

EL VALOR JURÍDICO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* Y SU ROL EN LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES*

DELFINA CASTRO SAMMARTINO**

Resumen: La presente investigación pretende reflexionar respecto del valor jurídico de las normas de *jus cogens*, sus consecuencias, y su rol en las controversias internacionales. Al efecto se analizan los tipos de normas en el derecho internacional público, los distintos marcos teóricos en base a los cuales se puede fundamentar la existencia de normas de *jus cogens* y las consecuencias de la violación de dichas normas. También se toman dos casos de estudio, uno referido a inmunidad de jurisdicción y otro a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, a los fines de ver cómo los respectivos jueces han tratado con la invocación de normas de *jus cogens* en controversias internacionales. Todo ello nos lleva a concluir que las normas de *jus cogens* o normas imperativas del derecho internacional tienen jerarquía por sobre las normas dispositivas, pero, a pesar de ello, la Corte Internacional de Justicia se ha hecho proceder normas dispositivas por sobre la invocación de violación de normas de *jus cogens*.

Palabras clave: *jus cogens* — consecuencias — jerarquía — valor jurídico — inmunidad de jurisdicción — jurisdicción de la corte internacional de justicia

Abstract: This research aims to reflect on the legal value of *jus cogens* norms, their consequences, and their role in international disputes. To this end, it analyses the types of norms in public international law, the different theoretical frameworks on which the existence of *jus cogens* norms can be based and the consequences of the violation of such norms. Two case studies are also taken, one concerning jurisdictional immunity and the other concerning the jurisdiction of the International Court of Justice, in order to see how the respective judges have dealt with the invocation of *jus cogens* norms in international disputes. All of this

* Recepción del original: 09/09/2020. Aceptación: 17/12/2020.

** Estudiante de Derecho (UBA). El trabajo de investigación fue realizado en el marco del curso de CPO “Fuentes del Derecho Internacional” a cargo de Natalia Luterstein.

leads us to conclude that *jus cogens* norms or peremptory norms of international law have hierarchy over operative norms, but, despite this, the International Court of Justice has had operative norms applied over the violation of *jus cogens* norms invoked in the dispute.

Keywords: *jus cogens* — consequences — hierarchy — legal effect — jurisdictional immunity — jurisdiction of the international court of justice

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo reflexionar respecto del valor jurídico de las normas de *jus cogens* como contraposición al de las normas dispositivas y una vez establecido esto, desembocar luego en el valor jurídico que tienen en el marco de controversias internacionales. Tomando las palabras de Focarelli, resulta inútil hoy en día saber que una norma en el derecho internacional es imperativa si no hay certeza sobre el efecto legal específico que esta caracterización implica.¹ Entonces me pregunto: ¿las consecuencias por su violación son distintas a las de la violación de una norma dispositiva?, ¿el hecho de que se denuncie en el marco de una controversia internacional la violación de una norma que se acepta como *jus cogens* hace una diferencia?

Parecería ser, por un lado, que los tribunales no prestan una especial o diferente atención a las controversias en las que se denuncia la violación de una norma de *jus cogens* y, por otro lado, que en algunos casos no se respetaría la jerarquía que la doctrina mayoritaria acepta que tienen. Tomo mi segunda afirmación, que considero la más relevante, puesto estos casos podrían constituir un problema, ya que parecería contradictorio reconocerle a las normas de *jus cogens* jerarquía en función de la importancia del objeto que protegen y luego, en la práctica, anteponer otras normas por sobre ellas, y me pregunto: ¿de qué sirve que una norma tenga estatus de *jus cogens* si voy a encontrarme con casos en los que no puedo responsabilizar judicialmente a los Estados por su violación?

1. FOCARELLI, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens* Legal Effects", p. 440.

II. LOS TIPOS DE NORMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL CONCEPTO DE *JUS COGENS*

Para poder abordar el presente ensayo es necesario primero establecer con qué normas podemos encontrarnos en el derecho internacional público. Es entendido por una gran cantidad de doctrinarios² que una de las características del derecho internacional público es que se compone de dos tipos de normas. Por un lado, las normas de naturaleza dispositiva –la mayoría de las normas que encontramos en el derecho internacional– que son aquellas creadas por acuerdo de voluntades y que pueden ser excluidas, modificadas o derogadas. Y, por otro lado, las normas imperativas del derecho internacional general o normas *jus cogens*.

El artículo 53 de la Convención de Viena es el que establece qué se entiende por una norma imperativa del derecho internacional general disponiendo que:

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

Además, dispone que los tratados celebrados en oposición a alguna de estas normas serán nulos. El artículo 64, por su parte, nos indica que, ante la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, los tratados existentes que estén en oposición a ella se convertirán en nulos y terminarán.⁴ La nulidad de los tratados que se encuentren en oposición a una norma de *jus cogens* se debe a que la existencia de normas imperativas se basa en intereses comunitarios y está caracterizado por la prohibición de disponer de determinados derechos.⁵

Lo interesante de las normas imperativas del derecho internacional es que vienen a ser una excepción al principio de soberanía. De acuerdo con

2. ROHR, *La responsabilidad internacional del Estado por...*, p.5; GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 84; entre otros.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 53.

4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 64.

5. KADELBACH, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and...", p. 35.

este último, los Estados están únicamente limitados por las normas que hayan creado –convencional o consuetudinariamente– mediando su consentimiento. Si los Estados no consienten una norma, no están obligados por ella. Ahora, el concepto de *jus cogens*, viene a cambiar este paradigma puesto que los Estados estarán obligados por las normas de *jus cogens* incluso aunque no hayan consentido a ellas.

II.A. Otros elementos que caracterizan a las normas de *jus cogens*

Además de los elementos a los que explícitamente refiere el artículo 53, la doctrina y la práctica han enunciado otros que también caracterizan a estas normas⁶ y considero relevante mencionar puesto que hacen a la esencia del concepto. Son elementos que denotan su relevancia y jerarquía dentro del derecho internacional público y aportan a la comprensión del valor de estas normas.

Uno de los mencionados elementos descriptivos que caracterizan a una norma de *jus cogens* es el principio de que las normas de *jus cogens* son universalmente aplicables siendo ellas una excepción a la regla general de que las normas sólo obligan a los Estados que consintieron a ellas por medio de un tratado o los que no objetaron a su formación en caso de una norma consuetudinaria.⁷ Otro elemento, refiere a que las normas *jus cogens* son superiores a las normas dispositivas de derecho internacional. El hecho de que sean normas que no se permite que sean derogadas y capaces de invalidar a otras supone una jerarquía normativa.⁸ Y, el último elemento a mencionar es que, sirven para proteger valores que la comunidad internacional entiende como fundamentales.⁹

Es importante resaltar, que estos no son criterios a tener en cuenta a la hora de investigar e identificar qué normas son concebidas como *jus cogens*, sino simplemente elementos descriptivos que caracterizan

6. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 38.

7. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 42.

8. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 43.

9. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 44.

la naturaleza de una norma de *jus cogens*.¹⁰ Los requerimientos para la identificación de una norma como *jus cogens* son los elementos que deberían estar presentes antes de que una norma pueda ser llamada como una norma de *jus cogens*¹¹ y son aquellos explícitamente mencionados en el artículo 53 de la Convención de Viena.

III. MARCO TEÓRICO: EL FUNDAMENTO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Hay diferentes enfoques teóricos o filosóficos respecto de cuál es la base en la que se fundamenta la existencia de una norma imperativa o *jus cogens*. Las dos teorías principales, como en todo el derecho en general, son el iusnaturalismo y el positivismo. A los efectos de un entendimiento un poco más profundo de las normas *jus cogens* en el derecho internacional haré una referencia a los puntos básicos de cada postura puesto que son los extremos que se suelen ver y adoptar en la práctica judicial.

El iusnaturalismo –sea justificado desde una perspectiva religiosa o moral– parte de la base de que ciertas normas son superiores, lo cual coincide con el hecho de que la existencia del *jus cogens* implica una jerarquía normativa. Entonces la idea de normas superiores en el derecho internacional que están por sobre la voluntad contractual de los Estados es fácilmente explicable desde la idea de un derecho natural.¹² ¿Qué dificultades trae esto? Por un lado, tenemos el problema de la indeterminación, es decir, quién determina el contenido de la norma, cuestión que ha generado amplio debate en el ámbito del derecho internacional público. Por otro lado, un enfoque iusnaturalista choca con el texto de la Convención de Viena puesto que la misma permite que las normas imperativas sean modificadas por otras normas imperativas reconociendo que las normas de *jus cogens* no son inmutables, concepto que es contrario a la teoría pura del iusnaturalismo. Otro problema se da en el requisito que impone el artículo 53, de que las normas que se entienden como imperativas lo sean por reconocimiento

10. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, p. 45.

11. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, p. 15.

12. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, pp. 30-31.

de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, sugiriendo que la voluntad de los Estados tiene un rol relevante a la hora de que exista una norma que se la pueda caracterizar como *jus cogens*.¹³

Los positivistas basan su teoría en la idea de libre albedrío del Estado y el derecho internacional sólo puede ser creado por consenso no aceptando que los Estados sean obligados por reglas a las que no consintieron.¹⁴ Entonces, a ojos de esta teoría, las normas sólo pueden adquirir estatus de *jus cogens* si los Estados así lo consintieron. Ahora, este pensamiento iría en contra de la existencia de normas imperativas en el sentido de que estas no pueden ser derogadas, ni siquiera por el consentimiento o la voluntad de los Estados, salvo que sea modificada por una norma ulterior del mismo carácter. Parece difícil sostener una mirada positivista y que al mismo tiempo existan normas que el Estado no puede modificar por medio del consenso.¹⁵

Se ha llegado a sostener también que la obligatoriedad de una norma imperativa podría entenderse de una interacción entre el iusnaturalismo y el positivismo. Koskenniemi afirma que inicialmente el *jus cogens* parece ser una norma no consensuada puesto que obliga a los Estados independientemente de si prestaron o no su consentimiento. Pero luego, la referencia de que la norma debe ser reconocida por la comunidad internacional en su conjunto la hace una norma consensuada,¹⁶ coexistiendo los argumentos de ambas ideologías.

La diversidad de teorías y posturas es amplia y el debate que suscitan podría comprender todo un trabajo a parte. Entonces, sin pretender inmiscuirme de más en un gran debate filosófico, puesto que en el derecho todo es relativo, todo se puede argumentar de múltiples formas y las ideas que se enuncian van mutando de acuerdo con el estado del mundo al momento de la reflexión, haré una breve reflexión personal al respecto. Por mi parte no me atrevo a defender ni encasillarme exclusivamente en ninguna de

13. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, pp. 31-32.

14. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 32.

15. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 32.

16. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 37.

las posturas puesto que no termino de hallarme completamente en alguna de ellas. A pesar de ello, creo que se podría hablar de la existencia de una cierta "moral universal". Con esto me refiero a que, viendo la evolución del derecho, los Estados han encontrado cada vez más coincidencias que les permitieron afirmar como violatorias ciertas conductas, por ejemplo, el genocidio y la tortura, puesto que a los ojos del mundo en general ellas afectan valores fundamentales por la importancia especial del objeto que protegen: la vida e integridad de los seres humanos. En palabras de Verdross: un análisis realista del derecho nos muestra que todo orden jurídico positivo tiene sus raíces en la ética de una cierta comunidad, que no puede ser entendido aparte de su base moral.¹⁷ Entonces este es un gran motivo que lleva a poder afirmar la existencia de normas imperativas y fundamenta el hecho de que sean pocas, puesto que se requiere el consenso de varios Estados para poder considerar una conducta como *jus cogens* y, teniendo en cuenta la variedad de culturas y religiones en el mundo, las coincidencias no son ni serán muchas. Pero a pesar de las mencionadas diferencias que siempre van a subsistir, creo que es fundamental y muy valioso que existan ciertas normas en materia de derechos humanos que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que obliguen a Estados que no consintieron expresamente. No debemos olvidar que los individuos, a pesar de estar clasificados por el derecho internacional público como sujetos derivados por reconocimiento, son quienes integran al sujeto originario que es el Estado. Si por un momento salimos de la mirada clásica estado céntrica del derecho internacional, podemos recordar que el Estado es los seres humanos que lo componen y sin individuos el Estado no es nada. Por ello, la protección de los derechos humanos —algunos protegidos de forma indirecta por normas de *jus cogens*—¹⁸ es esencial y es, en cierto punto también, una protección del Estado.

17. SHELTON, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*", p. 29.

18. Ejemplos de normas reconocidas como *jus cogens* son: prohibición contra la guerra agresiva, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, los elementos centrales del derecho humanitario y de las convenciones de derechos humanos, el derecho de los pueblos a la autodeterminación y la protección del medioambiente de una degradación severa y duradera. KADELBACK, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and...", p. 27.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE UNA NORMA CON ESTATUS DE *JUS COGENS*

Veamos ahora cuáles son las consecuencias que se derivan de que una norma tenga el estatus de *jus cogens* y en qué se diferencian con las normas dispositivas del derecho internacional.

Una vez que una norma cumple con los criterios identificados en el artículo 53 de la Convención de Viena, esto es, aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y es, en principio, inderogable, emana ciertas consecuencias.

La primera consecuencia legal que se desprende del artículo 53 de la Convención de Viena tiene que ver con la invalidez de los tratados. Esto es, que los tratados que al momento de su celebración estén en oposición con una norma que adquirió el estatus de *jus cogens*, serán nulos. Esta consecuencia se deriva y es un reflejo de la superioridad jerárquica de las normas de *jus cogens* que, por su estatus, enfrentan el principio y elemento fundamental del derecho internacional "*pacta sunt servanda*" al restringir la autoridad de los Estados para concretar ciertos tratados. También tenemos el artículo 64 de la Convención de Viena que prevé la situación de un tratado que, en el momento de su conclusión no estaba en conflicto con una norma de *jus cogens*, pero que luego emerge una nueva norma de *jus cogens* que crea un conflicto y por ello, el tratado se vuelve nulo. Es importante destacar que la nulidad del tratado no es retroactiva, es decir, el tratado de vuelve inválido y nulo únicamente desde el momento en que se establece esta nueva norma de *jus cogens*, sin tener efecto sobre los actos que ya ocurrieron en virtud del cumplimiento del tratado.¹⁹

Las cláusulas de un tratado que devino nulo por ser inconsistente con una norma de *jus cogens* ya existente, no son separables del tratado. Es decir, la posibilidad que prevé la Convención en el artículo 44 de separación de cláusulas por motivos de invalidez, terminación, retiro o suspensión, no aplican al caso del artículo 53. El tratado es totalmente inválido. Sin embargo, el artículo 44 nos indica que esto no es así para el caso del artículo 64 donde se pueden separar ciertas cláusulas y mantener como válidas aquellas que no contravengan a una norma de *jus cogens*.

19. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Third report on peremptory norms of..., p. 15.

Ahora, vamos a las consecuencias específicas que trae la nulidad de un tratado por ser contrario a una norma de *jus cogens*, indicadas en el artículo 71 de la Convención de Viena. El punto 1 del artículo refiere a la nulidad del artículo 53 y establece que las partes deberán:

- a) Eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general, y b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.²⁰

El punto 2 refiere a los casos del artículo 64 e indica que:

La terminación del tratado: a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.²¹

Hasta aquí tenemos las consecuencias previstas en la Convención de Viena en relación con las normas imperativas del derecho internacional.

La última consecuencia por mencionar en relación con tratados es en cuanto a las reservas. La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante "CDI") indica que:

Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) no afectará el carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales.²²

20. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 71.

21. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 71.

22. Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63º de sesiones, p.517, punto 4.4.3.

Y que "una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general".²³

Las normas de *jus cogens* producen efectos, además, en la responsabilidad del Estado. Los artículos del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen algunas consecuencias específicas en caso de la violación de una norma de *jus cogens*. Una de ellas se encuentra en el artículo 26 que establece que las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto no serán aplicables para excluir la ilicitud de un acto contrario a una norma de *jus cogens*.

Por otro lado, en el artículo 41 del mismo instrumento, se enuncian consecuencias particulares que emergen de la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general. Así se establece primero que "los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40"²⁴ y que "ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación."²⁵ Sin perjuicio de las consecuencias particulares, también se aplican las demás consecuencias jurídicas, enunciadas en el proyecto, que nacen de un hecho internacionalmente ilícito.

Es menester recalcar que las consecuencias particulares del artículo 41 están basadas en la relación entre las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.²⁶ Es generalmente aceptado que todas las normas de *jus cogens* tienen efectos *erga omnes*, esto quiere decir que, son obligaciones que los Estados tienen con relación a toda la comunidad internacional y por ello se puede considerar que todos tienen un interés legal en su protección.²⁷ Entonces, el elemento crucial de las obligaciones del mencionado artículo es que extiende la responsabilidad por el incumplimiento de una

23. Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63° de sesiones, p. 517, punto 4.4.3.

24. AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

25. AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

26. Las normas *erga omnes* son normas que, en caso de ser violadas, dan lugar a un derecho general de legitimación –entre todos los Estados sujetos a esas normas– para hacer reclamaciones en el ámbito internacional. BYERS, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens...", p. 211.

27. CIJ, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited".

obligación, es decir, se aplica más allá del Estado que incumplió y el Estado perjudicado por el incumplimiento pudiendo un tercer Estado reclamar el incumplimiento.²⁸

Podemos encontrar que las normas de *jus cogens* producen efectos también en las normas consuetudinarias, en los actos unilaterales y resoluciones de organizaciones internacionales y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.²⁹

Si se hace un paralelismo de lo mencionado supra, con las consecuencias previstas en caso de violación de una norma dispositiva en los mismos ámbitos o instrumentos, se destaca el hecho de que, en el caso de violación de una norma de *jus cogens*, se aplicarán, además de las consecuencias previstas para el incumplimiento de una norma dispositiva del derecho internacional, consecuencias específicamente previstas para el incumplimiento de una norma imperativa, pudiendo afirmar entonces que, en la teoría existen consecuencias distintas en caso de violación de una norma de *jus cogens*.

V. LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La legitimación para determinar la existencia de normas *jus cogens*, ha quedado en manos de los órganos judiciales. Son los jueces internacionales quienes evalúan la formación de la norma consuetudinaria y que su contenido haya sido reconocido y aceptado por la comunidad de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario.³⁰

Es sabido que la Corte Internacional de Justicia se ha cuidado mucho en su jurisprudencia en la utilización de la palabra "*jus cogens*". Sin embargo, ha reconocido en algunas de sus sentencias el carácter de *jus cogens*

28. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), p. 40.

29. Al respecto ver el Tercer reporte sobre normas imperativas del derecho internacional general escrito en el marco de la Comisión de Derecho Internacional por el Relator Especial Dire Tladi.

30. PINTO, "El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional", pp. 3-4. Así como tenemos esta opinión, otros entienden que la facultad de identificar una norma como *jus cogens* parece haberse ampliado más allá de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados a la doctrina jurídica. CONTRERAS-GARDUNO, D. & ALVAREZ-RIO, I., "A barren effort? The jurisprudence of...", p. 116.

de algunas normas como por ejemplo la prohibición del genocidio,³¹ la prohibición de la tortura³² o la prohibición del uso de la fuerza.³³

Por otro lado, puesto que nos encontramos bajo la competencia territorial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es pertinente mencionarla como ejemplo de otro tribunal que a diferencia de la Corte Internacional de Justicia ha sido más laxo con la referencia de una norma como imperativa. Puede afirmarse que ha contribuido mucho a la evolución conceptual del *jus cogens* y al desarrollo de su contenido material. Debe recordarse, igualmente, que la consolidación de determinadas normas como de *jus cogens* en el contexto de un sistema regional debe interpretarse dentro de su propio marco convencional y dentro de su ámbito de aplicación territorial, personal y material.³⁴ Un ejemplo de su criterio más abarcativo puede verse en su Opinión Consultiva número 18 donde ha afirmado que el principio de igualdad y no discriminación reviste carácter de norma imperativa puesto que sobre el mismo se erige todo el andamiaje jurídico tanto en el orden público nacional como internacional y hoy no se admiten conductas jurídicas que lo contradigan.³⁵

Ahora, quiero dejar de lado aquellos casos en los que se alega la violación de una norma de *jus cogens* y que los tribunales declaren admisibles y dictan sobre el fondo. Sobre la base de lo desarrollado en este trabajo, me parece más interesante y relevante enfocarme en aquellos casos en los que ya sea porque prima el principio de inmunidad de jurisdicción o la Corte

31. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", parr. 64: "the same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide...".

32. CIJ, "Questions relating to the obligation to prosecute or extradite", parr. 99: "In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)".

33. GREEN, "Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force", p. 223.

34. ROHR, La responsabilidad internacional del Estado por violación al *jus cogens*, p. 52.

35. PINTO, "El *jus cogens* en la jurisprudencia internacional", pp. 20-21. Otros ejemplos de normas que han sido entendidas como pertenecientes al *jus cogens* son el derecho a la vida, la prohibición contra las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos los derechos, el crimen de desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia, entre otras. CONTRERAS-GARDUNO, D. & ALVAREZ-RIO, I., "A barren effort? The jurisprudence of..." p.121.

Internacional de Justicia no tiene jurisdicción para entender en el caso, el tribunal no se pronuncia respecto a la alegada violación de una norma que se ha aceptado que tiene el estatus de *jus cogens*.

V.A. Caso de estudio: las normas de *jus cogens* y la inmunidad de jurisdicción

Teniendo en cuenta lo visto precedentemente propongo analizar el valor de las normas de *jus cogens* frente al principio de inmunidad de jurisdicción en las controversias internacionales.

El concepto de soberanía es el principio de derecho internacional que motiva a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y se sustenta en el principio de igualdad jurídica soberana de los Estados. Ahora, ¿el hecho de que en una controversia se alegue la violación de normas de *jus cogens* puede hacer ceder dicho principio? La jurisprudencia mayoritaria parecería indicar que no. Hay unos pocos casos en los que se priorizó el estatus de *jus cogens* de una norma por sobre la inmunidad de jurisdicción, pero fueron casos de cortes nacionales que al llegar a la Corte Internacional de Justicia esta afirmó que la inmunidad de jurisdicción debía prevalecer.³⁶

V.A.I. Caso Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)

En el referido caso resuelto por la Corte Internacional de Justicia con fecha 3 de febrero de 2012, la República Federal de Alemania presentó una demanda contra la República Italiana solicitando a la Corte que declare que Italia no había respetado la inmunidad jurisdiccional de la que goza Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se presentaran reclamaciones civiles contra ella ante los tribunales italianos para

36. DIACONU, "Jus Cogens — Developments in International Law". En el caso *Voitotia v. República Federal Alemana* la Corte de Primera Instancia de Leivadia afirmó que los actos perpetrados por Alemania fueron crímenes de lesa humanidad violatorios de las normas imperativas de derecho internacional, por lo que no pueden acogerse a la inmunidad del Estado. Y en el caso *Ferrini v. Alemania*, la Corte de Casación Italiana rechazó la excepción de la inmunidad jurisdiccional del Estado por su inaplicabilidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad, debido a la preeminencia de las normas *jus cogens*, consideradas como superiores.

obtener reparación por los daños causados por las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial. Además, Alemania pidió a la Corte que declarara que Italia también había violado la inmunidad de Alemania al adoptar medidas de coerción contra Villa Vigoni, propiedad del Estado alemán situada en territorio italiano. Por último, Alemania pidió al Tribunal que declarara que Italia había violado la inmunidad jurisdiccional de su Estado al declarar ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania sobre la base de actos similares a los que habían dado lugar a las reclamaciones presentadas ante los tribunales italianos. La República alemana se refirió en particular a la sentencia dictada contra ella en relación con la masacre cometida por las fuerzas armadas alemanas durante su retirada en 1944, en el pueblo griego de Distomo en el caso Distomo.³⁷

Por su lado, Italia sostiene que los actos que dieron lugar a las demandas constituían violaciones graves de los principios de derecho internacional aplicables frente a un conflicto armado, equivalentes a crímenes de guerra y de lesa humanidad. Afirma también que las normas de derecho internacional infringidas por esos actos eran normas imperativas (*jus cogens*). Italia aduce, por otro lado, que, dado que a los demandantes se les habían denegado todas las demás formas de reparación, el ejercicio de la competencia de los tribunales italianos era necesario como medida de última instancia. De hecho, en el juicio oral Italia adujo que los tribunales habían tenido derecho a denegar la inmunidad a Alemania a causa del efecto combinado de los tres factores mencionados supra.³⁸

Resumidamente la Corte concluye que Italia ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de la que goza Alemania en virtud del derecho internacional al: permitir que se interpongan ante sus tribunales demandas civiles fundadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945; al adoptar medidas coercitivas contra Villa Vigoni y al declarar ejecutables en Italia las decisiones de tribunales griegos basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Grecia por el Reich alemán.³⁹

37. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317.

38. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317.

39. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317

El problema que encuentro con este fallo es que se denunció la violación de normas imperativas o *jus cogens*, las cuales según lo visto precedentemente deberían tener jerarquía sobre las demás normas dispositivas del derecho internacional, sean de fuente consuetudinaria o convencional. A pesar de ello, podemos observar en la mayoría de la jurisprudencia al presente una tendencia a hacer prevalecer la inmunidad de jurisdicción del Estado o de funcionarios del Estado por sobre la alegada violación de normas que inequívocamente se acuerda que han adquirido carácter de *jus cogens*.⁴⁰ Además, esto genera la imposibilidad de acceder a la justicia primando la impunidad de actos antijurídicos cuando es lo opuesto lo que debería ocurrir. Las violaciones de normas de *jus cogens* deberían provocar la eliminación de las reivindicaciones de inmunidad del Estado para que se pueda hacer justicia tanto en sede nacional como en sede internacional.

Tampoco puede alegarse, que actuaciones del Estado como las que se leen en este caso son actos *iure imperii*. Los crímenes internacionales no son ni actos *iure imperii* ni actos *iure gestionis*, un crimen es un crimen independientemente de quién lo cometa.⁴¹ Los actos descritos son violaciones graves a derechos humanos, se tratan de conductas antijurídicas que no pueden ser tapadas por el Estado. Los Estados no pueden pretender escudarse en la inmunidad de jurisdicción cuando indiscriminadamente violan derechos fundamentales de los seres humanos que habitan bajo su jurisdicción.⁴² No debería haber inmunidad frente violaciones graves de derechos humanos, del derecho internacional humanitario, de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

V.B. Caso de estudio: jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Otra dimensión para analizar es el caso en que un Estado alegue la violación de una norma de *jus cogens* por parte de otro Estado y pretenda buscar la resolución del conflicto en una instancia jurisdiccional internacional. Si las partes aceptaron la competencia de la Corte para entender

40. Por ejemplo: Corte Europea de Derechos Humanos, "Al Adsani vs. Reino Unido"; CIJ, Caso "Arrest Warrant"; Corte Europea de Derechos Humanos, "Kalogeropoulos et al. vs. Grecia y Alemania".

41. CIJ, "Jurisdictional Immunities of the State case", parr. 179-181.

42. CIJ, "Jurisdictional Immunities of the State case", parr. 129.

en la controversia el tribunal podrá analizar el fondo y, en el caso de que encuentre al Estado demandado como responsable, podrá ordenar alguna forma de reparación.⁴³ Pero, puede ocurrir también, como veremos a continuación que, el caso no sea declarado admisible y la Corte no pueda pronunciarse respecto de la alegada violación de una norma de *jus cogens*.

V.B.I. Caso concerniente a actividades armadas en el territorio de Congo⁴⁴ (República Democrática del Congo contra la República de Ruanda)

En este caso, la República Democrática del Congo inició un procedimiento contra la República de Ruanda denunciando serias violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que alegan fueron cometidas en violación a la Carta Internacional de Derechos humanos y otros instrumentos internacionales relevantes. En su memorial, la República Democrática del Congo denunció que esas violaciones de derechos humanos resultaron de actos armados de agresión perpetrados por Ruanda en su territorio en violación también de la soberanía e integridad territorial garantizada por la Carta de las Naciones Unidas.⁴⁵

Para justificar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, la República Democrática del Congo invocó las cláusulas compromisorias de varios tratados, entre ellos el artículo IX de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante "la Convención"). Todos los artículos que invocó para justificar la jurisdicción de la Corte fueron rechazados por la misma y por ello el caso fue declarado inadmisibles, pero, es interesante el análisis de los argumentos que formuló la República Democrática del Congo respecto de la Convención de Genocidio.

El argumento que me parece relevante es aquél que refiere a la invalidez de la reserva de Ruanda al artículo IX de la mencionada Convención. La República Democrática alegó que la Convención del Genocidio es aplicable a todos los Estados, incluido Ruanda, puesto que contiene normas de *jus cogens* y que, de acuerdo con el espíritu del artículo 53 de la Convención de Viena, la reserva de Ruanda sería nula puesto que busca evitar

43. Satisfacción, restitución o compensación pecuniaria. Conforme a: AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

44. En adelante "caso actividades armadas".

45. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 10.

que la Corte cumpla con su misión de proteger las normas imperativas del derecho internacional. Además, agregó que es inválida también porque es incompatible con el objeto y fin de la Convención, puesto que el efecto es el de excluir a Ruanda de cualquier mecanismo para perseguir el crimen de genocidio y el objeto y fin de esta es justamente la eliminación de la impunidad de los Estados que cometan este crimen.⁴⁶

La Corte entendió que el carácter de *jus cogens* de una norma y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que depende del consentimiento del Estado, son dos cosas distintas. El hecho de que una disputa se refiera al cumplimiento de una norma de tal carácter, que la Corte aseguró que es el caso de la prohibición de genocidio, no puede por sí sola proveer una base para la jurisdicción de esta para resolver la disputa. De acuerdo con el Estatuto de la Corte, esta sólo tiene jurisdicción respecto de los Estados que hayan prestado su consentimiento.⁴⁷ Y en cuanto a la validez de la reserva, manifestó que la misma es válida y no es incompatible con el objeto y fin del tratado, puesto que únicamente excluye la jurisdicción de la Corte en caso de una controversia sin afectar obligaciones sustantivas.⁴⁸

El argumento de que los Estados deben consentir a la jurisdicción de una Corte Internacional tiene sustento convencional y en el principio de igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, creo que el razonamiento de la República Democrática del Congo no es tan errado. La reserva de Ruanda excluye un mecanismo de control respecto de la comisión de un genocidio y termina frustrando el objeto y fin de la Convención ilustrado en el artículo I del instrumento que es prevenir y sancionar el delito de genocidio y esto abarca la posibilidad de que se considere responsable a un Estado cuando se compruebe que ha incumplido sus obligaciones en virtud de la Convención. Porque ¿cuál sería el sentido de prohibir el genocidio y entender que es una norma con el estatus de *jus cogens*, si llegado el caso en el que se comete no se tiene un mecanismo para asegurar que el crimen no quede impune? El artículo IX es crucial para poder cumplir con el objeto y el propósito de la Convención, ya que es la única vía para adjudicar la responsabilidad de los Estados. Prohibir una conducta sin tener un mecanismo que permita exigirla, habla de una

46. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", pp. 27-28.

47. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 30.

48. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 30.

gran falla en el derecho internacional. La existencia de tratados internacionales que prohíben ciertas conductas a los Estados y los obligan a garantizar determinados derechos fundamentales a los individuos suena muy noble, pero si esta premisa no viene acompañada de un mecanismo jurisdiccional que analice una denuncia de violación de una norma y permita exigir coactivamente que el Estado cumpla con aquello a lo que está obligado –sea por un tratado, costumbre o porque la norma tiene estatus de *jus cogens*– creo que convierte al tratado en una linda teoría que no podrá jamás ser correctamente llevada a la práctica.

VI. CONCLUSIÓN

De lo desarrollado es claramente visible que se han previsto consecuencias específicas aplicables en el caso de violación de una norma de *jus cogens*, diferenciándose en esto con las normas dispositivas. Es decir, el impacto legal de ir contra una norma de *jus cogens* en la teoría es claramente notable. Además, la regulación diferenciada de las normas imperativas pone de resalto también la jerarquía que tienen por sobre las normas dispositivas.

Por otro lado, en cuanto al *jus cogens* en las controversias internacionales, en aquellos casos declarados admisibles por los tribunales, la mención de una norma como perteneciente al *jus cogens*, mayormente se utiliza para darle “más fuerza” al argumento, pero no más que eso. Los tribunales resuelven como resolverían la violación de cualquier otra norma de derecho internacional que se alega violada. Como contraposición, hay casos donde se ha alegado la violación de normas de *jus cogens* y el caso se ha declarado inadmisibile, haciendo prevalecer otra norma por sobre la norma imperativa o, declarado admisible también ha prevalecido una norma dispositiva, no haciendo diferencia el hecho de que se denunció la violación de una norma imperativa. Estos últimos son, por ejemplo, los casos analizados *supra* y, los que considero merecen una mayor reflexión.

Si la doctrina mayoritaria y los jueces de un tribunal frente a una controversia aceptan que una determinada norma tiene el estatus de *jus cogens*, se está reconociendo que esta norma es jerárquicamente superior a cualquier otra norma dispositiva del derecho internacional, sea general o particular, consuetudinaria o convencional. Justamente y como ya vimos, esta es una característica distintiva de las normas de *jus cogens*: que tienen jerarquía

por sobre otras normas del derecho internacional –salvo que también tengan dicho estatus– y las invalidan. Entonces en el caso de un conflicto entre una norma de *jus cogens* y cualquier norma dispositiva del derecho internacional, la primera debería prevalecer y, la consecuencia de ello será que la norma dispositiva no producirá aquellos efectos legales que se encuentren en contradicción con el contenido de la norma imperativa.⁴⁹

Siguiendo esta lógica, la aceptación de que cierta norma tiene el estatus de *jus cogens*, implica que el Estado que fue acusado de violar una norma imperativa, no puede válidamente escudarse invocando una norma jerárquicamente inferior como es la inmunidad de jurisdicción para evitar las consecuencias de la ilegalidad de su actuación. La inmunidad de jurisdicción no debe proceder puesto que, al entrar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional, que es jerárquicamente superior, no puede producir efectos legales.⁵⁰

Por otro lado, también constituye un problema el caso de actividades armadas. La mayoría de la Corte entendió que el carácter de *jus cogens* de una norma y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que depende del consentimiento del Estado, son dos cosas distintas. Sin embargo, considero que no se hizo un correcto análisis de la reserva de Ruanda a la luz del objeto y fin de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. El objeto y fin de la Convención es, como su título lo indica, la prevención y sanción del delito de genocidio, lo que incluye poder atribuir responsabilidad a un Estado cuando se compruebe que ha incumplido con sus obligaciones en virtud de la Convención. El artículo IX es la única disposición de la Convención que aborda la cuestión de la responsabilidad del Estado y contempla que las controversias relativas a actos de genocidio o a la responsabilidad del Estado por tales actos, se remitirán a la Corte y, en el caso de que se encuentre que aquel Estado es responsable de violar la Convención, deberá rendir cuentas a la Corte por su conducta.⁵¹ El artículo IX es, entonces, crucial para el cumplimiento del objeto y fin de la Convención, puesto que, como se dijo antes, es la única vía jurisdiccional para adjudicar responsabilidad a un Estado. Negarle a la Corte esta función no sólo le impide interpretar o aplicar la Convención, sino también, investigar

49. TEDH, "Case of Al-Adsani v. United Kingdom", p. 29.

50. TEDH, "Case of Al-Adsani v. United Kingdom", p. 30.

51. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 55.

las controversias que surjan entre partes contratantes relativas a la responsabilidad de un Estado por los actos enumerados en el artículo III. Por lo tanto, esta reserva no estaría en línea con el cumplimiento del objeto y fin de la Convención: prevenir y sancionar el delito de genocidio.

Se argumentó también que la República Democrática del Congo no había objetado la reserva de Ruanda, pero en concordancia con el juez Koroma en su opinión disidente, considero que la falta de objeción de un Estado no debería ser considerada determinante en el contexto de un tratado relativo a derechos humanos como lo es la Convención, puesto que estos tratados no se basan en la reciprocidad entre Estados, sino que cumplen el propósito de dotar de derechos a los individuos y así protegerlos.⁵²

Para cerrar, concluyo que el hecho de alegar la violación de una norma de *jus cogens* no siempre hace una diferencia en el marco de una controversia internacional, puesto que como vimos a lo largo del trabajo, a pesar de que las normas de *jus cogens* tengan jerarquía por sobre las normas dispositivas y consecuencias específicamente previstas para su violación, hay casos en los que los tribunales no analizarán ni se pronunciarán sobre el fondo del asunto, dejando desprotegido el posible derecho violado.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, AG/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 12/12/2001.
- BYERS, Michael, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", en *Nordic Journal of International Law*, 1997, Vol. 66, Issues 2-3, pp. 211-240.
- Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63º de sesiones, 26/04/2011 al 03/06/2011 y 4/07/2011 al 12/08/2011.
- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, 02/05/2016 al 10/06/2016 y 04/07/2016 al 12/08/2016, Sixty-eighth session, Ginebra.
- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, 1/05/2017 al 2/06/2017 y 3/07/2017 al 04/08/2017, Sixty-ninth session, Ginebra.

52. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 56.

- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 30/04/2018 al 1/06/2018 y 2/07/2018 al 10/08/2018, Seventieth session, Ginebra.
- CONTRERAS-GARDUNO, Diana. & ALVAREZ-RIO, Ignacio, "A barren effort? The jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights on *Jus Cogens*", URL <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34038.pdf>, consultado el 26/07/2020.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, *UNTS III5:331*.
- Corte Internacional de Justicia, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo" (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), 03/02/2006.
- Corte Internacional de Justicia, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited", Belgium v. Spain, 05/02/1970.
- Corte Internacional de Justicia, "Jurisdictional Immunities of the State case", Germany v. Italy: Greece intervening, 03/02/2012, Dissenting opinion of judge Augusto Cançado Trindade.
- Corte Internacional de Justicia, "Questions relating to the obligation to prosecute or extradite", Belgium v. Senegal, 20/07/2012.
- DIACONU, Ion, "*Jus Cogens* — Developments in International Law", en *Romanian Journal of International Law* 36, 2016, Vol. 16, pp. 36-49.
- FOCARELLI, Carlo, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens* Legal Effects", en *Nordic Journal of International Law*, 2008, Vol. 77, pp. 429-459.
- GREEN, James A., "Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force" en *Michigan Journal of International Law*, 2011, Vol. 32, Issue 2, p. 215.
- KADELBACH, Stefan, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and Other Rules — The Identification of Fundamental Norms", en TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff, 2006, Boston.
- Organización de las Naciones Unidas, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008—2012", 2015, URL <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-2008-2012-es.pdf>, consultado el 15/06/20.
- PINTO, Mónica, "El ius cogens en la jurisprudencia internacional", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 3-21.

ROHR, Aldana, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, SGN Editora, 2015, Buenos Aires.

SHELTON, Dinah, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, Vol. 46, pp. 23-50.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Case of Al—Adsani v. United Kingdom”, 21/11/2001, joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić.