestre situación diferente.

Su reconocimiento universal se dio paralelamente a su reconocimiento jurídico internacional, y su aplicación universal se debe a su importancia en el respeto de los valores fundamentales de la persona humana. Allá por los años setenta, Juste Ruiz decía que el ejemplo máximo de reglas jurídicas con imperatividad universal, son las normas de *ius cogens* internacional que no sólo despliegan una eficacia normativa *erga omnes*, sino que excluyen incluso la posibilidad del pacto válido en contrario⁶⁶. Poseen en cualquier caso un

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Blake c. Guatemala, voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 25, de 24 de enero de 1998. En igual sentido en la Opinión Consultiva n° 18, el voto razonado de A. A. Cançado Trindade, párr. 71.

⁶⁶ JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones ‘erga omnes’ en derecho internacional público», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, 1979, p. 227.

ámbito de imperatividad universal que vincula por igual a todos los Estados⁶⁷. Empero, esto no significa automáticamente que todas las normas de Derecho Internacional de ámbito universal sean necesariamente de *ius cogens*.

Esta característica está relacionada con la, ya mencionada, aceptación y participación de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por lógica un Tratado aceptado por la comunidad internacional es aplicable a esa comunidad internacional de Estados en su conjunto y no sólo a algunos sectores o regiones. Más si se tiene en cuenta que estas normas guardan relación con valores jurídicos esenciales de la comunidad internacional, estando profundamente arraigadas a la conciencia jurídica de la humanidad⁶⁸. Son normas internacionales de aplicación universal, ubicadas en la cúspide de las demás normas, cuyo efecto jurídico es la nulidad de una norma contraria a ésta. Son aplicables a todos los Estados y ningún Estado puede considerarse con poderes ilimitados ni exento en su cumplimiento.

En el marco onusiano existen instrumentos, que cuentan con el reconocimiento y aceptación de gran parte de la comunidad internacional, como la Carta de la ONU, cuyos Estados firmantes adquieren grandes compromisos conforme a los propósitos y principios de esta organización. Principios que han sido recogidos y ampliados en Resol. 2625. Muchos de ellos, como la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, son considerados de *ius cogens* por la comunidad internacional, por ende de cumplimiento obligatorio.

1.7. Normas minoritarias

Teniendo en cuenta el marco jurídico de las normas imperativas de derecho internacional general, y la ausencia de mecanismos, objetivos, que permiten identificarlas, el nacimiento de éstas es muy limitado. Desde su reconocimiento jurídico, la comunidad internacional admite la existencia de la jerarquía de normas, y ubica a éstas en la cima e impone el respeto absoluto.

Adquieren la categoría de *ius cogens* sólo algunos derechos, cuya importancia y trascendencia es imprescindible para la existencia misma de la sociedad y el respeto de los valores humanos esenciales. Se trata de un número pe-

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens...*, ob. cit., p. 24.

queño de normas en comparación con las normas de carácter dispositivo, pero son el más importante límite a la voluntad de los Estados. Son normas que se imponen sobre el consentimiento de los Estados en todas las circunstancias.

Siendo ello así, no todas las normas son de *ius cogens*. Si bien existen muchas normas, que protegen valores esenciales, como los derechos humanos, no obstante no todos los derechos humanos tienen naturaleza imperativa. Es la aspiración por alcanzar, ya que ello significaría que todos estos derechos se convertirían en intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

Van Boven al estudiar el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho, señala que los derechos humanos fundamentales con sus criterios distintivos, entrarían ciertamente en el concepto de principios generales, y constituirían normas imperiosas de derecho internacional general (*ius cogens*)⁶⁹. Empero, hay que señalar que existe un catálogo amplio de derechos humanos fundamentales que no necesariamente son considerados normas de *ius cogens* por la comunidad internacional. Siguiendo a Marks, sería falso afirmar que todas las normas de derecho internacional sobre conflictos armados y todos los derechos humanos no derogables tienen el carácter de *ius cogens*⁷⁰. «ni el enunciado de los diversos instrumentos de derechos humanos ni las prácticas de éstos llevan a la opinión de que todos los derechos humanos son *ius cogens*», aunque reconoce que «existe un consenso respecto a que ciertos derechos –el derecho a la vida, el derecho a no ser objeto de tortura o esclavitud– son tan fundamentales que no cabe su derogación»⁷¹. Sin duda, el valor que inspira la existencia del *ius cogens* se sustenta en la defensa de la persona y de su dignidad.

⁶⁹ VAN BOVEN, T. C., «Estudio del derecho internacional positivo sobre derechos humanos», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Karel Vasak, Serbal/Unesco, 1984, p. 163.

⁷⁰ MARKS, S. P., «Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados», en *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 299-301. En igual sentido SIMMA, B. y ALSTON, P., «The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles», en *Australian Yearbook of International Law* (YBIL), 1982, pp. 89-106; VILLÁN DURÁN, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 228; CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligaciones *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), p. 9.

⁷¹ HIGGINS, R., «Derogations under human rights treaties», en *The British Yearbook of international law 1976-1977*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 282; MARKS, S. P., «Principios y normas de derechos humanos...», ob. cit., p. 301.

De hecho no considerar ciertas normas de derechos humanos como normas imperativas con carácter de *ius cogens* sería ignorar los evidentes efectos legales de ciertos instrumentos y el carácter fundamental de varios principios que la comunidad internacional no pone en duda⁷². Así, no se puede conferir el estatus de *ius cogens*, automáticamente, sólo atendiendo el contenido de las normas, ya que no todas las normas de derecho internacional humanitario ni todas las normas de derecho internacional de los derechos humanos son normas de *ius cogens*⁷³. Los distintos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos establecen un grupo mínimo de derechos que reciben un «trato» especial⁷⁴. Dejando en evidencia que no todos los derechos humanos se encuentran igualmente considerados.

2. Contenido y jerarquía de las normas de *ius cogens*

No cabe duda que en Derecho internacional existen normas superiores a la voluntad de los Estados, indispensables para la vida internacional y profundamente arraigadas en la conciencia internacional, que se refieren a los intereses de la comunidad internacional, a los de toda la humanidad, y que, por ello, tiene carácter imperativo⁷⁵. Hay acuerdo generalizado en la existencia de estas normas. No obstante, el desacuerdo sobre su fundamento teórico, su ámbito de aplicación y su contenido sigue tan amplio como siempre. Como ha dicho Aust «*el concepto era un concepto polémico*. Ahora lo que no está claro es su ámbito y aplicabilidad»⁷⁶.

⁷² MARKS, S. P., «Principios y normas de derechos humanos...», ob. cit., p. 301.

⁷³ Para Verdross un grupo importante de normas de derecho internacional general creadas con propósitos humanitarios tienen el carácter de *jus cogens* y otro grupo de normas que tienen este carácter son los introducidos en la Carta (art. 2 y 51). Cfr. «*Jus dispositivum and jus cogens in international law*», en *American Journal of International Law*, vol. 60 (1966), pp. 59-60. En igual sentido AGO, R., «*Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction*», en *134 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. III (1971), p. 324.

⁷⁴ Son los llamados núcleo duro de los derechos humanos. El art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁵ MIAJA DE LA MUELA, A., «*Ius cogens y ius dispositivum en derecho internacional público*», ob. cit., pp. 1121 y ss.

⁷⁶ AUST, A., *Handbook of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 11, en Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (2006), *Fragmentación del derecho internacional...*, ob. cit., párr. 363.

Son normas que carecen de un contenido definido y cerrado, ya que el instrumento jurídico internacional por el que se crea permite el nacimiento de otras normas de esta naturaleza exigiendo previamente la aceptación de la Comunidad Internacional en su conjunto. El desarrollo progresivo de sus normas y la aparición de otras nuevas, son rasgos característicos del ordenamiento internacional, y teniendo en cuenta que el *ius cogens* es parte de éste es imposible contar con un catálogo cerrado. Su desarrollo debe ir en consonancia con la evolución de la sociedad.

A pesar de ello, existe ciertas prohibiciones y algunos derechos considerados de *ius cogens*, reconocidos tácitamente y en algún otro caso expresamente: la prohibición del uso ilícito de la fuerza, la prohibición de la esclavitud y trata de esclavos, la prohibición del genocidio, la prohibición de la agresión, de la discriminación racial y el apartheid, de la tortura, las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados y el derecho a la libre determinación.

Son normas que ocupan un rango superior frente a otras normas de Derecho Internacional. Así, la validez jurídica de las normas dispositivas depende de la conformidad con las normas de *ius cogens*. Ha sido reconocida de este modo en la CV69, posteriormente en la doctrina, en las Organizaciones Internacionales y los órganos jurisdiccionales. Por ello cabe preguntarse si efectivamente ¿constituye un muro infranqueable en la defensa de los intereses de la comunidad internacional?, la práctica ha demostrado que se trata de normas a tener en cuenta y que imponen, pero es también cierto que su violación, dependiendo de la posición del Estado violador o infractor, en el mundo, pasa «inadvertido» por la comunidad internacional. Existen situaciones donde ni los Estados ni las organizaciones internacionales hacen nada para poner fin a la violación, es el caso de Guantánamo y el Sahara.

V. ALCANCE, EFECTOS Y PROTECCIÓN DEL *IUS COGENS*

1. *Ámbito de aplicación del ius cogens y límite a la voluntad del Estado*

Su ámbito de aplicación traspasa el derecho de los tratados, y se extiende a cualquier acto jurídico de derecho internacional general. Son normas de derecho internacional general en tanto que también tienen naturaleza consuetudinaria.

Los Estados desempeñan un papel determinante en el desarrollo del derecho internacional en general y del *ius cogens* en particular. Los instrumentos aprobados por los Estados son los que a su vez limitan el poder de éstos en beneficio de la comunidad internacional. Las dimensiones comunitarias del orden internacional, en efecto, constituyen el fundamento y la razón de ser de la existencia en Derecho internacional de normas jurídicas superiores a la voluntad de los Estados. Normas que se refieren a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y que por ello tiene carácter imperativo, en el sentido de que no pueden ser desconocidas o modificadas mediante acuerdos entre Estados, o a través de actos unilaterales de los Estados, por ser reglas inherentes a la estructura de la sociedad internacional en un momento histórico dado⁷⁷. Es su propia naturaleza la que hace que sus efectos se apliquen sin restricción alguna.

Los instrumentos que se refieren a esta figura coinciden en que constituye el límite a la voluntad de los Estados. El Proyecto de la CDI enuncia circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento, entre ellas las contramedidas. Por otro lado, el art. 50 establece cuatro categorías de obligaciones sustantivas fundamentales que no pueden verse afectadas por las contramedidas: a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de la ONU; b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; y d) otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general. Un Estado lesionado debe seguir respetando estas obligaciones en sus relaciones con el Estado responsable, y no puede aducir una violación por el Estado responsable de sus obligaciones para excluir la ilicitud de cualquier incumplimiento de esas obligaciones. Para la CDI, el respecto al derecho de las contramedidas son obligaciones sacrosantas⁷⁸.

Son los límites que este proyecto reconoce, teniendo en cuenta los valores máximos dentro de toda sociedad. Las contramedidas no afectarán las obligaciones establecidas para la protección de los derechos fundamentales. Para justificar esta situación, la CDI hace referencia al arbitraje en el caso

⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional en un mundo...*, ob. cit., 84, p. 204, en igual sentido MIAJA DE LA MUELA, A., «*Ius cogens* y *ius dispositivum* en Derecho internacional público», ob. cit., pp. 1121 y ss.

⁷⁸ Véase CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión...*, ob. cit., Comentario 1 al art. 50, p. 336.

«*Naulilaa*» donde el Tribunal declaró que para que una contramedida sea lícita «debe estar limitada por las exigencias del humanitarismo y las reglas de buena fe aplicables en las relaciones de Estado a Estado; así mismo señaló que el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 1934, declaró que al adoptar contramedida un Estado debe «abstenerse de cualquier medida de rigor que sea contraria a las leyes de la humanidad y a las exigencias de la conciencia pública»⁷⁹.

Consideraciones que se han confirmado como resultado de la evolución registrada desde 1945 en las normas internacionales de derechos humanos. En particular, en los tratados de derechos humanos donde se determinan ciertos derechos humanos inviolables que no pueden dejarse sin efecto ni siquiera en tiempo de guerra o en otra situación excepcional⁸⁰. También conforme al protocolo de La Haya en 1929 y a los Convenios de Ginebra de 1949 y el protocolo adicional de 1977, se prohíben las represalias contra determinadas clases de personas protegidas y estas prohibiciones gozan de una aceptación muy amplia⁸¹.

La referencia a «otras» obligaciones que emanan de normas imperativas deja claro que el apartado d) no modifica los apartados anteriores, algunos de los cuales abarcan normas de carácter imperativo. En particular, los apartados b) y c) tienen un enunciado que se basta a sí mismo. El apartado d) al reconocer normas imperativas crea obligaciones que no pueden ser objeto de contramedidas por un Estado lesionado.

La prohibición de la aplicación de contramedidas, teniendo en cuenta las obligaciones de prohibición del uso de la fuerza, obligación en materia de derechos humanos y las de carácter humanitario están vinculadas con su carácter de *ius cogens*. Aunque hay señalar que no todos los derechos de los párrafos b y c constituyen normas de *ius cogens*.

2. Efectos de su violación: responsabilidad internacional

La CV 69 deja establecido, que un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general es nulo, o si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado exis-

⁷⁹ *Idem*, p. 337.

⁸⁰ *Idem*, Comentario 6 al art. 50, p. 337

⁸¹ *Idem*, p. 338.

tente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará. En cambio el Capítulo III del Proyecto de la CDI se refiere a las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho Internacional General. Establece ciertas consecuencias de determinados tipos de violaciones del derecho internacional, en función de dos criterios señalados anteriormente.

El art. 41 del proyecto de la CDI establece las «consecuencias», que no son propiamente tales, sino más bien obligaciones de la violación grave de una obligación de una norma de *ius cogens*: los Estados deben de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a la violación grave de una obligación de *ius cogens*⁸²; no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave de una norma de *ius cogens*⁸³, situación que va acompañada de ciertas reservas⁸⁴, ni prestar ayuda o

⁸² Obligación que se aplica a los Estados independientemente de que resulten o no afectados por la violación grave. Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones. Véase el Comentario 3 del art. 41 de la CDI en el Proyecto 2001.

⁸³ Se refiere a la obligación de no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en su conjunto de la legitimidad de situaciones que resultan de violaciones graves. La obligación de desconocer una situación creada por una violación grave se aplica a todos los Estados, incluido el Estado responsable. Ha habido casos en que el Estado responsable ha tratado de consolidar la situación mediante su propio «reconocimiento». Evidentemente el Estado responsable tiene la obligación de no reconocer o mantener la situación ilícita creada por la violación. Consideraciones análogas se aplican incluso al Estado lesionado: como la violación afecta por definición a la comunidad internacional en su conjunto, el hecho de que el Estado responsable obtenga del Estado lesionado una renuncia o reconocimiento no puede impedir que la comunidad internacional tenga interés en buscar una solución justa y apropiada. Esas conclusiones concuerdan con el art. 30 sobre la cesación y quedan reforzadas por el carácter imperativo de las normas en cuestión. Un ejemplo de la práctica del no reconocimiento de hechos realizados en violación de normas imperativas es la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por Irak en 1990. Tras la declaración de Irak de una «fusión total y eterna» con Kuwait, el Consejo de Seguridad en su resolución 662(1990), decidió que la anexión carecía «de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor», y exhortó a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento directo o indirecto de la anexión. De hecho ningún Estado reconoció la legalidad de la pretendida anexión, cuyos efectos quedaron nulos posteriormente. Véase los Comentarios 5, 6, 7, 8 y 9 del art. 41 del Proyecto 2001 de la CDI.

⁸⁴ En la opinión consultiva sobre el asunto de *Namibia*, la CIJ, aún afirmando que la ilegalidad de la situación era oponible *erga omnes* y que esa situación no podía ser reconocida como lícita ni siquiera por Estados que no fueran miembros de las Naciones Unidas, dijo que: «... el no reconocimiento de la administración sudafricana en el Territorio no debería tener por efecto privar al pueblo de Namibia de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional. En particular, aunque las medidas adoptadas oficialmente por el gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en lo que se refiere a Namibia después de la terminación del mandato son ilegales

asistencia al Estado para mantener dicha situación⁸⁵, y otras consecuencias que la violación grave pueda generar según el Derecho internacional⁸⁶. Estas consecuencias se presentan sin perjuicio de las demás consecuencias jurídicas básicas que nacen por los hechos internacionalmente ilícitos⁸⁷.

La CDI ha señalado que no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de esas normas fundamentales. Por ejemplo, en el derecho internacional, no se reconoce el otorgamiento de una indemnización punitiva ni siquiera en relación con violaciones graves de obligaciones que dimanen de normas imperativas⁸⁸. La responsabilidad internacional derivada de la comisión por un Estado de un hecho internacionalmente ilícito ni es civil ni es penal ni va a producir las consecuencias tipo que el Derecho interno adjudica a cada una de las distintas infracciones; se trata simplemente de una responsabilidad internacional de la que se van a derivar unas consecuencias, que pueden ser distintas en función de la violación, pero ni unas ni otras deben ser inconsecuentes con el actual grado de evolución del Derecho internacional o con un desarrollo futuro y posible del mismo⁸⁹.

Las violaciones de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general generan responsabilidad internacional del Estado violador, tal y como se establece en el Proyecto de la CDI. Estas

o nulas, esa nulidad no puede hacerse extensiva a actos como, por ejemplo, el registro de los nacimientos, fallecimientos y matrimonio, cuyos efectos no pueden pasarse por alto salvo en detrimento de los habitantes del territorio. Legal Consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *I.C.J. Reports*, 1971, p. 56, párr. 125.

⁸⁵ No se refiere sólo a la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sino al comportamiento *a posteriori* que presta asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación «oponible a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional.

⁸⁶ La CDI en el Comentario 14 al art. 41 señala que el hecho de que esas otras consecuencias no se mencionen expresamente en el capítulo III, no prejuzga su reconocimiento en el derecho internacional actual, o su desarrollo ulterior. Además, el párrafo 3, refleja el convencimiento de que el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo. Al mencionar ciertas consecuencias jurídicas básicas de las violaciones graves en el sentido del art. 40, el art. 41 no trata de excluir el futuro desarrollo de un régimen más elaborado de las consecuencias que entrañan esas violaciones.

⁸⁷ El art. 28 del Proyecto de la CDI está referido a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, entre ellos la cesación, reparación, restitución, indemnización, satisfacción

⁸⁸ Véase el Comentario 5 al capítulo III del Informe de la CDI 2001, p. 301.

⁸⁹ CASADO RAIGÓN, R., «La responsabilidad internacional resultante de la comisión de un crimen internacional», en *Derecho y Opinión* (1992), p. 110.

violaciones pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. Además todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto⁹⁰.

Existe responsabilidad siempre y cuando el hecho cometido sea un ilícito reconocido como tal, previo a la comisión de los actos. Constituye una garantía del debido proceso la determinación de un hecho, como ilícito, con anterioridad por la ley, así como la determinación del juez o tribunal que conocerá del caso.

En otro orden de cosas, la práctica y la jurisprudencia internacionales son unánimes en este sentido: no existe hecho internacionalmente ilícito y, por consiguiente, no existe responsabilidad internacional cuando la obligación violada no estuviera en vigor respecto al Estado en el momento del comportamiento de éste, incluidas las obligaciones establecidas por normas de *ius cogens*. Al respecto González Campos señala que los términos de la Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1975 no dejan lugar a dudas que previamente esté claramente determinando en la norma internacional los hechos internacionalmente ilícitos⁹¹.

Lamentablemente es aún tarea pendiente, el desarrollo de la coercibilidad del derecho internacional. La aprobación y entrada en vigor del Proyecto de la CDI depende únicamente de la voluntad política de los Estados. En pleno siglo XXI es hora de contar con instituciones y normas para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados por violaciones de las normas imperativas de derecho internacional general y de las demás normas de carácter dispositiva.

3. *Efectividad en la protección de los derechos humanos: el papel de los órganos de protección*

Hoy en día nadie duda de la importancia que tiene en la sociedad el reconocimiento de las normas imperativas, pero es también cierto que, la falta de claridad en la determinación de cuál o cuáles son estas normas y la ausencia de los mecanismos que contribuyan a su efectividad, además del papel difuso,

⁹⁰ Véase el Comentario de la CDI al capítulo III referido a las obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general.

⁹¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de derecho internacional público*, Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 305.

respecto a llamar por su nombre a las normas de *ius cogens*, por parte de la CIJ, el desarrollo de estas normas no han sido en la práctica excepcionales.

Transcurrido muchos años, no parece que haya cambiado tanto la sociedad ni el Derecho internacional. Cuando parecía que el paso más difícil había sido al positivar la teoría del derecho imperativo, hoy el concepto parece una pesa de hielo que puesta en el soleado platillo de una balanza se derrite y evapora⁹². La CIJ aún en estos largos años, desde el reconocimiento legal del *ius cogens*, no ha señalado taxativamente que derechos son de *ius cogens*. Tener un reconocimiento expreso de estos derechos contribuiría a su protección. Es determinante la labor del órgano jurisdiccional en la interpretación de esta norma, ya sea ampliando su contenido en la protección de la persona humana o sancionando ejemplarmente a aquellos Estados que infringen esta norma. Desempeñaría en este sentido también un papel preventivo.

Por otro lado, en la creación, evolución y efectividad de las normas de *ius cogens* desempeñan un papel determinante también los Estados. En realidad la participación de éstos, trasciende el ámbito de las normas imperativas, ya que en el desarrollo y la aplicación efectiva del Derecho internacional en general desempeñan un papel preponderante. Son muchos los instrumentos jurídicos mediante los cuales adquieren compromisos, en ocasiones, porque es políticamente correcto aunque luego no cumplan a cabalidad. Como bien señala Fernández Tomás no es frecuente que éstos se preocupen por el fundamento de las obligaciones internacionales que dicen *acceptar*. Al fin y al cabo, las cumplirán o no según las circunstancias políticas del momento. Si embargo, son precisamente las normas imperativas las que expresan los valores esenciales de la sociedad internacional. Por eso, no basta con proclamar su positivización, sino es preciso su cumplimiento estricto por quienes dicen aceptarlas. Es imprescindible la dación de medidas positivas por parte del Estado, así como el compromiso real y efectivo. En realidad, en conjunto, toda la materia sobre procedimiento contenida en el convenio fuerza a una reflexión realista si bien no forzosamente pesimista, y es que el medio en que se desenvuelve lo jurídico en la esfera de lo internacional no es otro que el político, con lo cual los logros estarán siempre mediatizados y será preciso interpretarlos en función de un juego entre política y derecho⁹³.

⁹² FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad», en *Soberanía del Estado y derecho internacional...*, ob. cit., p. 620.

⁹³ ESPADA RAMOS, M. L., *El Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados*, colección monográfica Universidad de Granada, 1974, p. 37.

Hay que tener en cuenta que el progreso de las normas imperativas de Derecho internacional está en función del desarrollo del fenómeno de Organización Internacional, ya que, en última instancia, es aquí donde se encuentra el más importante factor de transformación del Derecho Internacional⁹⁴. Así, la eficacia de las normas de *ius cogens* requiere una serie de factores a tener en cuenta. No sólo la identificación de qué normas tienen carácter de *ius cogens*, sino también el establecimiento de mecanismos y procedimientos institucionalizados capaces de decidir *cuándo* un acto jurídico (sea éste un tratado o un acto unilateral) o un comportamiento de un estado están en conflicto con una norma imperativa de Derecho internacional, y cuales son las consecuencias jurídicas de tal contradicción⁹⁵.

Además es importante pensar en hacer un seguimiento al cumplimiento de estas normas, ello significaría la existencia de un órgano especial que se encargaría de analizar qué Estados incumplen tales normas y posteriormente, algo que aún resulta imposible hoy en día, un pronunciamiento de la Comunidad internacional a propósito de los incumplimientos. Es importante la coherencia de los Estados entre la prédica y la práctica. No olvidemos que la publicidad es un arma importante en el cumplimiento de los compromisos por parte de los Estados. Recordemos que en teoría, las normas de *ius cogens* son las únicas que generan la obligación jurídica de los Estados y constituyen el límite absoluto a su voluntad.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Más de tres décadas después de la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se puede decir que las normas de *ius cogens* hayan tenido un desarrollo espectacular, ni en la teoría ni en la práctica. Si bien se han ido reconociendo a algunos derechos la naturaleza de normas imperativas de derecho internacional general por parte de la comunidad internacional, también es cierto que se han o se vienen violando aquellos derechos por parte de algunos Estados sin que el derecho internacional pueda sancionar ejemplarmente. Pero es también cierto que el derecho internacional avanza en la lucha contra la violación de los derechos humanos,

⁹⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado...*, ob. cit., 1969, p. 229.

⁹⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los estados y derechos humanos...*, ob. cit., p. 110.

en la que resulta esencial el papel del Estado. Es indispensable otorgarle a los derechos humanos un blindaje especial en su protección, adecuando los mecanismos necesarios para ello. Reconocerle la naturaleza de *ius cogens* a un Derecho humano significa que la comunidad internacional tiene la obligación de protegerlo por cuanto su violación afecta valores básicos de la comunidad internacional como un todo. Una norma pasa a formar parte del interés fundamental de la comunidad internacional, por cuanto se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían⁹⁶.

⁹⁶ *Idem*, párr. 73.