



Estudios del CURI

JUS COGENS

Un famoso poco conocido

Heber Arbuet-Vignali

Consejo Uruguayo

para las Relaciones Internacionales

16 de junio de 2011

Estudio No 04/11

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

JUS COGENS

Un famoso poco conocido.

Por Heber Arbuét-Vignali ¹.

El Pinar, Abril a junio 2011.

1. Su aparición.

Las reglas del jus cogens ² son propia y exclusivas del Derecho Internacional Público. Sólo este sistema requiere de tal tipo de reglas porque, dada su estructura de coordinación ³, todas sus normas emergen de un mismo origen sustancial, la voluntad coordinada de los Estados, aunque a través de dos diferentes manifestaciones formales: los tratados y las costumbres ⁴. Por esta razón el sistema no tiene jerarquía entre fuentes y tampoco, en principio debe tenerla entre sus normas ⁵.

Después de la Segunda Guerra Mundial los Estados sintieron la necesidad de que algunas, muy pocas normas, quizá en ese primer momento solo una, la que estableciera un sistema de seguridad colectiva, fueran obligatorias para todos sin que, particularmente ninguno pudiera pactar con otro u otros que no las cumpliría. Así como querían esto también deseaban, para las otras reglas, la inmensa mayoría, podría decirse mejor la totalidad con una o muy pocas exclusiones, no cambiar su carácter de dispositivas y mantener a su respecto la potestad de asumir compromisos concordados o salir de ellos en forma igualmente concordada y cumpliendo los requisitos preestablecidos. Los Estados del mundo no querían entrar a un sistema jurídico de subordinación, como los internos que poseían en sus países, en los cuales a partir de la dogmática jurídica interna ⁶, las reglas se establecen para todos sin consultar las voluntades particulares y después nadie puede salir de ellas hasta que se modifiquen para todos. Tampoco querían, o no sabían, como entrar en un sistema mixto, como el del derecho comunitario, con estructuras de coordinación y de subordinación en forma equilibrada ⁷, que se aplicara en sólo algunos ámbitos de competencias quedando las demás en el marco del Derecho Internacional Público común o del derecho interno común, según el caso ⁸.

¹ Antiguo catedrático de Derecho Internacional Público y también de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho UDELAR. Investigador, Premio CONICYT 1999. Consejero del Consejo Uruguayo de Relaciones Internacionales (CURI) y antiguo Director del mismo.

² Ver al respecto, H.Arbuét-Vignali, 2004, Capítulo X, Sección III, Numeral 5 y R.Puceiro Ripoll, 2005/1.

³ Ver H.Arbuét-Vignali 2005, Sección II.

⁴ Ver al respecto, H.Arbuét-Vignali, 2004, Capítulo X, Secciones III y IV.

⁵ Ver R.Puceiro Ripoll, 2005.

⁶ Para los países que fundan sus derechos en el pacto constitucional, monarquías y repúblicas constitucionales que justifican el mando jurídico interno a partir del atributo de la soberanía, esta dogmática se concreta y expresa en sus respectivas constituciones. Para los Estados con fundamentación ideológico religiosa puede concretarse, por ej., en el Corán y la Sunna para las repúblicas y monarquías islámicas; en el Antiguo y Nuevo Testamento para la Santa Sede; y si hubiese un Estado confesional judío, en el Antiguo Testamento, la Toráh y el Talmud. Para los Estados de base ideológico política la dogmática del sistema resulta de los libros que condensan la ideología del partido único gobernante y los conceptos de sus grandes conductores e ideólogos, como pueden ser las ideas del Marxismo-Leninismo, las de Mao complementado por Confucio, etc.. Hay además regímenes, como el de la Jamahiriya libia y otros en bastantes más países de los que parece, en los que la dogmática interna que estructura todo el sistema es, para nosotros, muy difícil de entender y explicar; como el caso de los países con fuertes influencias tribales, étnicas y de tradiciones. Frente a estas dogmáticas en los ámbitos internos, no cabe ni procede insertar la dogmática del jus cogens, pues ellos ya tienen las suyas. Además, recogerla en esos ámbitos, resultaría perjudicial por la posibilidad de nulidad absoluta (ex tunc) que podría proceder en algunos casos, lo que aparejaría serias afectaciones a la seguridad jurídica.

⁷ Ver H.Arbuét-Vignali, 2005, Sección III.

⁸ Debe tenerse en cuenta que imaginar un sistema supranacional, resultaba muy difícil de que ocurriera en 1969, cuando aparece en el Convenio de Viena sobre tratados la idea de jus cogens, ya que el Derecho Comunitario

Pero querían, al influjo de la impresión causada por los horrores de un siglo y medio de guerras desastrosas, por el terror de las armas nucleares y por la influencia de las doctrinas neo jusnaturalistas, establecer algunas reglas inamovibles que se crearan a partir de la convicción profunda de todos los Estados, que reflejaran con total certeza la voluntad de sus gobernantes y la de sus pueblos íntimamente compenetrados entre sí y que sólo a partir de nuevas conjunciones semejantes pudieran modificarse ⁹.

En el marco de un sistema jurídico de transición llamado por Eduardo Jiménez de Aréchaga Derecho Internacional contemporáneo (circa 1930-80) ¹⁰ y requerido por una civilización también en transición (de la contemporaneidad a la posmodernidad), que necesitaba en las relaciones internacionales algunas normas de superior jerarquía que las dispositivas y que sólo pudieran modificarse por todos y solo en ciertas condiciones muy especiales, es que aparece en la Conferencia de Viena de 1969, incubada en la doctrina, pergeñada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en sus proyectos y consagrada en los Convenios sobre la celebración de los tratados en sus arts. 53, 64 y 71 inc. 1 el concepto de normas de jus cogens en el derecho positivo, las que no pueden ser modificadas por la voluntad de uno, dos o muchos Estados por importantes que ellos sean.

2. Caracteres ¹¹.

En realidad las normas de jus cogens no dejan de ser normas de un sistema de coordinación. No las crean ni un poder especial, ni un conjunto de sabios, ni unos interpretes de la voluntad del Ser superior; las crean y también las pueden modificar o suprimir los mismos Estados que crean y modifican y suprimen las normas dispositivas y a quienes estas normas dispositivas y aquellas de jus cogens les serán aplicadas y les obligarán irremisiblemente con igual intensidad. El elemento distintivo de las normas de jus cogens es triple. Radica en que, primero, a su formación no sólo ha concurrido la voluntad política de los Estados manifestada a través de sus gobernantes, sino también la voluntad sociológica propia de los pueblos que ellos representan, segundo, que en esa solución coinciden todos los Estados, gobernantes y pueblos del mundo y tercero, que contra ellas no se puede pactar.

Es una realidad que los asuntos internacionales que son regulados por las normas dispositivas del Derecho Internacional, en general, no son de la ocupación y preocupación sistemática de los pueblos, o, al menos, no lo son como lo son los asuntos económicos o políticos internos, la seguridad ciudadana, las reglas que afectan a las costumbres y tradiciones, las libertades civiles y políticas, las seguridades jurídicas y muchas otras más. Los asuntos internacionales aunque deberían interesar a todos los ciudadanos porque repercuten en ellos, en general no los ocupan. Pues bien, cuando aparece un problema internacional que, además de a todos los Estados y sus gobernantes interesa directamente a todos los pueblos del mundo, estos se ocupan de él y a través de sus medios hacen sentir que ellos, como personas humanas individuales, como común de las gentes, también están interesados y comparten una solución jurídica propuesta por los Estados para concretarla como norma, la norma que se cree tendrá la jerarquía del jus cogens y para modificarla no bastará la voluntad de un Estado, ni de varios, ni de muchos, ni siquiera la de todos los Estados si, además de la voluntad de todos estos y de sus gobernantes

europeo estaba en sus primeras etapas de constitución y todavía en formación sin que hubiere aún clara conciencia que se estaba ante un sistema jurídico nuevo y revolucionario. (Ver H.Arduet-Vignali 2004),

⁹ En aquel momento todos los Estados, sin excepción alguna, los victoriosos, los vencidos y los neutrales; todos sus gobernantes, muchos por convicción, otros por cansancio o temor y otros por vergüenza; y todos los pueblos, los que habían sido arrasados, como los europeos, asiáticos, de Oceanía y algunos africanos, los que habían contribuido con sus muertos como EE.UU. Brasil o Australia entre otros y los menos infelices que habíamos sufrido privaciones y temor y alguna pérdida ocasional como el Uruguayo y en general los latinoamericanos, todos ellos tenían una clara convicción común: guerra nunca más. Esta observación no es solo producto de mis análisis, pues yo viví esa experiencia desde 1945, liceal con 12 años hasta 1969 cuando se consagra el jus cogens y yo ya era un joven profesor de Derecho Internacional.

¹⁰ Ver E.Jiménez de Aréchaga 1980.

¹¹ Ver R.Puceiro Ripoll, 2005/1, Sección V.

y diplomáticos, no cuenta con el apoyo psico-sociológico de todos los pueblos que coincidieron para crearlas. Esto es lo único que puede significar la infeliz terminología demasiado imprecisa que se utiliza: “...norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto...”.

3. El articulado.

Dice el art. 53 del C.Viena/969 ¹²:

Art. 53. Tratados que estén 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. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esta norma se convertirá en nulo y terminará ¹³.

Art. 71. Consecuencias de la nulidad de un tratado que está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del art. 53, 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.

4. Ámbito de aplicación.

De la redacción de tales artículos resulta claro que estas normas de jus cogens sólo actúan en el ámbito del Derecho Internacional Público en el cual y para el cual se crean y cuyo objeto es anular, quitándole validez y efectos a todo tratado y entendemos que también a toda norma consuetudinaria ¹⁴ que los Estados aprueben contradiciendo sus disposiciones; el jus cogens sólo actúa en el ámbito de las relaciones internacionales, respecto a Estados y Organizaciones Internacionales sus sujetos principales ¹⁵ y vinculados a normas de tratados o costumbres, sus fuentes propias.

¹² Este tratado puede verse en M.A.Vieira, H.Arduet-Vignali y V.Veida (1975), tomo I Capítulo I, Numeral 1. Los artículos 53, 64 y 71 inc. 1 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados del 23 de mayo de 1969, que acá se transcriben, se repiten respectivamente con la misma numeración, acápite y redacción en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estado y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales del 21 de marzo de 1986 y pueden verse en Sitio de Internet-1.

¹³ R.Puceiro Ripoll (2005/1, Sección IX, ## 10 a 12, especialmente este) indica que la expresión “es nulo y terminará”, no es correcta ya que son términos en cierta forma contradictorios, y argumenta en el sentido de que el tratado anterior es válido en cuanto a los efectos ya realizados totalmente y que, respecto a los efectos no agotados al aparecer la norma de jus cogens se pueden dar dos situaciones: los efectos totalmente incompatibles con ella se extinguirán de inmediato y los que no lo son conservarán validez en lo que sea viable.

¹⁴ Es natural que unos Convenios como los de Viena de 1969 y 1986 que versan sobre el derecho de los tratados sólo se refieran a estos; también nos parece lógico que no habiendo en el Derecho Internacional Público jerarquía entre fuentes (ver R.Puceiro Ripoll, 2005) la influencia de las normas de jus cogens, que pueden provenir de la fuente convencional o de la consuetudinaria, también se extienda a toda esta.

¹⁵ Ver H.Arduet-Vignali, 2005/1, Secciones I, II y VI y H.Arduet-Vignali 1995, Sección III. Y sin perjuicio de otros sujetos temporarios, las comunidades beligerantes, ideológicas, los pueblos, de oportunidad histórico-política, los

Por otra parte la definición de jus cogens nace en el tratado de 1969 y está acotada exclusivamente al ámbito del mismo: “...para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general, es...” y allí se crea y define el jus cogens (art. 53), lo mismo se dice en la convención de 1986 (art. 53), cuando se acepta y recoge igual idea “...para los efectos de la presente convención...”. Por lo cual este tipo especialísimo de norma sólo funciona en los ámbitos expresamente indicados: el derecho de los tratados regulados por el Convenio de 1969 y, después, en el de los del Convenio de 1986, que lo recibe y recrea. Debe concluirse que este tipo de reglas con sus consecuencias tan especiales y trascendentes se crean exclusivamente para producir efectos en el ámbito en que aparecen y, cuando se les quiera dar efectos en otros sistemas jurídicos ajenos a él, tendría que crearse expresamente en el mismo una norma que así lo determine.

Es decir, el concepto y las consecuencias de las normas de jus cogens sólo son aplicables al ámbito del derecho de los tratados entre Estados (Convención de 1969) y entre estos y Organizaciones Internacionales (Convención de 1986) y, eventualmente, también en el de las normas internacionales consuetudinarias (ver supra llamada 12); es decir en relación a las normas del Derecho Internacional Público. Para extenderlo a otros sistemas, como los del derecho interno, no es suficiente con que el Estado de marras haya ratificado las convenciones de Viena de 1969 y/o de 1986, porque el objeto de ellas son normas internacionales, tratados, costumbres, y no otro tipo de reglas, decretos, leyes, constituciones. No es imposible que la categoría de normas que encierra el jus cogens sean aplicables en algún o algunos sistemas jurídicos internos, pero para ello aquel o aquellos, deberían crear una norma interna del más alto rango que la recepte creándola y disponiendo que ella alcanzará a decretos, leyes y/o a normas constitucionales ¹⁶.

Personalmente pienso que, en los sistemas jurídicos internos, no sería bueno crear este tipo de normas, porque están muy cerca de conducir a la libre interpretación del derecho o a un dominio desmedido y cambiante de la opinión de los jueces ¹⁷, lo que no da certeza ni seguridad ¹⁸. Además, como los tratados son instrumentos exclusivos del Derecho Internacional Público ¹⁹ la virtualidad y efectos de este tipo de reglas de jus cogens sólo se extiende al ámbito de aplicación de aquel. Para que adquiriera virtualidad jurídica en otro tipo de sistema, como los sistemas jurídicos internos ²⁰, sería necesario que, como lo hizo la Convención de 1986, ese sistema jurídico recreara la categoría de norma de jus cogens consagrándola expresamente en alguna de sus normas.

5. Los peligros de querer insertarlas en el derecho interno.

De esto resulta que es muy difícil, sin forzar los textos y su razón histórica, vincular a las normas del jus cogens, aquellas a las cuales el cuerpo de los arts. 53 y 64 y los cabecales de estos y del cuerpo del art. 71 de los Convenios de Viena de 1969 y 1986 definen como “...una norma imperativa de derecho internacional general...”, y transferirlas al ámbito de los sistemas jurídicos internos de los Estados.

movimientos nacionales de liberación, o de razón puramente histórica, la Santa Sede, el Monte Athos, la Soberana Orden de Malta y otros. Ver H.Arbut-Vignali, 2005/1, Secciones III, IV y V.

¹⁶ No a tratados, que no constituyen un tipo de normas del derecho interno, y otro tanto puede decirse de las normas consuetudinarias internacionales, porque no es la práctica de los Estados en sus relaciones mutuas la que nutre de reglas a estos sistemas y porque, en general, en pocos casos se recoge como fuente a la costumbre interna.

¹⁷ Ver infra, Numeral 8 ## 5 a 12.

¹⁸ Para los sistemas jurídicos de derecho positivo vigente, no para los filosóficos que deben procurar lo intelectivamente mejor, el valor más alto ypreciado es la seguridad, aún por encima de la justicia. Porque dadas las veleidades del espíritu humano y siendo humanos quienes crean, interpretan y aplican el derecho positivo, sin seguridad del sistema este será injusto y es preferible que el mismo pueda aparecer en algunos casos como no totalmente justo, pero que en todos los casos disponga de certeza y seguridad y se sepa a que atenerse.

¹⁹ Evidentemente no son, por las características que poseen, fuentes normativas del derecho interno. Respecto al Derecho Comunitario, si son fuentes en relación al Derecho Comunitario originario porque este se genera en actos cuya naturaleza pertenece al Derecho Internacional Público y, a la vez, por su contenido adquieren naturaleza comunitaria. Respecto al Derecho Comunitario derivado que regula las relaciones entre los Estados miembros en el ámbito de competencias que han decidido poner en común, los tratados no son una fuente reconocida.

²⁰ Y también en el Derecho Comunitario derivado.

Es carente de lógica jurídica y es contrario a la forma de interpretar tratados, sostener que, por el mero hecho de ratificar la Convención de Viena de 1969 o la de 1986, el Estado incorpora en el ámbito jurídico interno el principio del jus cogens, o que por ello se compromete a crear una norma interna que reciba el jus cogens para que actúe sobre sus disposiciones internas; a lo que ese Estado se obliga es a no celebrar tratados y a aceptar las consecuencias de una regla de jus cogens sobre sus tratados a celebrar o ya celebrados, y en todo caso también, a no llevar adelante con otros Estados, prácticas contrarias a una regla de jus cogens. Tampoco otro tipo de tratado, incluso aquellos que consagran valores éticos muy importantes y a los cuales adhieran la gran mayoría de los Estados, puede, por sí solo crear una regla de jus cogens para los ámbitos internos, porque ya vimos cual es el proceso y cuales son las condiciones necesarias para que aparezca una norma de tal rango ²¹ (ver supra Numerales 1 y 2). Y, aunque la jurisprudencia y/o la doctrina internacional, y menos aún la interna, estableciera que determinadas soluciones tienen la jerarquía de reglas de jus cogens, esto no sería vinculante, ni crearía para ningún Estado la obligación de crear en su ámbito interno o de aceptar la existencia en ese ámbito de una regla de jus cogens, ya que ni la jurisprudencia, ni la doctrina pueden auto atribuirse la potestad de ser la voluntad “de la comunidad de Estados en su conjunto”; por otra parte ellas ni siquiera son fuentes del Derecho internacional y sólo en algunos estados la jurisprudencia lo es en el derecho interno.

Para que en los ámbitos internos se creara una jerarquía de normas de igual rango que el jus cogens, no es suficiente ratificar un tratado o que la jurisprudencias y/o la doctrina sostengan que tal regla es de jus cogens (ni interno, ni internacional); sería imprescindible que el sistema jurídico de ese Estado creara una norma jurídica del más alto rango interno y establecida por los procedimientos consagrados en su constitución, que decidiera recibir la idea de jus cogens en ese país y que también definiera cuales son sus reglas de jus cogens y cuales procedimientos y acciones de los ciudadanos y/o las autoridades, no pueden apartarse de ellas. Por otra parte, nuestra opinión es que hacer esto último no resulta necesario ya que los sistemas internos cuentan, para cumplir con igual finalidad de ordenación subordinante, con su dogmática propia (ver supra llamada 6) y pudiera resultar perjudicial esta nueva creación por sus efectos y eventuales contradicciones con normas constitucionales.

6. Posición del ser humano en el Derecho Internacional Público.

Por otra parte resulta difícil y poco congruente relacionar estas normas propias de un sistema jurídico internacional específico con los clásicos sujetos del derecho interno, los seres humanos individuales, los cuales no son sujetos del Derecho Internacional Público ²² y pretender coordinarlas con las reglas que a ellos les vinculan, las constituciones, leyes u otras normas internas.

En efecto, esta afirmación no resulta ser sólo una opinión doctrinaria, sino que además proviene de la mera observación de los hechos. Los seres humanos individuales aunque son los últimos beneficiarios y los eternos protagonistas del sistema del Derecho Internacional Público como de todo otro sistema jurídico, por el mero hecho de que sin seres humanos no sería necesario el derecho positivo, ni habría quién lo creara, no pueden, por sus capacidades y dimensión, ser sujetos procesales de un sistema de coordinación. Estos sistemas, al que pertenece el Derecho Internacional Público requieren que los propios sujetos a los que él obliga (Estados y Organizaciones Internacionales), a la vez sean quienes coordinen entre sí directamente para crear sus normas (celebrar tratados y generar con sus prácticas la costumbre), quienes directamente se ocupen de vigilar el cumplimiento o violaciones de las mismas (gestiones diplomáticas en las relaciones internacionales) y, en su caso, directamente se coordinen para castigar sus infracciones (sistema de seguridad colectiva, legítima defensa, retorsiones; anteriormente el sistema, poco efectivo e injusto, del equilibrio de poderes y la autotutela). Es un dato de la realidad que

²¹ Ni siquiera las Convenciones de Viena de 1969 y/o de 1986, crearon ninguna regla de jus cogens, solo consagraron la posibilidad de existencia de normas de tal tipo como reglas del derecho positivo vigente, dieron algunos lineamientos, muy vagos y poco concretos, para reconocer las condiciones para su existencia y determinaron sus efectos.

²² Ver H.Arbut-vignali, 2005/1, Sección VII y H.Arbut-vignali 1995, Sección III.

los seres humanos individuales no desempeñan como tales ²³ ese papel de sujeto-protagonista y, en muchos casos, no viven lo suficiente, ni disponen de capacidad material como para desempeñarlos. Creemos que la pretensión de atribuir al ser humano individual, por razones filosóficas, la calidad de sujeto del Derecho Internacional Público es una posición voluntarista sin asiento en la realidad y, por ello, carente de consecuencias prácticas, ya que, de todas maneras el Derecho Internacional Público pos moderno se ocupa de protegerlo y dignificarlo, ampararlo y promoverlo, sin que se requiera para ello que sea sujeto procesal del mismo, porque siempre, el ser humano, es el centro de los sistemas jurídicos, porque sin aquel estos no serían necesarios. Por otra parte pueden existir sistemas de Derecho Internacional, fuera del esquema del Público, que admitan estructuras mixtas de subordinación y coordinación y que comprendan al ser humano como sujeto. Sería muy conveniente que se promoviera la creación de algún tipo de estos sistemas para garantizar la protección de los derechos y el ambiente humanos a nivel mundial (ver infra Numeral 11 # 19).

7. Relaciones entre sistemas.

También es bueno tener en cuenta cómo se vinculan y coordinan las normas del Derecho Internacional Público y, por ende, las normas de jus cogens, con las de los diferentes sistemas jurídicos internos ²⁴. Una antiquísima regla consuetudinaria de Derecho Internacional Público determina que las formalidades para estos ingresos y la ubicación y rango de las normas ingresadas, son potestades del Estado que ha suscripto el tratado o es alcanzado por la norma consuetudinaria; es decir que entran o no y se ubican jerárquicamente subordinándose a las disposiciones constitucionales del Estado de que se trate. El Estado que ha suscripto un tratado o no se ha transformado en objetor sistemático de una costumbre internacional ²⁵, como Estado está obligado a acatar, cumplir y hacerla cumplir a sus súbditos las normas del tratado o de la costumbre de que se trate, pero, para ello, cómo la ingresa y el rango que le otorgue dentro de su sistema, queda a lo que disponen las normas constitucionales del Estado.

En el caso de que no se la ingrese teniendo obligación de hacerlo, o si la ingresa mal, o si se la ingresa en un rango que anula o dificulta su efectividad, el Estado incurre en responsabilidad internacional y en ese ámbito se le podrán aplicar sanciones tratando de doblegar su actitud de incumplimiento y obligarlo a actuar acorde al derecho internacional. Pero no hay posibilidad de someter coercitivamente al Estado involucrado para que adopte medidas en su ámbito interno para revertir la situación y forzarlo para que actúe en contra de su decisión primaria; si así se hiciera se estarían quebrando los Principios fundamentales del sistema: el de la Igualdad Soberana de los Estado y el de No Intervención en sus Asuntos Internos ²⁶. Pretender que las normas de jus cogens, por ser tales no necesitan ingresar al Estado por el solo hecho de ser aprobadas internacionalmente porque ya están en él y que, una vez establecidas, prevalecen por sí sobre las demás normas, no es propio del sistema del Derecho Internacional Público²⁷, aunque ello puede ocurrir con otro tipo de normas de otros sistemas jurídicos internacionales regionales ²⁸ y sea deseable y bueno que se trabaje para crear un nuevo sistema jurídico a nivel general (mundial) que permita que ello ocurra, con determinado tipo de normas en áreas específicas de competencias que interesan por su importancia y que por ello sea conveniente que sean obligatorias para todos los Estados; pero para eso la doctrina y los diplomáticos deberán hacer sus aportes y los Estados asumir de buena fe compromisos explícitos más estrictos en el ámbito de las relaciones internacionales mundiales ²⁹.

²³ Aunque sí pueden hacerlo al ser soporte de cargos y asumir roles de Jefe de Estado o gobierno, agente diplomático, Secretario o director de una Organización, etc..

²⁴ Ver H.Arbut-Vignali, 1994; H.Arbut-Vignali 1995, Sección V; y H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005).

²⁵ Ver H.Arbut-Vignali, 1995, Sección IV.

²⁶ Ver al respecto H.Arbut-Vignali 2007.

²⁷ Ver H.Arbut-Vignali 2007

²⁸ Por ejemplo el Derecho Comunitario europeo. Ver H.Arbut-Vignali 2004, Capítulo VII, Secciones III y IV.

²⁹ Ver H.Arbut-Vignali 2007.

En el panorama mundial actual, la práctica generalizada de los Estados es ingresar las normas del Derecho Internacional Público a sus sistemas internos mediante distintos procedimientos, generalmente aceptando la incorporación automática, pero, en cuanto a su ubicación la tendencia reciente más extendida, es ubicarlas con rango supra legal, pero infra constitucional ³⁰, en casos excepcionales, para todos los tratados o sólo para los celebrados dentro de ciertos ámbitos de competencias (generalmente Derechos Humanos) ingresarlas como constitucionales (Países Bajos en el primer caso y Argentina en el segundo); algunos países mantienen la tendencia tradicional y ya superada de darles rango legal y una gran parte, como Uruguay, nada dicen en sus normas fundamentales. En este último caso, si bien la tendencia es estar a lo que resuelve la jurisprudencia interna, lo que corresponde internacionalmente es darles rango supra legal pero infra constitucional ³¹.

8. Impacto y determinación internacional del jus cogens.

Así como por razones jurídicas formales entendemos que la idea de jus cogens internacional en los ámbitos jurídicos internos sólo puede considerarse desde una perspectiva de filosofía del derecho y que no posee virtualidad para incidir en el derecho positivo vigente ³², sostenemos que, en el ámbito de las relaciones internacionales, por razones jurídico sustanciales, esta jerarquía de normas tienen fundamental trascendencia, aunque por la indefinición acerca de cuáles son las normas de jus cogens (ver infra Numeral 9) tienen muy escasa repercusión práctica ³³.

Las reglas de jus cogens constituyen disposiciones fundamentales y necesarias de una época y una determinada circunstancia que la comunidad de Estados en su conjunto desea mantener, pero que no son necesariamente eternas, necesarias y adecuadas por siempre, ni indispensables y, en ciertas condiciones muy especiales pueden ser modificadas por la misma comunidad de Estados en su conjunto.

Para que surja una regla de jus cogens no basta con que la mayoría o la totalidad de los Estados la creen y suscriban ³⁴. Para caracterizar una norma como regla de jus cogens es necesario que ella responda a valores, deseos o intereses comunes y universalmente aceptados en un momento histórico determinado por todos los Estados y queridos por todos los pueblos y que los mismos incidan en todo el sistema de las relaciones internacionales y no sólo en algunos sectores de las mismas; la incidencia de sus contenidos debe ser significativa en el balance general del funcionamiento del sistema del Derecho Internacional Público de la época en que se adopta. Para determinar esa incidencia será necesario analizar a la vez y en cada oportunidad las reglas, las relaciones que regulan, la actividad política de los Estados en su conjunto en relación a ellas y la adhesión socio política del común de las gentes de todo el mundo a su

³⁰ Debe tenerse en cuenta que los Estados europeos, lo que ingresan con rango constitucional o supra constitucional, son las reglas del Derecho Comunitario, pero no, necesariamente, salvo Países Bajos, las del Derecho Internacional Público general.

³¹ De las normas internacionales sobre responsabilidad de los Estados (Ver E. Jiménez de Aréchaga 2008), resulta la supra legalidad. La infra constitucionalidad la sostenemos porque las normas constitucionales internas reposan directamente sobre la voluntad del común de las gentes, máxima autoridad en cualquier sistema; ya que siempre es este grupo el que acepta y aprueba las normas internas del más alto rango: en unos casos votándolas como en los regímenes del pacto, en otros adhiriendo a ellas como en los sistemas ideológicos políticos o aceptándolas como dogma espiritual, en los sistemas ideológicos religiosos. En tanto que las disposiciones de los tratados reposan en la voluntad de autoridades de segunda jerarquía: el Poder Ejecutivo, la ratificación parlamentaria y otros similares.

³² Salvo que tal idea se receptara en el sistema jurídico interno de que se trate, expresamente, con total claridad e indicando precisamente sobre cuáles fuentes internas produce efectos.

³³ Ningún tribunal internacional ha anulado algún tratado por considerarlo contrario a lo que el entendía, para el caso y no más allá (ver supra Numeral 5 # 2 in fine), a una regla de jus cogens, aunque los tribunales, sí, han adoctrinado sobre el tema y la doctrina ha adelantado numerosas y diferentes opiniones que no se encuentran sistematizadas..

³⁴ Por ejemplo, muchas reglas consuetudinarias sobre utilización de ríos internacionales, las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, muchas reglas acerca de la jurisdicción y uso de los mares, cuentan con el respaldo y la adhesión de todos los Estados y sin embargo no son disposiciones de jus cogens y, respecto a la Carta, no todas lo son.

respecto. No obstante, no son inmutables, aunque “...sólo puede(n) ser modificada(s) por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

Debe tenerse en cuenta que cuando se crea, se modifica o se elimina una norma de jus cogens internacional ya nada será como antes en las relaciones internacionales generales y/o particulares, pues ellas inciden en todo el sistema y no solamente sobre alguno o algunos aspectos concretos.³⁵

Pero también existe otra dificultad muy seria en lo que respecta a poder determinar el carácter de jus cogens de una regla. Debe aceptarse que las fuentes de las reglas de jus cogens se encuentran en la costumbre y/o en los tratados y que en ambos procedimientos es determinante la acción de los Estados impulsando su voluntad jurídica (tratados) o concretando sus actividades prácticas (costumbres). Esto ocurre tanto cuando se crea una norma dispositiva, como cuando se establece una regla imperativa (jus cogens). Debemos aceptar también que alguna diferencia importante debe de existir entre un caso y el otro. No habiendo manera práctica de diferenciar esos procedimientos, nosotros proponemos que para las normas de jus cogens esa diferencia la hace la participación que en ellas tienen las voluntades de los pueblos para mover a los Estados (ver supra Numeral 2), la que no existe en el caso de las reglas dispositivas para cuya concreción alcanza con la voluntad y/o la acción de los Estados manifestada a través de la actividad de sus gobiernos.

Los supuestos a aplicar para determinar si nos encontramos ante una norma dispositiva o una imperativa, nos resultan claros, aunque de dificultosa determinación, pero ¿quién o quienes determinan que en una norma de Derecho Internacional Público se han configurado las exigencias para que adquiera la jerarquía de jus cogens y produzca sus efectos por no ser una mera norma dispositiva? Ya dijimos que no existe un criterio objetivo y práctico para determinar la diferencia ya que ambos tipos de normas tienen el mismo origen (fuentes) e idénticas características formales (la de los tratados y la de las costumbres). ¿Quién determina y con que alcance que una norma posee los caracteres propios del jus cogens?

La determinación concreta de cuales son las normas del jus cogens internacional no puede ser dejada a la práctica de los Estados porque esta únicamente puede crear normas consuetudinarias y en ellas podría faltar la participación y convicción de los pueblos, lo que normalmente ocurre; el mismo razonamiento es aplicable a la práctica jurídica que crea los tratados. Tampoco esa determinación, con efectos generales vinculantes puede quedar en manos de la doctrina o la jurisprudencia que no son fuentes formales del Derecho Internacional y por lo tanto no puede adjudicárseles la facultad de crear con carácter general, las normas de más alto rango positivo.

Creemos que en la concreción de las normas de jus cogens el papel de los Estados, sus gobiernos y sus pueblos, son los que señalamos en el Numeral 2. Creemos también que la doctrina puede intentar indicar cuales son las normas internacionales ya creadas que poseen el carácter de jus cogens, pero estas opiniones no tendrán efectos prácticos, ni virtualidad jurídica en ningún caso, porque la doctrina no es fuente de derecho; pero serán útiles a la jurisprudencia en la acotada función que le reconocemos respecto al jus cogens. Por último creemos que la jurisprudencia, cuando se le plantea para resolver un

³⁵ No es lo mismo un sistema jurídico y político internacional que acepte el Principio de la Auto tutela, a otro que lo sustituya por el Principio de la Seguridad Colectiva. El Principio de la Auto tutela, de escaso valor axiológico, desde el siglo XVII hasta la Carta de Naciones Unidas funcionó como una regla de jus cogens pues era considerado en los hechos como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario” y que si se hacía tal acuerdo este no obligaba al Estado que se había comprometido y los pueblos lo aceptaban como válido y en algunos casos como una adversidad natural; de hecho era una norma de jus cogens aunque el derecho positivo de la época no recibía esta categoría de reglas, aunque sí lo propiciaba la doctrina jusnaturalista. El Principio de la Seguridad Colectiva (de mucho mayor valor axiológico), consecuencia del Principio de Prohibición del uso y de la Amenaza del Uso de la Fuerza en la Relaciones Internacionales (de un altísimo valor axiológico) son dos reglas que la inmensa mayoría de la doctrina actual considera que tienen la jerarquía de jus cogens.

caso en el cual tenga que decidir una regla es o no de jus cogens, deberá investigar la práctica de los Estados, las actividades de sus gobiernos y el comportamiento de sus pueblos y ayudarse con la doctrina para decidir si esa regla determinada tiene o no el carácter de jus cogens y fallar en consecuencias; esa decisión no tendrá efectos ni virtualidad jurídica general, porque la jurisprudencia no es fuente de derecho, pero si las tendrá para el caso y exclusivamente para él, porque la jurisprudencia complementa el derecho para resolver los asuntos concretos que se someten a su decisión y crea la ley para las partes.

Cuando en una función de aproximación las reglas de jus cogens son identificadas por la doctrina y cuando la jurisprudencia las recibe para los casos concretos ³⁶ podrán servir de cauce y guía práctica en el desarrollo y aplicación del Derecho internacional Público. Aún así la concreción aproximada de estas reglas está plagada de dificultades, queda sometida a los vaivenes de la jurisprudencia que varía con frecuencia y abre vías de confusión y desconcierto cuando un tribunal dictamina en un sentido y otro en uno diferente, o cuando un mismo tribunal cambia su jurisprudencia.

Por ello pensamos que la concreción del jus cogens internacional como derecho positivo en vigor, que sería de gran relevancia y valor doctrinal y conceptual ³⁷, será de muy poca y dificultosa aplicación, como consecuencia de insertar conceptos filosófico, mal e imprecisamente definidos, sin voluntad de que produzcan los efectos lógicos de una mayor subordinación de los Estados al sistema y queriendo responder, sin comprometerse demasiado, a reclamos válidos de los pueblos. En estas condiciones, además, la aplicación práctica de la idea de jus cogens, perdería su objetividad jurídica e ingresaría en subjetividades válidas pero de naturaleza filosóficas o políticas ajenos a aquella objetividad del derecho positivo en vigor.

Todo esto hace muy difícil, si no imposible, ver como jurídicamente correctas las pretensiones de hacer gravitar la idea y eficacia de las normas de jus cogens internacional en el ámbito jurídico interno de los Estados, por el solo hecho de que el Derecho Internacional haya creado la categoría para su uso, o por el hecho de que un Estado haya ratificado las Convenciones de Viena de 1969 y/o de 1986, o porque hay ratificado un tratado que establece reglas que se sostiene tienen jerarquía de jus cogens para que se apliquen en las relaciones entre los Estados sin que haya un compromiso expreso de que la categoría se aplicará en el sistema jurídico interno de los Estados partes. Esta posición de traslado automático, la adoptan algunos autores quienes a la vez parecen pensar que las reglas de jus cogens del Derecho Internacional Público positivo vigentes siempre revisten un supremo valor axiológico. Esto era y es correcto en el pensamiento de las doctrinas jusnaturalistas antiguas y neo jusnaturalistas de hasta mediados del siglo XX, pero es erróneo en el marco contextual de la interpretación de los tratados, que las propias Convenciones de Viena de 1969 y 1986 establecen y que, en su inmensa mayoría recoge normas consuetudinarias de muy antigua vigencia; por otra parte de entre las normas actuales que la doctrina suele admitir en general como de jus cogens o que funcionaron en otras épocas como tales, las hay de muy diferente valor ³⁸.

³⁶ Pensamos que los Estados en un tratado general, ni aún con un gran número de Estados signatarios, pueden otorgar a determinadas normas el rango de jus cogens porque se estaría eludiendo en la creación de las mismas la participación que en ella deben tener los pueblos. No es pensable que por práctica consuetudinaria se determine la calidad de jus cogens de una norma, porque el instrumento y su funcionamiento no lo permiten.

³⁷ Nada menos que introducir un instituto de los sistemas jurídicos de subordinación en el típico sistema de coordinación, el Derecho Internacional Público (Ver H.Arbuét-Vignali 2005, Sección II).

³⁸ Ellas pueden tener un altísimo valor axiológico, como en el caso de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza, el Principio de la Auto determinación de los Pueblos y la obligación de proteger internacionalmente determinados derechos fundamentales del ser humano; o un alto valor axiológico, como el sometimiento a un sistema de seguridad colectivo y la admisión de la legítima defensa; o un escaso valor axiológico, como el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados y el Principio de No Intervención; o ser neutras, como el Principio de la Libertad de alta Mar y la existencia de algunos espacios patrimonio común de la humanidad; o tener valor negativo, como señaláramos en llamada 35, es el caso de la auto tutela y, en buena medida, en el caso de algunos Principios del Derecho Internacional Humanitario en cuanto a que a la vez que imponen los deberes de humanidad, también respetan el Principio de Necesidad.

Pensamos que aquellas normas que poseen la categoría de jus cogens no pueden concretarse sino por los tribunales para el caso que se les comete y adquieren efecto en los casos de litigios en los cuales un Estado o una Organización Internacional, reclame a otro de estos sujetos por entender que su conducta convencional (y quizá también consuetudinaria) ha violado una norma que la parte pretende tenga la jerarquía del jus cogens. En este caso el tercero imparcial (juez, árbitro o amigable componedor) llamado a decidir, tendrá la facultad de determinar, fundándolo cuidadosamente y sólo con eficacia limitado al caso tratado, si existe esa pretendida regla de jus cogens y que efectos resultan de ella para la controversia en trámite. Estas sentencias, laudos o decisiones no producirán efectos más allá del caso particular en que se formulan, porque la jurisprudencia no es fuente del Derecho Internacional Público y además los Convenios de Viena de 1969 y 1986 sólo reconocen como creadores de normas de jus cogens a la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” lo que, con total evidencia excluye a la jurisprudencia y la doctrina. Función similar podrían tener los tribunales internos, pero sólo en el caso en el que su sistema interno haya receptado en el derecho positivo la idea de jus cogens (no pretendiendo hacer valer la idea de los Convenios de Viena sólo referidos al ámbito internacional); este último supuesto es difícil de que se produzca (no conocemos sistema interno que haya recreado esta categoría jurídica) y además pensamos que sería inconveniente por lo expresado supra en los Numerales 4, 5 y 7. Pensamos también que del análisis del sistema y de los fundamentos del Derecho Internacional Público no puede resultar otro tipo de aplicación de las reglas de jus cogens que él creó en los Convenios de Viena, que las que exponemos al principio de este parágrafo.

9. Cuales son reglas de jus cogens.

Para determinarlas debe tenerse en cuenta que la explicación del significado de las reglas de jus cogens propias de un sistema de coordinación entre Estados soberanos, debe buscarse procurando una respuesta a la pregunta: ¿que deben de tener en común estas reglas para ser tales? El criterio, útil, se encamina en el sentido de tener en cuenta la esencia misma de estas normas. Su especificidad propia no radica en que todos los Estados en su conjunto estén de acuerdo con las mismas, porque esto es común a todas las normas del Derecho Internacional Público general (ver supra llamada 34).

A nuestro entender la esencia propia de las reglas de jus cogens se ubica en algunas características exclusivas que poseen y que no son fáciles de precisar. En primer lugar, de alguna manera y a través de procesos sociológicos a veces difíciles de detectar, estas normas surgen impulsadas directamente por la voluntad de los pueblos. En segundo término, el objeto regulado por la norma y la orientación que a él le imprime su contenido, determinan que este tipo de reglas tenga una gravitación trascendente sobre todo el sistema jurídico que regula las relaciones internacionales de un momento histórico determinado; en consecuencia, ellas inciden sobre las propias relaciones internacionales de esa época cuyo estilo y características serán profundamente diferentes en su globalidad, según la regla exista, se modifique o falte. Y en tercer lugar, su vínculo con el sistema general es tan estrecho que las mismas deben ser ineludiblemente respetadas por todos los Estados pues si algunos no lo hicieran esta circunstancia traería consecuencias, directas o indirectas, para todos los protagonistas y no sólo para aquellos que se apartan de la norma; si algunos Estados las desconocen todo el sistema deja de funcionar como se había previsto que funcionara. En consecuencia, no debe tomarse la expresión “aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto” exclusivamente como una expresión técnica; se trata de una indicación que va mucho más allá de eso.

En primer lugar son reglas que nacen, se modifican o desaparecen en virtud de “ser aceptadas y reconocidas por la voluntad de la Comunidad de Estados en su conjunto” en un determinado momento histórico. Esta expresión abarca mucho más allá de la necesaria concurrencia de la voluntad de los Estados para la entrada en vigor positivo de las reglas del Derecho Internacional Público general. Las reglas de jus cogens necesitan, además de esto, que respecto a su contenido conceptual exista una profunda coincidencia, que hayan sido encarnadas por todos los Estados; esto último dicho en el sentido de ser reclamadas como indispensables por la inmensa mayoría de todas las poblaciones y de ser consideradas

como instrumentos irrenunciables por todos los gobiernos de todos los territorios del mundo ³⁹. La expresión significa que para ser considerada regla de jus cogens, debe ser reconocida y aceptada en su conjunto por la comunidad de todos los seres humanos organizados políticamente en Estados. La inmensa mayoría de la totalidad del género humano que se ha fragmentado en diversas concepciones del mundo, de la vida, de Dios, de sus creencias, de los valores, de sus concepciones políticas, de las preferencias y de tantas otras cosas, trascendentes unas y simples otras, y que por ello se ha agrupado en diferentes Estados que amparan sus distintos estilos de vida, más allá de esas diferencias señaladas, para crear una regla de jus cogens deben coincidir en la necesidad de aceptar y respetar determinadas normas jurídicas internacionales, porque, al menos en eso, todos están de acuerdo en que ellas resultan necesarias para amparar sus diferentes estilos de vida y su perduración en el planeta.

Con la mencionada expresión no se hace referencia en estos artículos a los Estados considerados solamente como una cuestión técnica, como sujetos del Derecho Internacional Público y protagonistas de las relaciones internacionales, sino, además, a los Estados como realidades vivientes, como una exigencia sociológica, como la necesidad que tenemos los seres humanos de reunirnos para competir mejor frente a la naturaleza, manteniendo nuestras identidades últimas, pero agrupándonos para ayudarnos y coordinando con los demás grupos para convivir con ellos. Esa es la idea que a mí se me ocurre que hay que extraer de la expresión comunidad de Estados en su conjunto. Se trata de normas surgidas de un acuerdo convencional (o de una práctica consuetudinaria) que impulsan los pueblos mismos a través de sus instituciones y autoridades, las que coinciden en una idea y en cuales son las acciones conducentes a concretarla. Si de esta manera se genera una norma, se tratará de una regla de “jus cogens” ⁴⁰. No se trata de una norma del Derecho Natural porque puede ser modificada a través de iguales procedimientos formales y sustanciales, pero tampoco es una norma dispositiva, común dentro del sistema.

En segundo lugar estas normas influyen en todo el sistema y no solo en un sector o en una rama del mismo. Su contenido es tal que su vigencia, modificación o eliminación, repercuten en todo el sistema político de las relaciones internacionales de su tiempo; el sistema sufre modificaciones importantes según disponga del contenido de cada una de estas normas o no disponga de él. Por ejemplo: todos están de acuerdo en que la prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es una norma de jus cogens. Este tipo de reglas no puede ser aceptado por unos Estados en tanto que otros no las acaten, porque si dos Estados decidieran en sus relaciones recurrir a la fuerza, eso no sólo afectaría sus relaciones mutuas, sino también las de la comunidad de Estados en su conjunto. Tampoco sería lo mismo que dos Estados convinieran que los espacios marítimos puedan someterse en su totalidad a la soberanía estatal, esto no solo les afectaría a ellos, sino también a todo el comercio y la economía internacionales. En todos estos casos, no sólo se afectan las relaciones de los países que acuerdan, sino que además se modifica el balance general de las relaciones internacionales de todos y eso no se puede hacer por acuerdo particular. Cuando las características del objeto reglado y la extensión de la norma que lo regula conducen a la convicción de que esa relación, esté regulada en la forma que sea, siempre va a involucrar a todos los Estados de la Comunidad en su conjunto, y cuando, además, la norma tenga una importancia trascendental en la vida de esa comunidad internacional, y cuando tal regla sea sentida desde la profundidad de los pueblos que componen los seres humanos distribuidos en Estados, allí podrá decirse que hay una regla de jus cogens nacida de la voluntad de la comunidad de los Estados en su conjunto que han procurado una solución para el caso. Esto sólo puede hacerlo la doctrina como especulación científica, sin pretender efectos prácticos y lo pueden hacer los terceros imparciales componedores internacionales y, en estos casos, tendrán repercusiones prácticas, pero exclusivamente para el caso que las partes interesadas les hayan encomendado resolver (ver supra Numeral 8 # 8)

10. Individualización de las normas de jus cogens.

En las condiciones expuesta, aunque no es sencillo caracterizar y determinar las esencias de estas normas y las consecuencias que de ellas se derivan, resulta mucho más difícil establecer con rigor jurídico y precisión cuales son, las reglas de “jus cogens” dentro de una circunstancia histórica, sociológica, política y jurídica determinada porque, en realidad, ellas pretenden aportar una especie de dogmática jurídica dentro de un

³⁹ La voz Estados, en el marco de la expresión “comunidad de Estados en su conjunto” debe tomarse como referencia a una entidad integrada indisolublemente por una población, que se da un gobierno y se instala sobre un territorio, con conciencia y voluntad de ser una nación o un grupo multinacional armónico.

⁴⁰ Ver supra llamada 9, en relación a la prohibición del uso de la fuerza.

sistema de coordinación que, por definición, no la admite y, a la vez, nacen y se modifican por las circunstancias que rodean a las relaciones internacionales ya que no pueden crearlas ni la doctrina, ni la jurisprudencia (aparte de las mencionada validez de sus interpretaciones para el caso), ni un organismo internacional, ni un selecto grupo de sabios, justos y buenos seres humanos, sino que deben tratarse de “...una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.”

R.Puceiro, 2005/1, pp. 377 a 379, después de señalar que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al preparar el proyecto del Convenio de Viena de 1969, eliminó las propuestas de enumeración de las normas de jus cogens, eliminación que se mantuvo en los textos aprobados posteriormente, hace una detallada reseña de las que el considera normas de jus cogens.

Por otra parte, frente al problema la doctrina ha adoptado diferentes soluciones, en general elusivas y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas no sentó ningún criterio, ni conceptual, ni enumerativo, para determinarlas dejando esta tarea a la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales.

Nosotros pensamos que estas normas, como los dogmas de la fe en la teología, son muy pocas, tienen gran trascendencia y generalidad y se pueden extraer de ellas muchas otras reglas que, sin tener la naturaleza de jus cogens son consecuencia necesaria de la o de las normas de jus cogens vigentes en su momento histórico. Por ejemplo la legitimación de la auto tutela fue en su tiempo una regla de jus cogens y para nosotros lo es ahora la prohibición del recurso al uso o a la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En cambio no todas las demás normas que resultan la consecuencia de esta última, exigen para su establecimiento y modificación las circunstancias del jus cogens. La regla que determina que en las relaciones internacionales actuales no pertenecen a la jurisdicción doméstica de los Estados la determinación de la medida del respeto de los Derechos Fundamentales del ser humano, aún nacional o residente permanente y la que exige a los Estados el respeto de una cierta medida de esos derechos en el ámbito en que ejercen su soberanía interna, para nosotros son reglas de jus cogens; aunque no lo son todas las normas particulares con las que se detalla el alcance de ese deber de protección ⁴¹. El principio de la igualdad soberana de los Estados podemos decir que es una norma de jus cogens, no lo son necesariamente en cambio todas las reglas que son consecuencia inmediata de la misma, por ejemplo el alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

El concepto jurídico de lo que sean las reglas de “jus cogens” internacional es difícil de aprehender. Propician tales dificultades la profundidad de la idea, su trascendencia, sus tortuosos orígenes, sus vínculos filosóficos con el derecho natural y la aparente contradicción que resulta de la pretensión de aceptar normas imperativas de derecho positivo en un sistema jurídico de coordinación, sin dogmática y con protagonismo de sus sujetos. A estas dificultades conceptuales que debe resolver la teoría general, se agregan otras que inciden en la metodología de todo intento de sistematización y derivan del permanente tránsito y cambio a que está sometido el elenco de tales reglas en cada momento histórico. La idea de “jus cogens” inserta en el Derecho Internacional Público de cada época una serie de reglas imprescindibles para su correcta puesta en práctica en el sentido de atender las cambiantes necesidades y aspiraciones que a lo largo de la historia y al socaire de los avances de la civilización, van encarnándose en el género humano considerado como la reunión de todas sus individualidades irrepetibles. Por todo esto entendemos que no sólo es difícil sino también poco trascendente intentar concretar una enumeración completa de estas reglas

⁴¹ No obstante algunas de estas reglas particulares pueden poseer las características de jus cogens. En el último ejemplo citado creemos que deben incluirse en la categoría de reglas de jus cogens, reglas tales como: las que imponen el respeto que deben los Estados a la vida y dignidad humana; la prohibición de recurrir a métodos que aterroricen a los individuos, les torturen o atenten contra su dignidad para obtener fines estatales o de grupos que aspiran a controlar la maquinaria estatal; y otras de similar trascendencia e importancia para la vida humana. En cambio, hay otras soluciones, consecuencias de las de jus cogens en este mismo ámbito, que las complementan y las ayudan a ser cumplidas, que pueden admitir otras soluciones, que no tienen el alcance de las citadas anteriormente y que, en muchos casos ni tienen el reconocimiento de la totalidad o de la gran mayoría de Estados, los que no las reconocen dentro de sus fronteras, que no tendrían esta categoría, ni producirían las consecuencias de las mismas. Un ejemplo que nos parece pertinente es el del debido proceso legal en el marco de un derecho positivo consensuado, el que nosotros aceptamos como muy importante, por nuestra cultura judeo, greco, romana, europea y occidental, pero que no es propia de otras culturas, como las de las repúblicas y monarquías islámicas que para tales finalidades recurren a otras fuentes y fundamentos y a procedimientos diferentes.

a vía de ejemplo ⁴². No menos difícil y al menos también poco práctico resulta intentar un planteo conceptual que pretenda abarcar todas las características y sea válido para todos los tiempos. Este intento corre dos peligros. Por un lado el de quedar rápidamente desactualizado ⁴³. Por otro, lo que es más grave, el de terminar siendo demasiado abstracto y poder confundirse con un enfoque filosófico, cuando lo que más hay que preservar es la idea de que la naturaleza de las reglas de “jus cogens” es la de unas especiales normas de derecho positivo vigentes. Por todo lo expuesto, al menos por ahora creemos preferible intentar una enumeración de características que nos aproxime a la naturaleza del instituto. Las reglas de “jus cogens” responden a necesidades socio políticas determinadas por cada etapa de la civilización; su carácter imperativo lo determinan los hechos, la incidencia de su contenido normativo sobre estos y la racionalidad de lo que sienten los seres humanos organizados en Estados. A su respecto no hay un procedimiento formal, ni un tipo de contenido conceptual que les sea común y exclusivo, para siempre y que permita identificar la categoría. La práctica de los Estados, la jurisprudencia de los tribunales y también la doctrina de los publicistas deberá en todo tiempo estar formulando y reformulando el elenco de estas normas y el concepto que las caracteriza, sin pretender de ellas más aplicación y utilidad que aquellas que se den en el caso concreto en que se aplican (ver supra, Numeral 8 # 11).

Puede contribuir a la determinación de estas normas el tener en cuenta sus características especiales. Se trata de reglas: 1) Del Derecho Internacional Público general, no regionales ni internas; 2) Que pueden originarse en la fuente consuetudinaria o convencional; 3) Que deben concretarse desde la base de la aquiescencia del sentir de toda la humanidad, encarnada en el deseo de sus pueblos y manifestada a través de los Estados que les organizan; 4) Su existencia, modificación o ausencia debe incidir en forma importante en el balance general de todas las relaciones internacionales; 5) No pueden ser desconocidas o sustituidas particularmente y son irrenunciables; 6) Tampoco son necesarias e inmodificables ya que dadas ciertas condiciones pueden cambiarse y de hecho ello ha ocurrido en la historia del Derecho Internacional.

11. Las actuales reglas de jus cogens y su aplicabilidad.

Aunque las reglas de esta jerarquía son muy pocas, no pretendemos y nos sería imposible, hacer una enumeración exhaustiva de estas normas, tarea que supera a cualquier doctrino o tribunal particular y mucho más a mis posibilidades; no obstante señalaremos algunas de las reglas del Derecho Internacional Público de la época postmoderna que nosotros entendemos pueden ser consideradas al 1º de junio de 2011 reglas de jus cogens.

Por nuestra experiencia personal y nuestras investigaciones, nos atrevemos a afirmar que tiene jerarquía de jus cogens el principio de la Proscripción de la Amenaza y del Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales consagrado en el art. 2 inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas y que también lo es (porque también lo vimos nacer y desarrollarse) el Principio de la Autodeterminación de los Pueblos. Incluimos también en este grupo el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, del que es evidente su aceptación por todos los Estados, aún por aquellos que justifican su mando ordenador interno por otros fundamentos (ideológico políticos o religiosos ⁴⁴) y porque la historia muestra que los pueblos, al menos desde la década de los 60' del siglo XX, rechazan el ser sometidos por otros Estados y exigen

⁴² Tal enumeración podría llegar a ser correcta y comprensiva de todas ellas, pero sólo serían válidas para el momento de su formulación, ya que hacia el futuro esas reglas pueden ser modificadas. De todas maneras esa enumeración siempre estaría sujeta a fuertes discusiones a partir de argumentos probablemente fundados y dado que la realidad es más rica que la imaginación, es muy probable que siempre fuera incompleta.

⁴³ Los profundos y frecuentes cambios de nuestra civilización a partir de mediados del siglo XX, tornan innecesario fundar esta posición.

⁴⁴ Ver H.Arduet-Vignali, 2009 y 2011 t/p. Todos los Estados, sea que justifique el mando supremo ordenador interno por el pacto, la ideología política, el dogma religioso y aún cuando esa justificación sea difusa (ver supra llamada 6), aceptan justificar el mando coordinado ordenador internacional a partir del Principio de la Igualdad Soberana de los Estados. De los 193 Estados reconocidos por la Comunidad, 192 lo hacen por ser miembros de la Carta de las Naciones Unidas, matriz a partir de la cual se ordenan las relaciones internacionales, la cual “se basa en el Principio de la Igualdad Soberana de sus miembros” (art. 2 inc. 1) y, además, al igual que en el único caso de Estado no miembro, El Vaticano, por demostrarlo en sus prácticas sistemáticas.

formar el suyo propio, que este sea respetado y se reconozca su igualdad con los demás en lo que respecta a derechos y obligaciones ⁴⁵.

Allí terminan mis certezas intuitivas y se instalan mis pareceres razonados, algunos de los cuales se acercan a la categoría anterior y otros se me dan como más enigmáticos, pero que en mayor o menor medida exigen estudios racionales profundos y exigentes.

Este breve estudio sobre un concepto en algunos casos poco tratado por la doctrina y además mistificado por posicionamientos políticos, se hace con fines de divulgación y de sembrar inquietudes que permitan a otros hacer estudios más profundos sobre un tema muy importante ⁴⁶. Resulta claro que no tiene el propósito, ni yo las posibilidades de pretender determinar doctrinalmente cuales son las demás reglas que pueden ser reconocidas como de jus cogens. No obstante haremos un pequeño esfuerzo, más para mostrar mis dudas que las certezas, las que no existen más allá de las señaladas.

Creemos que se acercan a la primer categoría indicada (ver en este Numeral, # 2) reglas tales como la aceptación de la legítima defensa propia, ya que como señalamos (llamada 44) todos los Estados son miembros de la Carta de Naciones Unidas que recepta y reglamenta este instituto en su art. 51 y es una realidad histórica que los pueblos han estado siempre dispuestos a prestar “la contribución de sangre” cuando el territorio en que viven ha sido agredido o a querido ser avasallado; pero ¿es esta realmente una regla de jus cogens o es solo una regla reflejo de otra regla que si lo es, como por ejemplo la Igualdad Soberana de los Estados? ¿su aceptación o su no reconocimiento afecta y cambia radicalmente el balance general de las relaciones internacionales?; parecería que si, pero sólo digo parecería.

También pensamos que es una regla que se acercan a las que nosotros tomamos como de nuestra primer categoría, es decir las de aquellas que sentimos como siendo reglas de jus cogens el Principio que determina que la protección de los Derechos Humanos fundamentales ha dejado de ser un asunto de la jurisdicción doméstica de los Estados, dónde estos podían hacer lo que quisieran con total discrecionalidad, y que ha pasado a ser un asunto del interés y preocupación internacional, en el cual la comunidad internacional de Estados en su conjunto tiene autoridad, puede pronunciarse, también vigilar, puede obligar y en su caso castigar a los Estados infractores. Todos los Estados lo han aceptado, ningún gobernante lo ha rechazado y los pueblos sienten y respaldan la existencia de esa regla.

Cabe plantearse si hay normas especiales, concretas, para la protección internacional de los derechos humanos, que por sí y en forma particular posean la jerarquía del jus cogens internacional. Creemos que si. Algunos casos nos resultan claros, como las normas que amparan el derecho a la vida y a la libertad individual dentro del estado civilizado que admite reglas que la limiten para que alcance su real valor filosófico, porque ellas se incluyen en todos los compromisos internacionales asumidos por los Estados, ninguno de sus gobierno las niega abierta mente y los pueblos se aferran desde lo más íntimo del ser de sus individuos a la vida y a la libertad.

Es posible ampliar la nómina de derechos que pueden incluirse en las consideraciones del párrafo anterior; al ser este un análisis somero, solo incluimos los que nos resultan mas claros. Pero hay otros

⁴⁵ Aunque la desigualdad en capacidades de acción constituya un hecho, y se admita mediando consentimiento, por pacto que lo acepte, las desigualdades funcionales que resultan de privilegios que la generalidad de los Estados reconocen a otros, como es el caso de los asientos permanentes y el voto privilegiado de 5 miembros en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ver E.Jiménez de Aréchaga y H.Arbut-Vignali, 2005, Sección II).

⁴⁶ La aceptación de la categoría de jus cogens, modifica radicalmente al Derecho Internacional y le hace transitar del sistema que Jiménez de Aréchaga llamó Derecho Internacional contemporáneo, al del que yo llamo sistema posmoderno. Se abre la posibilidad a los Estados de asumir responsabilidades mayores y compromisos mas fuertes a partir del propio Derecho Internacional Público, no dentro de él, porque sus Principios básicos no lo permites, pero si dentro de otros sistemas internacionales de alcance mundial, que se hagan dentro de él y que establezcan reglas más compromisorias para los Estados, que estos no puedan eludir y que si las violan puedan ser efectivamente castigados porque el sistema dispone de órganos jurisdiccionales, con jurisdicio, pero también con imperium en el ámbito internacional y en los ámbitos jurídicos internos.

en que caben dudas que deberían despejarse antes de tomar una posición a su respecto: ¿los gobiernos y los pueblos, aceptan y sienten de igual forma que su apego a la vida y a la libertad, entre otros, el imperativo de no discriminar y el ejercicio de los derechos políticos?.

Otras reglas, como la libertad del alta mar, que la mayoría de los autores entienden que posee jerarquía de jus cogens, o el Principio de la Seguridad Colectiva, que a mi parecer merecería poseer esa jerarquía, o el viejo Principio de Autotutela, que a nivel de Estados hasta principios del siglo XX funcionó como si lo tuviera, ¿cuentan o contó este último con la adhesión de los pueblos sentida desde lo más profundos de sus convicciones en la forma que proponemos como necesaria (ver supra Numeral 2) para que una regla adquiriera la jerarquía de jus cogens?

Toda estas reglas y muchas otras a las que los autores proponen como reglas de jus cogens, están requiriendo de un estudio socio político y jurídico profundo que permita ubicarlas correctamente. Nosotros por ahora tenemos opiniones, pero son mas las dudas; reconocemos que no nos hemos dedicado específicamente al tema de individualizar las reglas de jus cogens en junio del 2011 y tampoco conocemos a autores que lo hayan hecho en profundidad desde la perspectiva que proponemos (ver supra Numeral 2) ⁴⁷.

Las interrogantes quedan abiertas a la espera de estudios serios y profundos que contribuyan a resolverlas. Entre tanto debemos considerar el concepto de jus cogens como una norma jurídica positiva que encierra una idea fuerza trascendente en el campo de las relaciones y en derecho internacionales; y también no dejar de tener presente las dificultades e imprecisiones a que lleva su aplicación práctica.

Por eso pensamos que respecto a asuntos dónde se requiere una protección no solo fuerte jurídicamente, sino también sobre todo efectiva y que logre resultados prácticos inmediatos para los interesados y no solo sanciones y castigos para el Estado infractor, es importante procurar otras soluciones más concretas y efectivas y jurídicamente mas claras y objetivas. Antes de adentrarse en el piélago del proceloso mar del jus cogens consideramos más efectivos, por ejemplo, volcar los esfuerzos en lograr que los Estados, suscriban acuerdos de naturaleza supranacional que admitan la superioridad de esas normas internacionales sobre las leyes internas y la naturaleza supranacional de las Cortes que intervengan y que acepten las consecuencias que de ello resulta, como la automática puesta en acción del poder de sus tribunales internos para hacer cumplir las sentencias de las Cortes en la jurisdicción doméstica de los Estados partes. Esto sin perjuicio de seguir investigando en profundidad la idea de jus cogens mediante estudios mas adecuados en el marco del derecho positivo al que pertenece el instituto y no de planteos filosóficos, para así obtener respuestas objetivamente jurídicas y no teóricas.

⁴⁷ Hay autores que han intentado sistematizaciones serias, como la propuesta de R.Puceiro Ripoll 2005/1, pero lo hacen partiendo de otros supuestos y con otra perspectiva.

OBRAS CITADAS.

1. ARBUET-VIGNALI, Heber (1994): Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y los sistemas internos. El juez nacional ante el Derecho Internacional Público. En Revista de Derecho Laboral, Tomo XXXVII, N°s. 173-174, Montevideo enero-junio 1994, pp. 78 a 100.
2. ARBUET-VIGNALI, Heber (1995): Derecho Internacional Público. Temas de la teoría general. Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, Rep.Argentina 1995.
3. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004): Claves jurídicas de la integración. En los sistemas MERCOSUR y Unión Europea. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2004.
4. ARBUET-VIGNALI, Heber (2005): La sociedad y el orden jurídico internacionales. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tomo I, Capítulo I.
5. ARBUET-VIGNALI, Heber (2005/1): Los sujetos del Derecho Internacional. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tomo I, Capítulo III.
6. ARBUET-VIGNALI, Heber (2007): Carencias jurídico institucionales para el gobierno de los actuales riesgos. En el marco de las relaciones internacionales. En libro colectivo del Congreso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (República Argentina), 2007.
7. ARBUET-VIGNALI, Heber (2009): El Estado posmoderno y la soberanía. En Estudios del CURI (Consejo uruguayo para las Relaciones Internacionales) N° 01/09. Ed. digital del CURI, 17 de julio 2009, www.curi.org.uy.
8. ARBUET-VIGNALI, Heber (2011 t/p): La soberanía en la época posmoderna. Teoría y doctrina jurídica. En trámite de publicación.
9. ARBUET-VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005): Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y otros sistemas. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tomo I, Capítulo VIII.
10. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1980): El Derecho Internacional contemporáneo. Ed. Tecnos, Madrid 1980.
11. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (2008): Responsabilidad internacional de los Estados. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tapítulo XIV.
12. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo y ARBUET-VIGNALI, Heber (2005): Los principios generales del derecho internacional que rigen las relaciones internacionales. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005/11), Capítulo IX.
13. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUET-VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005-11): Derecho internacional Público. Principios-Normas-Estructuras. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005-11.
14. PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005): Jerarquía entre las diversas fuentes. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tomo I, Capítulo IV, Sección VI.
15. PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005/1): Las reglas de jus cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo. En E.Jiménez de Aréchaga, H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll (2005-11), Tomo I, Capítulo VII.

16. Sitio de Internet -1: www.parlamento.gub.uy//htmistat/pl/convenciones/conv16173.htm
17. VIEIRA, Manuel A., ARBUET-VIGNALI, Heber y VEIDA, Vilma (1975): Legislación Internacional. Documentos. 3 volúmenes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1975.