



Regina Ingrid Díaz Tolosa
Docente Investigadora

El *ius cogens* internacional: ¿fuente formal del Derecho Internacional Público?



IV ENCUENTROS REGIONALES DE DERECHO PÚBLICO
“Las Fuentes Formales del Derecho Público: Tendencias y Conflictos”
6 y 7 de Octubre de 2011



Hipótesis de Trabajo



El *ius cogens* es una categoría especial de normas internacionales, (se definen como normas imperativas de derecho internacional general)

pero no una fuente formal nueva y diversa a las ya existentes en DIP.

(en s. XXI el *ius cogens* ha trascendido el Derecho de los tratados, y se ha desarrollado en otras áreas del DIP).

Estructura de la ponencia



El *ius cogens* es una fuente material del Derecho Internacional

- a. Opinión de los operadores jurídicos internacionales
- b. Opinión de los operadores jurídicos nacionales
- c. Nuestra postura
- d. Conclusiones

A. Opinión de los Operadores Jurídicos Extranjeros



1. DOCTRINA

- CDI: “normas de derecho internacional que tienen la naturaleza de *ius cogens*”; naturaleza especial: imperativa, absoluta, necesaria e indisponible.
- Kammerhofer: “*no se trata de una fuente del derecho superordenada al resto, sino de una cualidad extrínseca adicionada a algunas normas*”.
- Drnas: “*el ius cogens no nace de las formalidades de la positivación sino de la calidad del bien protegido por la norma imperativa*”.

Características de las normas de *ius cogens*



- Características derivadas de su contenido que incluye estándares valorativos comunes a los distintos sistemas jurídicos del orbe.
- Concorre una *opinio iuris cogentis* compartida por la comunidad internacional en su conjunto, que se expresa en procesos ordinarios de formación de normas generales de vocación universal.

Procedimiento de creación



- En la base del procedimiento creativo del *ius cogens* se encuentran siempre valores tales como la dignidad humana, la paz y la seguridad internacional.
- El reconocimiento de estos valores por las naciones civilizadas provocan la formación de una regla jurídica imperativa.

Falseamiento de la hipótesis



- Si se exacerba la base axiológica del *ius cogens* es posible afirmar que por ello conforma una nueva fuente del DIP, v.g. Orakhelashvili sostiene que el *ius cogens* se basa en un cuerpo autónomo de reglas superiores, independiente de cualquier fuente tradicional de Derecho Internacional.
- Es una fuente autónoma que se explica por factores extrapositivos como la moralidad y la humanidad y su relación con los valores trascendentales de la comunidad.

Opinión de Operadores Jurídicos Extranjeros



- 2. JURISPRUDENCIA: el carácter imperativo del *ius cogens* no es fundado en su autonomía como fuente, sino lo explican en relación al derecho consuetudinario o su reconocimiento en tratados internacionales.
- CIJ, voto separado del juez Tanaka, a propósito de la prohibición de la discriminación racial y no segregación.
 - Asevera el carácter de *ius cogens* de las normas que protegen los ddhh
 - Agrega que son DI consuetudinario
 - Que es posible caracterizarlo como principios generales del derecho

- TPIY, en el caso *Furundzija* existe una exacerbación del contenido valórico de la norma que prohíbe la tortura, que podría dar pie a interpretar que considera al *ius cogens* como una fuente formal del Derecho Internacional, sobre todo pq afirma la jerarquía normativa, pero no utiliza la voz *fuentes*, sino de jerarquía de normas o reglas.

- CtEDH, el juez Rozakis, también destaca la jerarquía normativa de las reglas de *ius cogens*, en virtud de los principios y valores que protege.
- En el ámbito americano, el juez Cançado, magistrado de la CtIDH hacia el año 2003, en su voto concurrente en la Opinión Consultiva n° 18 destaca que la fuente material de todo el derecho, y presente en el *ius cogens* es la conciencia jurídica universal.

B. Opinión de Operadores Jurídicos Chilenos



- Aguilar, indica que las normas de *ius cogens* no son una fuente formal nueva del Derecho Internacional, sino que se nutren de las ya existentes.
- La jurisprudencia indica que las normas de *ius cogens* pueden tener carácter de derecho convencional o de derecho consuetudinario (inclusa en esta categoría, los principios generales del derecho internacional), pero no se refiere a ellas como fuentes particulares del Derecho Internacional.

- Dada la importancia del contenido valórico de las normas de ius cogens, fundado en principios, es usual que los tribunales de justicia chilenos, en relación a normas específicas de ius cogens, sobre todo en materias de DDHH y Derecho Penal Internacional, las circunscriban en el derecho consuetudinario, y además reconozcan su contenido valórico como principio.

C. Nuestra opinión



- Se trata de un tipo de normas con características especiales que las hacen supremas al resto, pero que puede revestir forma de cualquiera de las fuentes formales ya conocidas, de ahí que sea posible confundirlas o identificarlas fácilmente con cualquiera de ellas.

- Pueden ser identificadas con los tratados internacionales a estar expresamente recogidas en ellos,
- Pueden confundirse con la costumbre internacional por tener un origen consuetudinario, y
- Pueden ser expresión de principios generales del derecho debido a su contenido altamente valórico que las erigen como pautas necesarias inspiradoras del derecho normativo.

- El *ius cogens* no es una fuente creadora de derecho, pues el derecho, la norma jurídica particular ya existe.
 - Al atribuirse a una normas el carácter de *ius cogens*, se está reconociendo su imperatividad, fundamentalidad o perentoriedad, pero la norma ya preexiste a ese reconocimiento.
 - El reconocimiento de su carácter de *ius cogens*, viene a ser reconocido con posterioridad, luego de un largo proceso temporal.
- Ejemplo del proceso de reconocimiento podemos razonar entorno al Terrorismo.

- El proceso de reconocimiento de una norma con carácter de *ius cogens*, no es un proceso de creación de una nueva fuente del Derecho internacional en el sentido de producir la norma internacional, sino un proceso de reconocimiento del carácter perentorio de una norma internacional ya existente.

D. Conclusiones



- En consecuencia, el *ius cogens* sí constituye una fuente, pero material no formal, es decir, fuente entendida como manifestación, formulación, expresión o constatación de normas internacionales previamente existentes, con el reconocimiento y aceptación de su perentoriedad.

- Se concibe al *ius cogens* como una fuente del derecho en clave realista y no nominalista, es decir, en razón de la esencia de la cosa o realidad a la cual nos referimos, y no un mero nombre con el que se denomina a una cosa o realidad de manera convencional, pero que no tiene correspondencia alguna con su esencia.

- El *ius cogens* entendido en clave nominalista, no considera la esencia propia de lo que se nombra, por lo que acarrea necesariamente la equivocidad de su concepto.
- Entendido en clave realista reconoce un presupuesto ontológico fundante a partir del cual es lo que es.

MUCHAS GRACIAS

