

La incorporación de las normas de *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno



Regina Ingrid Díaz Tolosa
Docente Investigadora



Cátedra de Derecho Internacional Juan Pablo II
Universidad Nacional de Córdoba
15 noviembre 2011





Introducción: El *ius cogens* internacional



Etapas de desarrollo



- I Primeras apariciones en doctrina y jurisprudencia
- II Reconocimiento en el ámbito del Derecho de los Tratados
- III Más allá de ese ámbito, sobre todo en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional.

- S.XVI antecedente: *ius naturale necessarium* (VITORIA, SUÁREZ, GROTIUS, WOLFF y VATTEL).
- Para ellos existe un derecho necesario que es natural a todos los Estados y que todo tratado o costumbre que lo contraviniera sería ilegal.
- También estos autores estaban contestes en la existencia de una comunidad internacional cuyas soberanías descansan en intereses que pueden ser descritos como el bien común de la humanidad.

- VERDROSS, 1937, art. los tratados prohibidos en el Derecho Internacional, explica el *ius cogens* dentro del ámbito del *Derecho de los Tratados* como normas imperativas de derecho internacional general que consisten en el principio general, universal y fundamental de prohibición de concluir tratados *contra bonos mores*.

1° Antecedente en la Jurisprudencia

- 1934. El juez alemán M. SCHÜCKING de la *Corte Permanente de Justicia Internacional*, en voto disidente, *Caso Oscar Chinn*, incorpora la expresión *ius cogens* y aunque no la define ni indica su naturaleza, sostiene que acarrea como consecuencia la nulidad de todo acto contrario a estas normas.

La consagración del *ius cogens* en el Derecho de los Tratados



- Las normas de *ius cogens* en el Derecho Internacional existen.
- existen bases fundamentales comunes a los “Estados civilizados”,
- el derecho no puede consistir en un ordenamiento estructurado formalmente sin considerar el contenido de sus normas,
- las atrocidades sufridas en las guerras mundiales.



- S. XX, *ius cogens* es reconocido a nivel positivo, CVDT.
- Se recoge y reconoce a la institución dentro de la nulidad de los tratados.
- Los Estados no son libres para concluir tratados sobre cualquier materia, ellos deben respetar las normas de *ius cogens* y en ese sentido no pueden pactar algo contrario a ellas, pues sino el tratado carecería de valor.

- *“Artículo 53: Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté 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”.*

- Art. 64 CVDT *ius cogens superviniens*: “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”.
- El *ius cogens* puede evolucionar, y cada norma específica puede tener un contenido concreto cambiante, lo que hoy se permite, puede que mañana no.

- Sin embargo, el *ius cogens*, tiene una vocación de permanencia, pues contienen estándares sobre los cuales los Estados están profundamente contestes.
- Quizás puede ser modificada ampliando su contenido o concretizándolo, pero jamás alterándola en sentido contrario, pues sería algo absurdo, cuando una norma ya ha adquirido el carácter tiende a perdurar y suele considerarse una gran conquista del mundo civilizado.

- esclavitud se amplió la norma para prohibir el trabajo forzado y el tráfico de personas,
- apartheid se amplió la norma a la prohibición de toda forma de discriminación,
- tortura incluyó a la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,
- Pero es irrazonable pensar si quiera que surja una norma totalmente contraria a la que hoy existe, por ejemplo una que permita el genocidio, la tortura o la esclavitud.

El *ius cogens* más allá del ámbito del Derecho de los Tratados



- CRAWFORD: “*normas sustantivas fundamentales que prohíben 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 fundamentales*”.

- CtIDH, reconoce expresamente que en la actualidad el *ius cogens* ha alcanzando el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional. Lo cual revela una gradual emergencia de un derecho internacional universal que asegure los intereses y valores más fundamentales de la comunidad internacional como un todo.



I. El *ius cogens* internacional fuente material del DIP



- el *ius cogens* puede revestir la forma de cualquiera de las fuentes formales tradicionalmente reconocidas: costumbre, tratado, principio....mecanismo de incorporación al orden interno
- Se ha de descubrir si tiene alguna importancia para fundamentar su aplicación en el orden interno el soporte o fuente formal que contiene a la norma de *ius cogens*.

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.
- Concurre 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.



Fuente formal nueva



- 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 (South West Africa, 1966) 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* (1998) 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, (*Chrysostomos*, 1993) 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.
- Humberto Nogueira: bloque de constitucionalidad.
- José Luis Cea: “principios de *ius cogens*”.

- 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 particulares al resto (universales, generales e imperativas), pero que pueden 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 al 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



- 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, pero con 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 se refiere,

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.

- Importancia de la distinción entre fuente formal y material en relación a la aplicabilidad de las normas de *ius cogens*; explica
 - la jerarquía de este tipo de normas en razón a su contenido,
 - la cercanía del concepto con las visiones del derecho iunaturalistas,
 - y el porqué se integran en forma automática en los ordenamientos jurídicos internos.



II. Incorporación automática del *ius cogens* internacional en el ordenamiento jurídico chileno



1. Según la fuente formal de DI en la cual se encuentran plasmadas

a. Normas de *ius cogens* convencionales:
Incorporación automática por mandato constitucional

- Historia fidedigna del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política

- Interpretación del artículo 54 n° 1 de la Constitución Política

* Normas de *ius cogens* que se incorporan vía artículo 5° inciso 2°

b. Normas de *ius cogens* consuetudinarias: Incorporación automática por tradición judicial

1. Por costumbre judicial de antaño: derecho internacional consuetudinario parte del derecho nacional
 2. Por disposición del artículo 5° de la Constitución Política
 3. Por el efecto reflejo de las sentencias internacionales
 4. Por recomendación de resoluciones de la AGONU
 5. Por ser el Estado suscriptor de un instrumento internacional aún no ratificado
 6. Incorporación vía *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*
- * Normas de *ius cogens* que se incorporan al orden interno por esta vía
 - * Negación jurisprudencial de la aplicación de las normas de *ius cogens* consuetudinarias

2. Según materia: normas de *ius cogens* pertenecientes al DIDH

a. Reconocimiento y respeto de la dignidad humana

- Incorporación automática de las normas de *ius cogens*: dignidad humana como fundamento de validez

b. Ser el Estado miembro activo de la comunidad internacional al integrar los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos

- Reconocimiento de la aplicación de las normas de *ius cogens* en la jurisprudencia chilena por ser Chile parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

3. Argumentos complementarios a la incorporación de las normas de *ius cogens* al orden interno: Bases generales de aplicación y respeto del Derecho Internacional

a. Principio *pacta sunt servanda*

– Deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud del *ius cogens*

b. Irrelevancia de las disposiciones de derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales asumidas

- Artículo 27 de la CVDT y su corolario: armonización del derecho interno con el internacional

c. Efectos reflejos de las sentencias internacionales

- Reconocimiento de la obligatoriedad de las normas de *ius cogens* en la jurisprudencia chilena aludiendo a jurisprudencia internacional

Normas de ius cogens convencionales

Incorporación automática por mandato constitucional

- Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política

“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

- RC 89, *ad portas* de una etapa de transición hacia la democraciaintroducir en el ordenamiento jurídico chileno un reforzamiento a la defensa de los derechos humanos,
- para asegurar una democracia estable,
- para manifestar a la comunidad internacional que el Estado de Chile se comprometía a reconocer el Derecho Internacional, recepcionarlo y aplicarlo en el orden interno.

- El texto inicialmente propuesto, incluía en general a todas las normas internacionales y no sólo a los tratados internacionales: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”*.
- Incluso se discutió acerca de la alusión expresa de la incorporación de las normas de *ius cogens*, lo cual se consideró innecesario al tenor del propio artículo 5° original y la enmienda que se proponía.
- CEA declara que para él no existen dudas de que el *ius cogens* queda incluido en la reforma constitucional de 1989.

Art. 54 n° 1 CPR: Voluntad de no transformar la norma internacional en interna



- Regula la aprobación parlamentaria de algunos tratados internacionales.
- Inciso 1° señala que los tratados internacionales presentados por el Presidente de la República antes de su ratificación a la aprobación del Congreso, se *someterán en lo pertinente a los trámites de una ley*.
- Inciso 5° del artículo 54 n° 1 de la Constitución viene a enfatizar que la naturaleza del tratado internacional es de norma internacional y que no se transforma en norma interna, pues *“las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*.



- Antes de la RC 2005, el artículo 50 n° 1, señalaba se someterán a los trámites de una ley.
- Doctrina chilena tradicional entendía que el tratado se asimila a una ley.
- El que el tratado se sometiera a los trámites de aprobación de una ley, significaba que debía ser promulgado y publicado como ley de la República.
- El decreto promulgatorio del tratado venía a constituir una orden de ejecución de la norma internacional, por lo tanto se podía interpretar que el mecanismo de incorporación del derecho internacional convencional al orden interno era de transformación.

- **“en lo pertinente”**

- los trámites de promulgación y publicación son posteriores a la aprobación parlamentaria y ratificación presidencial del tratado
- La aprobación del CN es anterior a la ratificación, por lo tanto se excluyen los actos posteriores a la misma.
- La promulgación sirve para certificar la regularidad de la conclusión del tratado y ordena su ejecución dentro del territorio nacional, y por su parte la publicación del tratado además de darle la debida publicidad a la norma hace posible la presunción de que la norma es conocida por todos.
- Son medidas de publicidad para que la ciudadanía se entere de los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional y los derechos y obligaciones que emanan de los tratados para ellos, pero no tienen relación alguna con la entrada en vigor del mismo: el tratado entra en vigencia con el canje o depósito de ratificaciones.

- Se enfatiza que los trámites de promulgación y de publicación no son exigidos para que el tratado tenga validez,
- No están referidos como requisitos para la implementación de la norma internacional en el orden interno, sin perjuicio del inciso 9° del artículo 54 n° 1 de la Constitución que indica *“deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor”*.
- La promulgación y publicación de los tratados, previamente a su aplicación y con posterioridad a su aprobación y ratificación, es una costumbre arraigada en nuestro sistema jurídico desde la Constitución Política de 1925.

Normas de *ius cogens* que se incorporan vía artículo 5° inciso 2°



Actualmente se encuentran ratificados y vigentes en Chile los siguientes acuerdos internacionales universales (ONU) y regionales (OEA) de contenidos variados, pero que incluyen en alguna de sus disposiciones normas específicas de *ius cogens*:

- CONU (1945 - 1946), respecto de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la libre determinación de los pueblos;
- PIDCP (1966 – 1972 – 1976 - 1989), respecto de la libre determinación de los pueblos, la prohibición del genocidio, la tortura y de la esclavitud;
- CADH (1969 - 1991), en relación a la prohibición de la tortura y de la esclavitud.

Además, se encuentran ratificados y vigentes los siguientes tratados internacionales del sistema universal (ONU) y regional (OEA) que tratan sobre normas de ius cogens específicas:

- los cuatro CG (1949 - 1951) y sus dos Protocolos Adicionales (1977 - 1991),
- CPSDG (1948 - 1953),
- CE (1926) y su Protocolo (1953), CSE (1956)[1995 en un mismo decreto],
- Convención sobre trata de blancas (1910 - 1935),
- Convención Internacional sobre trata de mujeres y niños (1921 - 1930),
- Convenio sobre trata de mujeres mayores (1933 - 1935),

- CDOT (2000 - 2005),
- CATF (1957 - 1999),
- CTONU (1984 - 1988), y su Protocolo Facultativo (2002 - 2009),
- CIT (1985 - 1988),
- CIEFDR (1965 - 1071),

- CIDFP (1994 - 2010),
- ERCPI (1998 - 2009),
- CDFPONU (2006 - 2011)