

LAS NORMAS DE *IUS COGENS*
Y EL ORDEN JURÍDICO INTERNO:
UNA EVOLUCIÓN PROGRESIVA Y PROMETEDORA

DÍAZ TOLOSA, REGINA INGRID:

APLICACIÓN DEL IUS COGENS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

SANTIAGO, THOMSON REUTERS, 2015, 640 p.

GONZALO AGUILAR CAVALLO¹
Universidad de Talca
gaguilar@utalca.cl

La obra de la profesora Regina Ingrid Díaz Tolosa, titulada “*Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*”, representa un gran aporte a la doctrina nacional en el ámbito del derecho internacional. En efecto, esta obra aborda el tema de las normas de *ius cogens*, el cual no sólo tiene una incidencia general en el desarrollo de la teoría general del derecho internacional, sino que, además, impacta en ámbitos determinados y específicos tales como en materia del derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito del derecho internacional de los tratados y en el ámbito del derecho internacional de la responsabilidad de internacional².

El texto, bien escrito, con un estilo y decoro literario en la narración de los distintos aspectos que la obra va abordando, no sólo informa lucidamente al lector, sino que, además, entretiene y capta la atención de aquel que consulta el libro. La autora divide el tratamiento de las materias en dos grandes partes; la primera parte se refiere a los fundamentos de la incorporación del *ius cogens* en el orden interno chileno, mientras que la segunda parte trata de las consecuencias de la implementación del *ius cogens* en el orden interno chileno.

¹ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Posdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile).

² AGUILAR (2006), p. 117.

La primera parte se compone de dos capítulos. El primer capítulo aborda la noción acerca del *ius cogens* y su relación con el sistema de fuentes internacionales. El segundo capítulo asume el tratamiento de los fundamentos de la aplicación judicial del *ius cogens* en Chile. La segunda parte se estructura también en dos capítulos, que corresponden el tercer y cuarto capítulo del libro. El tercer capítulo aborda las características y efectos de las normas de *ius cogens*, mientras que el cuarto capítulo trata de la dificultad del reconocimiento pleno de los efectos de las normas de *ius cogens* en su implementación internacional e interna. El libro termina, como corresponde, con unas abundantes conclusiones que se focalizan en la conceptualización acerca del *ius cogens* internacional, en los fundamentos de la incorporación de las normas del *ius cogens* internacional en el orden interno y en las consecuencias del reconocimiento de las normas del *ius cogens* internacional.

Como se puede apreciar, esta obra aborda de una manera integral la temática de las normas de *ius cogens*, y en especial, su aplicación en el orden jurídico interno chileno. Durante el siglo XX y particularmente en los albores del siglo XXI, las normas de *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional general—como las denomina la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969—han ocupado un lugar transcendental en el curso del derecho internacional³.

Una de las razones por las cuales las normas de *ius cogens* han pasado a ocupar un lugar de privilegio en la doctrina internacional de las últimas décadas, y también en la jurisprudencia más relevante, es que a partir de la Segunda Guerra Mundial se ha podido apreciar un lento proceso de transición en el derecho hacia concepciones más bien de justicia material⁴.

Esto último se puede apreciar, sin duda, en la lenta revalorización del derecho internacional penal desde los años 80 del siglo pasado hasta nuestra época. En este proceso de revalorización, el entrecruzamiento con el derecho internacional de los derechos humanos ha jugado un papel transcendental⁵. Baste para demostrar aquello la referencia a numerosos casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario, en particular, a la comisión de crímenes contra la humanidad, y que contribuyeron a consolidar la doctrina sobre las normas de *ius cogens*⁶. Es así

³ QUISPE (2012), p. 143.

⁴ ECHEVERRI (2011), p. 205.

⁵ BASSIOUNI (2001).

⁶ DÍAZ (2015), pp. 34-35.

como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera “las normas de *ius cogens* como aquellas perentorias de DI que no pueden ser derogadas, y afirma que el concepto de *ius cogens* se deriva de un orden superior de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no puede ser contravenido por las leyes del hombre o de las naciones”⁷.

Sin duda que la autora acierta cuando conceptualiza a las normas de *ius cogens* como una categoría especial de normas internacionales y cuando afirma que “el *ius cogens* no es una fuente formal del Derecho internacional autónoma”⁸. En apoyo de esta afirmación la autora desarrolla una amplia revisión de la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales, lo que incluye también examinar, aunque quizás muy brevemente, la jurisprudencia chilena⁹. Quizás hubiera merecido un poco más de dedicación el examen de la relación entre las fuentes y las normas de *ius cogens*. En efecto, si la autora afirma que las normas de *ius cogens* no son fuentes formales, resulta difícil comprender la aseveración en el sentido de que “hoy se reconoce que el *ius cogens* viene a constituir una excepción a este principio de igualdad de las fuentes internacionales [...]”¹⁰. Con esta expresión parece que el mensaje que se quiere transmitir es que las normas de *ius cogens* sí son una fuente formal del derecho internacional. Y esto último también resulta contradictorio con el análisis que se hace en el capítulo II, cuando se estudia la incorporación de las normas de *ius cogens* al orden interno según la fuente de derecho en la cual se encuentran plasmadas.

Un aspecto interesante, digno de destacar, es la discusión que plantea la autora en relación con los argumentos acerca de la obligatoriedad de las normas de *ius cogens* en el orden interno. Dentro de los argumentos complementarios, se señalan el deber de cumplir las normas internacionales de buena fe, la imposibilidad de aludir a disposiciones de derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales asumidas y el carácter obligatorio de las sentencias internacionales y sus efectos reflejos¹¹. Respecto de este último punto, el libro desarrolla una idea de crucial importancia, cuando indica que “las sentencias internacionales gozan no sólo de una eficacia *inter partes*, es decir, de efectos jurídicos inmediatos y directos

⁷ DÍAZ (2015), p. 35.

⁸ DÍAZ (2015), p. 158.

⁹ DÍAZ (2015), p. 165.

¹⁰ DÍAZ (2015), p. 170.

¹¹ GUERRA y MOSQUERA (2009), p. 139.

entre las partes en el proceso, sino también tienen efectos reflejos, potencialmente irradiadores del orden internacional en el orden jurídico nacional. Así, el Estado que recibe una condena debería no sólo procurar el cumplimiento de lo prescrito a favor de las víctimas, sino, además, sanear las deficiencias o implementar las reformas necesarias para ajustar el orden nacional al internacional¹². En esta línea, Carmona sostiene que el juez interno debe “atender a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos porque los tratados ratificados forman parte del ordenamiento interno” y porque el Estado “ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”¹³. Por su parte, la doctrina cita la jurisprudencia de la propia Corte Suprema para aseverar que “pese a que no hace referencia expresa al valor de la jurisprudencia internacional como parámetro de convencionalidad, sí se refiere a que este parámetro está compuesto por ‘todas las fuentes del derecho’, que en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incorpora las resoluciones judiciales como medio auxiliar de la determinación de las reglas de derecho”¹⁴.

Más enfáticamente, la autora continúa para sostener que la “judicatura chilena ha reconocido la obligatoriedad y efectos en el orden interno de las decisiones judiciales internacionales, y aunque no lo indique expresamente, es usual encontrarse con citas a fallos internacionales o con referencias generales a la jurisprudencia internacional”¹⁵. Y aquí cabe traer a colación lo señalado por Guerra y Mosquera en el sentido de que “la jurisprudencia internacional es un parámetro de constitucionalidad, que los jueces en todo momento deben realizar, so pena de generar responsabilidad internacional al Estado”¹⁶.

En cuanto a las características y efectos de las normas de *ius cogens*, se propone una interesante tipología en el texto, que apunta a extraer de sus características, los efectos de las normas internacionales de *ius cogens*¹⁷. De esta manera, se intenta justificar la imprescriptibilidad y la inamnistiabilidad de la norma de *ius cogens* a partir de la imperatividad. Además, se justifica el carácter *erga omnes* de las obligaciones que surgen de las normas de *ius cogens* derivándolas de la

¹² DÍAZ (2015), pp. 261-262.

¹³ CARMONA (2009), p. 282.

¹⁴ NÚÑEZ (2015), p. 165.

¹⁵ DÍAZ (2015) p. 263.

¹⁶ GUERRA y MOSQUERA (2009), p. 139.

¹⁷ DÍAZ (2015), p. 296.

generalidad. Y, finalmente, la universalidad es útil para explicar la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales con carácter de *ius cogens*. Estos son efectos propuestos por la autora como propios de las normas internacionales de *ius cogens*. En esta parte, bien valdría la pena preguntarse si todos estos efectos mencionados en el texto son propios y comunes a todas las normas de *ius cogens*, de tal manera que las identifican y perfilan, o si, más bien, corresponden a efectos que derivan de algunas normas específicas de *ius cogens*, no pudiendo extenderse su aplicación ni elevarse a un carácter general. Por ejemplo, la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad es algo propio de los crímenes internacionales cuya prohibición se ha consolidado como una norma de *ius cogens*. ¿Pero este efecto –imprescriptibilidad e inamnistiabilidad– sería predicable respecto de la libre determinación de los pueblos¹⁸ o de principios fundamentales como el principio de humanidad y el principio *pacta sunt servanda*¹⁹? Luego, el efecto que se señala de las normas de *ius cogens* correspondiente a la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales con carácter de *ius cogens*, claramente sólo sería posible de comprender referido a crímenes internacionales. Aparentemente, el texto deja entrever o al menos permite entender que se identifican las normas de *ius cogens* con los crímenes internacionales, en circunstancias en las que, si bien es cierto, algunas prohibiciones de cometer crímenes internacionales entran dentro de las normas de *ius cogens*, éste ámbito normativo superior excede el simple marco de los crímenes internacionales.

Respecto de las dificultades del reconocimiento pleno de los efectos de las normas de *ius cogens* en su implementación internacional e interna, nuevamente el texto se enfoca en aquellas normas de *ius cogens* relacionadas con los crímenes internacionales y, particularmente, en la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad. A este respecto, un elemento destacado que el texto desarrolla es el que dice relación con el impacto de la invocación de la inmunidad soberana en juicios relacionados con crímenes internacionales de *ius cogens*²⁰. Este aspecto de la inmunidad soberana, si bien no es extensamente tratado en el cuerpo del libro, sí recibe una atención destacada en las conclusiones de la obra. En efecto, la parte tercera de las conclusiones trata especialmente de la interacción entre inmunidad soberana y crímenes internacionales de *ius cogens*.

¹⁸ DÍAZ (2015), p. 62.

¹⁹ DÍAZ (2015), p. 64.

²⁰ DÍAZ (2015), p. 385.

Nuevamente cabe plantearse la pregunta: ¿ésta es una consecuencia general propia de la implementación de las normas de *ius cogens* en el orden jurídico interno, o bien se refiere a un efecto particular que se produce solamente en el caso de aquellas normas de *ius cogens* que corresponden a prohibiciones de cometer ciertos crímenes internacionales?

La inmunidad soberana corresponde a un principio clásico del derecho internacional. Por algunos es reconocido como un pilar del orden jurídico internacional²¹. Frente a la implementación de las normas de *ius cogens* en el orden jurídico interno de los Estados pueden surgir diversas dificultades. Tratándose de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, por ejemplo, normas reconocidamente consideradas de *ius cogens*, es posible que en ciertos casos se invoque la inmunidad soberana del Estado a fin de frustrar la implementación de las normas de *ius cogens*. En este contexto, la autora señala que “con base en el paulatino reconocimiento y aceptación del carácter de *ius cogens* del que gozan los crímenes de lesa humanidad, sobre todo a propósito de los horrores sufridos tras las guerras mundiales, y la creación del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, se agudizó la postura de que la inmunidad soberana que pudiera beneficiar a ciertas personas de gobierno no podía constituir un impedimento para proseguir juicios en su contra en relación a la comisión de ese tipo de delitos. Así, el *ius cogens* se convierte en una limitación o restricción a la soberanía estatal en pos de proteger relaciones pacíficas entre los Estados”²².

En las últimas décadas se ha intentado poner en tela de juicio el principio de inmunidad soberana frente a una norma de *ius cogens*, en particular, frente a la violación de la prohibición de cometer genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La Corte Europea de Derechos Humanos se refirió en el caso Al-Adsani a la inmunidad soberana, diciendo que “is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State”. (Al-Adsani, 2001, para. 54)²³.

Esta discusión tiene dos aristas. Por un lado, la inmunidad del Estado y, por otro, la inmunidad que se alega respecto de altos representantes del Estado, por ejemplo, jefes de Estado y jefes de gobierno, cuando estos han participado en

²¹ AGUILAR (2012), p. 9.

²² DÍAZ (2015), p. 387.

²³ REYES (2008), p. 70.

crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Respecto de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional existe la norma del artículo 27 del Estatuto de Roma. Pero la situación se vuelve más compleja cuando un tribunal nacional intenta ejercer jurisdicción fundándose en que se trata de crímenes internacionales. Por lo general, en estos casos, se intenta hacer valer el principio de inmunidad. De hecho, estas situaciones han generado relevantes casos contenciosos entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia (Congo v. Belgium, 2002; Germany v. Italy, 2012). La evolución del debate no ha sido pacífica y hasta hoy existe una parte importante de la doctrina que afirma la inmunidad soberana incluso frente a crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La jurisprudencia internacional tendencialmente también ha apoyado esta postura. Sin embargo, estas decisiones no han sido unánimes, lo que demuestra la división entre los jueces, y la diversidad de pareceres.

Esta discusión muestra un rico debate que se encuentra en curso en el seno de la doctrina y jurisprudencia internacional y, más aún, representa un síntoma de un fenómeno en curso, esto es, la evolución del derecho internacional gracias, *inter alia*, al fortalecimiento de la noción de *ius cogens*. Esta evolución es necesariamente lenta porque apunta a transformar, adaptándolas a los valores actuales de la comunidad internacional, las bases mismas sobre las que se construyó la teoría clásica del derecho internacional.

Además de la calidad literaria y el excelente uso de las fuentes, el libro titulado “*Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*” constituye una excelente contribución a la doctrina nacional, justamente porque aborda una temática no sólo pertinente, sino que en permanente evolución. Esta obra se convierte de esa manera en un texto de consulta y referencia obligada, no sólo para aquellos que se interesan en las normas de *ius cogens* y en su aplicación en el orden jurídico interno, sino para todos aquellos académicos, jueces y estudiantes que tengan una inquietud de profundizar sus conocimientos en derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2006): “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12, núm. 1, pp. 117-154.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012): “Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 1, núm. 2, pp. 9-45.

- BASSIOUNI, M. Cherif (2001): "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, pp. 1-100.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2009): "La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (Coord.): *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. (México, UNAM-IIJ), pp. 245-290.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2015): *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. (Santiago, Thomson Reuters).
- PABLO ECHEVERRI, Pablo (2011): "*Ius cogens* en sentido estricto y en sentido lato. Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del *corpus iuris* internacional de protección al ser humano", en *Memorando de Derecho*, Año 2, núm. 2, pp. 205-223.
- GUERRA, David Aníbal y MOSQUERA, Hilary Waldo (2009): "El valor de la jurisprudencia en el derecho comparado", en *Revista Justicia*, N° 15, pp. 131-141.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza (2015): "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales", en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 11, pp. 157-169.
- QUISPE REMÓN, Florabel (2012): "Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, pp. 143-183.
- REYES MILK, Michelle E. (2008): "El principio de inmunidad de los jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional", en *Agenda Internacional*, Año XV, N° 26, pp. 69-106.
- E.C.H.R.: Al-Adsani v. The United Kingdom, 35763/97, Judgment, 21 november 2001.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.
- Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.