

# LAS NORMAS DE IUS COGENS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Carolina Loayza Tamayo

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Contemporáneo, *establece derechos y obligaciones para garantizar la convivencia pacífica entre los sujetos del Derecho Internacional, principalmente de los Estados*; y, al igual que cualquier otro ordenamiento jurídico está conformado por normas jurídicas<sup>1</sup>, principios e instituciones<sup>2</sup>. El desarrollo del derecho internacional en el siglo XX, nos ha permitido visualizar que este ordenamiento jurídico está integrado por diversos tipos de normas<sup>3</sup>, aunque solo nos referiremos a algunas.

A la clásica clasificación de normas escritas –convencionales- y normas no escritas –consuetudinarias-, locales, regionales y con vocación universal en función a su ámbito espacial de aplicación, se pueden identificar nuevas normas que responden a las nuevas características del Derecho Internacional así como a su relación con el derecho interno de los Estados a efecto de su eficacia, tales como normas operativas –que se caracterizan por su aplicación directa por sus destinatarios- y programáticas –normas que requieren un desarrollo legislativo para su aplicación-<sup>4</sup>; normas de *hard law* - que crean

---

<sup>1</sup> Antonio Remiro Brotons define al Derecho Internacional como “...el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden”. En: Remiro Brotons, Antonio et. al. Derecho Internacional (2007). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 45.

<sup>2</sup> Ver Anexo.

<sup>3</sup> El profesor BODANSKY sugiere siete criterios para identificar otras tantas dimensiones de las normas internacionales, partiendo de una concepción del Derecho internacional como "espacio normativo multidimensional". En primer lugar si la norma es producto de un proceso intencionado y reflexivo ó es generada de manera más orgánica o espontánea. En segundo lugar el número de participantes en la formulación de la norma. En tercer lugar, si la autoridad de una norma requiere el consentimiento estatal. En cuarto lugar, si una norma es de naturaleza constitutiva o reguladora, es decir si confiere un permiso o establece una prohibición o un requerimiento. Quinto criterio si la norma emplea un lenguaje mandatorio o exhortativo. En sexto lugar, si la norma es específica o general, precisa o por el contrario vaga en su alcance. En séptimo lugar, si una norma lleva asociado algún mecanismo de implementación y, en tal caso, cuál es la naturaleza y alcance éste”. Citado por García San José, Daniel. La elaboración de Derecho Internacional más allá del consentimiento estatal. La emergente legalidad internacional de base consensual. ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL A.E.D.I., vol. XXIV (2008), págs. 107-108. [En Línea] [[http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21276/1/ADI\\_XXIV\\_2008\\_04.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21276/1/ADI_XXIV_2008_04.pdf)] [consulta 28 noviembre 2012].

<sup>4</sup> Debemos precisar que la naturaleza programática de la norma internacional, no afecta la obligatoriedad y exigibilidad de la misma, no pudiendo los Estados alegar la falta de implementación de las normas programáticas, en los casos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de dichas normas, para evadir su responsabilidad internacional.

obligaciones jurídicas, vinculantes, exigibles- y que como señala García San José “no siempre va revestido con la forma de un tratado, pudiendo derivar de otros instrumentos en principio no legalmente vinculantes, como las Declaraciones de Organizaciones Internacionales”<sup>5</sup> y de *soft law* ó *non binding norms* – concepto que es atribuido al internacionalista Lord Mc Fair, quien lo utilizaba como sinónimo de *lege ferenda*<sup>6</sup> y que se definen como normas internacionales inciertas, bien sea en razón de su contenido o de su inclusión en una fuente del DI no susceptible de crear obligaciones jurídicas<sup>7</sup>; normas dispositivas<sup>8</sup> –respecto de las cuales los Estados pueden pactar libremente- e imperativas o normas de *ius cogens* –respecto de las cuales los Estados no pueden pactar-<sup>9</sup>. Estas últimas, nos llevan a la conclusión que el Derecho Internacional no se reduce a ser un producto del consentimiento estatal, pues esta no es ilimitada, en tanto “los conceptos abstractos de libertad y de soberanía absoluta de los Estados son incompatibles con la existencia misma de una sociedad internacional”<sup>10</sup>. En este contexto, García San José postula una emergente legalidad internacional de base consensual a partir del interés general que supera el tradicional principio del respeto del consentimiento del Estado que responde al interés común, y que solo sería respuesta del Derecho Internacional a las “*nuevas exigencias que afectan a la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no solo al conjunto de Estados de la*

---

<sup>5</sup> García San José, Daniel. Ob. Cit. p. 108.

<sup>6</sup> Becerra Ramírez, Manuel. Las Nuevas Fuentes del Derecho Internacional y su Aplicación en el Derecho Interno. P. 571. Véase en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1643/26.pdf>

<sup>7</sup> Alejandro A. Sánchez Flores en su artículo “La cláusula democrática en el sistema interamericano como norma de *soft law*”, citando a Prosper Weil “hace notar que dos nociones debe distinguirse: el *soft law* del instrumentum y el *soft law* del negotium”, el primero referido al instrumento que conduce la regla, v.g. un tratado no ratificado o una resolución de una organización internacional de carácter puramente recomendatoria; y el segundo referido al contenido material de la norma, cuando su contenido es débil y poco obligatorio. En: Sánchez Flores, Alejandro A. “La cláusula democrática en el sistema interamericano como norma de *soft law*”. En: Agenda Internacional. Año XI N° 21. PUCP Instituto de Estudios Internacionales – IDEI. Lima-Perú: 2004, p. 142. En el presente trabajo nos referimos a la segunda noción.

<sup>8</sup> José Acosta Estévez, profesor de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Girona, señala que la esencia de las normas de dispositivas “...radica en la facultad que concede el ordenamiento positivo a los sujetos para que puedan modificar, por obra de su voluntad, en el seno de sus relaciones mutuas al alcance de la regulación dispuesta por el Derecho”. En: Acosta Estévez, José B. (1995). Normas dispositivas y normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y Teorías de los Círculos Concéntricos. Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra, 1995, págs. 3-22.

<sup>9</sup> CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, 1976, pp. 253 y 258.

<sup>10</sup> Acosta Estévez, Juan. Ob. cit., pp. 3- 22. Como bien señala Alejandro A. Sánchez Flores, ello sin perjuicio de que el consentimiento del Estado desempeña en el Derecho Internacional una función de capital importancia en el proceso de formación de las normas jurídicas, coincidiendo con Rodríguez Carrión que “el consentimiento del Estado es el punto inicial y necesario del proceso de creación de normas, pero no es su término final; aunque el consentimiento individual del Estado es relevante, no es definitivo: para la creación de la norma jurídica internacional es preciso que el consentimiento de cada Estado cristalice en el consentimiento del grupo social de Estados (consenso o *consensus* común)”. En Sánchez Flores, Alejandro A. Ob. Cit., p. 138. Véase también Rodríguez Carrión, Alejandro. Lecciones de Derecho Internacional Público. 6ta. Edición 2da reimpresión, 2009, Tecnos, Madrid, p. 143.

*comunidad internacional*<sup>11</sup>, que posibilita la emergencia de una *opinio iuris* antes que la práctica estatal.

En los últimos años, se ha podido constatar que el Tribunal Constitucional peruano ha venido incorporando en la fundamentación de sus sentencias algunos de estos conceptos, v.g. normas de *ius cogens* ó *soft law*<sup>12</sup>, acorde con esta tendencia de limitación del voluntarismo estatal. En las líneas siguientes, analizaremos dos de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que incorpora en su cuerpo el término *ius cogens* y su impacto en el ordenamiento jurídico nacional. Especialmente a través de su aplicación en la labor jurisdiccional en el marco de la convencionalidad.

### **LAS NORMAS DE IUS COGENS**<sup>13</sup>

**La naturaleza consuetudinaria de las normas de *ius cogens*.** Tal como sostiene Rafael Nieto Navia, “*La noción de jus cogens no es tan nueva (...) En realidad, el derecho de gentes reconocía ya en la antigüedad la existencia de ciertas normas superiores que tan sólo desaparecieron con el positivismo del siglo XIX para reaparecer en el siglo XX, aunque sobre bases totalmente distintas, menos litigiosas*”<sup>14</sup>.

***Ius cogens* como principio y norma.** Encontramos en la doctrina una doble significación del término *ius cogens*: como principio y como norma; pero en ambos casos, su contenido, conformará el Orden Público Internacional<sup>15</sup>.

Para Eduardo Suárez, representante mexicano en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969, los principios de *ius cogens* han existido siempre-, considerando que “*la apariencia de un surgimiento reciente de esa noción se debe más bien a que los Estados han abusado de un poder*

---

<sup>11</sup> García San José, Daniel. Ob. Cit. p. 129.

<sup>12</sup> El estudio del impacto de las normas de *soft law* en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano serán analizadas en otro trabajo.

<sup>13</sup> También denominadas normas imperativas o normas perentorias.

<sup>14</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Primer Período de Sesiones (1968), doc. A/Conf.39/11, 334 (“Conf. Viena 1968”). Ver en general Nieto Navia, R., *El Derecho imperativo (ius cogens) en el Derecho internacional a la Luz de la Convención de Viena de 1969*, en: Pontificia Universidad Javeriana 52 *Universitas* (junio 1977), Bogotá, pp. 259 y ss. Véase también: Maureira Santis, Ninaska Tamara. “*Las Normas Ius Cogens*”. [En línea [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninaska-Maureira\\_1252889224.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninaska-Maureira_1252889224.pdf)] [Revisado el 15 de mayo de 2012], p. 3. “La recepción de las Normas de *Ius Cogens* en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significó una profunda innovación, por cuanto se tradujo en la plena incorporación al derecho internacional positivo de una institución que hasta entonces sólo era considerada por la doctrina y la jurisprudencia internacional. La institución es tan antigua como el derecho internacional, aun cuando sólo se haya acuñado el término a finales del Siglo XVIII”. Citando al profesor Paul Guggenheim, añade que, dicho término fue acuñado por los pandectistas a finales del siglo XVIII, y se definía como el conjunto de “*reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas*”

<sup>15</sup> Gómez Robledo, Antonio (2003). *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 123.

antaño ilimitado que contradice el carácter necesariamente limitado de sus atribuciones, y a que no se había intentado codificar esos principios”<sup>16</sup>. Agrega que son “...aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”<sup>17</sup>.

La naturaleza de norma consuetudinaria del término *ius cogens* como norma es resaltada por el profesor Paul Guggenheim quien refiere que, este término aparece acuñado por los pandectistas, a fines del siglo XVIII:

*“La expresión ius Cogens aparece por primera vez, a lo que creemos en los pandectistas. Fue sobre todo Windscheid quien trató de definir el ius cogens como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas.”*<sup>18</sup>

El origen consuetudinario de la norma de *ius cogens* es respaldado en el derecho interno; así, Rienstel Stetan citado por el profesor Antonio Gómez Robledo, refiere la sentencia de la Corte Suprema Constitucional de la República Federal Alemana de fecha 7 de abril de 1965<sup>19</sup>, que señala:

*“El Derecho Internacional de los tratados tiene por lo general prioridad sobre el derecho consuetudinario, ya que se trata de un derecho posterior y más especial. Únicamente un pequeño número de normas jurídicas elementales puede considerarse como normas de derecho internacional consuetudinario que no pueden derogarse por tratado. Este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional”*<sup>20</sup>.

**Del objeto de las normas de *ius cogens*.** La Comisión de Derecho Internacional ha señalado que “no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da el carácter de *ius cogens* sino la especial

---

<sup>16</sup> Citado por Vallarta Marrón, José Luis (2010). La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. 10, México. [En línea] [[biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf)] [consulta: 2 junio 2012].

<sup>17</sup> Intervención del representante mexicano en la Conferencia de Viena (1969), Eduardo Suárez. En: ONU. Documento ONU A/CONF.39/11, sesión 52, párrs. 7 y 8.

<sup>18</sup> Citado por Maureira Santis, Ninoska Tamara. “Las Normas *ius cogens*”. [En línea] [[http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninoska-Maureira\\_1252889224.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninoska-Maureira_1252889224.pdf)] [Revisado el 15 de mayo de 2012], p. 3.

<sup>19</sup> En un caso entre Alemania y la Confederación Helvética.

<sup>20</sup> Gómez Robledo, Antonio (2003). El *ius cogens* internacional. Estudio histórico crítico, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 108.

*naturaleza de su objeto*”,<sup>21</sup> exigiendo por tanto que “*sean el fiel reflejo de los intereses mayoritarios de la comunidad internacional, intereses que por lo demás, son concebidos en todo su dinamismo.*”<sup>22</sup> Agrega que, en ese propósito, la Comunidad Internacional reconoce ciertos principios que salvaguardan valores de importancia vital para la Humanidad y que traduce normativamente, de modo que, “*Estas reglas interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a un Estado o a un grupo de Estados, sino que afectan a la Comunidad Internacional.*”<sup>23</sup>

**De la Inderogabilidad de la norma de *ius cogens*.** Sin perjuicio de la naturaleza consuetudinaria de la norma de *ius cogens* y el respaldo de su existencia en la jurisprudencia internacional, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados<sup>24</sup> en sus artículos 53<sup>o</sup><sup>25</sup> y 64<sup>o</sup><sup>26</sup>, al tratar la nulidad y terminación de tratados, respectivamente, define la norma de *ius cogens* como “*...una norma de naturaleza consuetudinaria 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*”; en ese sentido, es nula la norma de un tratado que se oponga a una norma de *ius cogens*, o esta termina si se opone a “*una nueva norma imperativa de derecho internacional general*”.

De acuerdo a José Acosta Estévez, las normas imperativas o de *ius cogens*, no admiten acuerdo en contrario, “*ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional, precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas*”<sup>27</sup>, no existiendo para “satisfacer las necesidades de los Estados en particular, sino de los más altos intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto”<sup>28</sup>. En ese sentido, Acosta Estévez agrega que, “las normas de *ius cogens* están por

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 108.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 123

<sup>24</sup> En el marco del procedimiento interno de perfeccionamiento, mediante D.S. No. 029-2000-RE de 14 de Septiembre de 2000 se ratificó la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. En el marco del procedimiento internacional, el Instrumento de ratificación se depositó el 14 de Septiembre de 2000, entrando en vigencia para el Perú el 14 de octubre de 2000.

<sup>25</sup> Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 53°. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius 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*”.

<sup>26</sup> Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. **Artículo 64.** Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). “*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*”.

<sup>27</sup> Acosta Estévez, José. *Ob. Cit.*, pp. 3—22.

<sup>28</sup> Verdross.

encima de las voluntades estatales”, y cuya existencia está avalada en la jurisprudencia internacional<sup>29</sup>.

Dadas las características de las normas de *ius cogens* –inderogabilidad salvo por otra norma del mismo carácter y la incorporación de jerarquía normativa en el derecho internacional-, estas conformarían un orden público internacional cuyos sujetos v.g. los Estados, las Organizaciones Internacionales, la persona humana, los movimientos de liberación nacional, y los sujetos clásicos (Iglesia Católica, Orden Soberana de Malta, Beligerantes, Comité Internacional de la Cruz Roja), y todos aquellos otros que sean reconocidos en el futuro, deben observarlas<sup>30</sup>.

**Los efectos erga omnes de las normas de ius cogens.** Tal como señala el Profesor Roberto Ago “*las normas imperativas podrían provenir tanto del derecho consuetudinario como del convencional, y que al adquirir tal carácter, obligarían erga omnes, y no solo a las partes del tratado internacional*”<sup>31</sup>. En la misma línea, Vallarta señala que, “Por definición, todas las normas del *Ius Cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*”<sup>32</sup>. Agrega que, sin perjuicio de que, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *ius cogens*, dichas obligaciones

“...están dotadas de un carácter necesariamente objetivo, comprometiéndolo a todos los destinatarios de la normativa internacional de protección (omnes), - los agentes del poder público así como los que actúan a título personal o los que operan en el anonimato y la clandestinidad. De ahí la importancia del deber general de los Estados de respetar, y asegurar el respeto, de los derechos protegidos, en todas las circunstancias”<sup>33</sup>.

## LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL CON LOS DERECHOS ESTATALES

<sup>29</sup> Acosta Estévez afirma a esa fecha la jurisprudencia internacional se había referido tanto de forma directa como indirecta a la noción de norma imperativa, tanto por la Corte Permanente de Justicia como por la Corte Internacional de Justicia, citando el Asunto Oscar Chinn (CPJI. *Serie A/B*, núm. 63, págs. 149 y 150), Asunto sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio (CIJ, *Recueil*, 1951, p. 23), el caso del Derecho de Paso (CIJ, *Recueil*, 1960, p. 34), en el Asunto del Sudoeste africano segunda fase (CIJ, *Recueil*, 1966, pp. 258 y ss.) y en los Asuntos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte (CIJ, *Recueil*, 1969, págs. 24-46). Posteriormente, ha continuado su desarrollo jurisprudencial incluyendo la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> Alfaro Lanchipa Rosario (1989). *Los efectos de la norma de jus cogens en el Derecho Internacional Público. Tesis para optar el título de abogado*. Lima: Universidad de Lima, p. 107.

<sup>31</sup> Vallarta Marrón, José Luis. Ob.cit., p. 43.

<sup>32</sup> *Ibid.*, “Mientras el *Ius Cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados”.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

Respecto a la relación entre los derechos estatales y el derecho internacional público, tradicionalmente, la doctrina internacional ha abordado el problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno desde un punto de vista de la existencia o inexistencia de subordinación de un ordenamiento con respecto al otro<sup>34</sup> y dependiendo de ello, si la norma de derecho internacional se incorpora o no automáticamente al derecho interno de los Estados<sup>35</sup>. Se trata de una visión que podemos llamar “desde afuera” de los derechos internos la que ha tratado de mostrar las diversas posiciones de la doctrina internacional que considera además la jurisprudencia internacional, y, por tanto, va a diferir de la perspectiva constitucional, que más bien parte de un examen que vamos a calificar “desde adentro” del ordenamiento jurídico interno para, a través de la interpretación doctrinaria o jurisprudencial de derecho interno, proyectarse hacia el derecho internacional<sup>36</sup>. La importancia de este estudio se relaciona con la eficacia del derecho internacional, pues el cumplimiento de sus normas depende de los derechos internos de los Estados. La primera visión de la relación derecho internacional – derecho nacional, nos lleva a analizar las teorías clásicas dualista y monista, -que postulan la primera la existencia de dos ordenamientos jurídicos separados que no entran en relación, y la segunda que se trata de un solo derecho en el que coexisten dos subsistemas jurídicos válidos simultáneamente-; estas teorías vienen dando paso a una tercera teoría mixta o de coordinación que concibe las relaciones de ambos derechos no como de confrontación sino de cooperación, aplicándose la normas que mejor proteja a la persona humana. Sin perjuicio de la teoría que acoja el Estado en su derecho interno, la práctica internacional demuestra que el derecho internacional no toma partido por ninguna de las teorías, dejando la cuestión a los derechos internos. Sin embargo, en caso de conflicto, el derecho internacional prevalece sobre los derechos internos.

La visión o examen “desde adentro” de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos nos conduce a estudiar la perspectiva constitucional sobre el tema, que en nuestro ordenamiento jurídico interno se concreta principalmente en el artículo 55, que dispone que los tratados celebrados en vigor forman parte del derecho nacional. En principio, los tratados son la única fuente del derecho internacional que regula el ordenamiento jurídico peruano, ignorándose a las otras fuentes de dicho ordenamiento jurídico como la costumbre internacional, los principios generales

---

<sup>34</sup> Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, T. I, 1996, p. 211 y ss.

<sup>35</sup> Jiménez de Aréchaga, Eduardo. “Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, en *Separata de la Revista jurídica de Buenos Aires*, 1962. p. 1 ss.

<sup>36</sup> Loayza Tamayo, Carolina. Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano. En: *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia* [en línea] [[www.pcslatin.org/public/justicia\\_reparacion.pdf](http://www.pcslatin.org/public/justicia_reparacion.pdf)] [consulta: 24 marzo 2011], págs. 107-154.

del derecho, la doctrina y la jurisprudencia a que se refiere el artículo 38° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del Pleno jurisdiccional recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC<sup>37</sup>, analiza el sistema de fuentes consagrado en la Constitución, identifica a las fuentes normativas con rango de ley, entre ellas al tratado, señalando sus diferencias con otras fuentes normativas en razón que su modo de producción se rige por el derecho internacional público y en razón de su origen: el mandato constitucional. Otra de las fuentes del derecho internacional a la que ha recurrido el Tribunal Constitucional en sus sentencias, es la jurisprudencia internacional, principalmente de los tribunales internacionales de derechos humanos, y posteriormente de los tribunales penales internacionales. Esta fuente del derecho internacional ha sido posteriormente regulada su aplicación en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>38</sup>: herramienta de interpretación de las normas constitucionales. En resumen, salvo los tratados y la jurisprudencia internacional, las otras fuentes del derecho internacional no han sido ni reguladas en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Ello no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional en la argumentación de sus sentencias, recurra a instituciones del derecho internacional público de naturaleza consuetudinaria para fundamentar sus sentencias, como es el caso de las normas de *ius cogens*.

## LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Sentencia de fecha 23 de marzo de 2010, recaída en el Expediente N.° 00018-2009-PI/TC. LIMA, interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao.

Una Demanda de Inconstitucionalidad fue presentada por don Jorge Antonio Guizado Salcedo, Decano del Colegio de Abogados de Callao, contra la Resolución Legislativa N° 27998<sup>39</sup> que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El Demandante sostiene

---

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de abril de 2006. Expediente N° 047-2004-AI/TC. Demanda de inconstitucionalidad presentada por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín de la Ley N° 27971 por vulnerar el artículo 103° de la Constitución Política del Estado. El demandante alega que la Ley 27971 vulnera el artículo 103° de la Constitución Política del Estado, la autonomía de los gobiernos regionales contemplado en el artículo 191° de la Constitución, transgrediéndose artículos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y de la Ley de Bases de Descentralización.

<sup>38</sup> Código Procesal Constitucional. **Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales:** El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

<sup>39</sup> Publicada el 12 de junio de 2003 en el Diario Oficial "El Peruano".

que dicha Resolución Legislativa “ha sido aprobada contraviniendo el *\*segundo párrafo\** del artículo 57º y el artículo 206º de la Constitución que establecen que, si un tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República”. Agrega que, “el referido instrumento internacional afecta el artículo 139º, inciso 13 de la Constitución -*\*que recoge la institución de la prescripción para toda clase de delitos\**-, toda vez que excluye el derecho a gozar de la prescripción de la acción penal para aquellos delitos considerados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad...”.

El Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 4, señala que el objeto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, “es dotar a los Estados de mecanismos que permitan investigar y sancionar a los presuntos responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que se constituyen como crímenes de derecho internacional, en el que la obligación de prevención y sanción es una norma de *ius cogens*”. De este modo, se puede concluir que el Estado peruano y todos sus órganos están obligados a investigar y sancionar los crímenes internacionales que se configuren a partir de violaciones graves a los derechos humanos tanto en tiempo de paz como de conflicto armado más allá de todo plazo, teniendo como fundamento la norma de *ius cogens* que declara la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sin que ello implique la vulneración de ningún derecho constitucional.

2. Sentencia del Pleno Jurisdiccional de fecha 21 de marzo de 2011 recaída en el Expediente N° 0024-2010-PI/TC. LIMA.

3. Con fecha 9 de septiembre de 2010, una demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el 25% del número legal de congresistas contra el Decreto Legislativo N° 1097 respecto a sus artículos 1º y 2º, que a la letra dicen:

*Artículo 1. Objeto: El presente Decreto Legislativo tiene por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, a todos los Distritos Judiciales del país, con la finalidad de establecer un marco regulatorio uniforme respecto de los delitos que implican violación de derechos humanos.*

*Artículo 2.- Alcance: El presente Decreto Legislativo es de aplicación a los procesos por los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por los delitos contra la Humanidad previstos en el Código Penal de 1991.*

Los congresistas demandantes consideraron que el Decreto Legislativo N° 1097, era violatorio del principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, y en el primer párrafo del artículo 103 de la Constitución; y del mandato contenido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>40</sup> sobre el deber del Estado peruano de adoptar medidas de derecho interno. Refieren que el Decreto Legislativo impugnado establece un trato diferenciado en relación con la aplicación de la legislación procesal penal, en razón de las diferencias de las personas. (...) Sostienen que de las medidas distintas sólo son beneficiarios los policías y militares acusados de la violación de derechos humanos, introduciéndose un trato discriminatorio bajo el criterio de la profesión u oficio, del tipo de delito por el que se es procesado y de la condición económica del imputado, lo cual, a su vez, viola el artículo 2 de la Convención Americana. Afirman que el Decreto Legislativo incoado adopta medidas que colocan en una situación de indefensión a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y otorgan impunidad y beneficios a los violadores de tales derechos.

El Tribunal en su fundamento jurídico 7.3, numeral 53 respecto a las normas de *ius cogens*, señala que el derecho a la verdad así como la obligación de procesar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad, constituye una norma de *ius cogens*:

*53. La esencial ontología de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de éstos, lleva a considerar que, en estos casos, la necesidad de la averiguación de la verdad, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, constituye una norma de ius cogens, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional susceptible de aplicarse erga omnes y que no admite pacto en contrario.*

El Tribunal precisa que todo pacto en contrario a las normas de *ius cogens* es nulo,

*53. (...)*

*En relación con la normas de ius cogens, el artículo 53º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece lo siguiente: “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*

---

<sup>40</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

*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”.*

Enfatizando su naturaleza consuetudinaria e inderogable.

53. (...)

*“Las normas de ius cogens parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una opinio iuris seu necessitatis —esto es, el factor espiritual o psicológico que liga con un comportamiento que se asume debido u obligatorio internacionalmente— y de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación, son oponibles más allá de las voluntades expresadas y sólo son derogables por normas futuras de la misma categoría”. (sic)*

El Tribunal concluye que la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y del mandato de su persecución con prescindencia de la fecha en que se cometieron no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano, pero no,

*62. (...) como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225).*

Es decir, para el Tribunal Constitucional la Convención sobre Imprescriptibilidad, solo declara dicha obligación pero no la constituye, es decir, el Estado peruano tiene esta obligación sobre la base de una norma consuetudinaria perentoria, es decir por ser una norma de *ius cogens*, cuyo reconocimiento está implícito en la Constitución peruana:

*“Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a*

*la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones”.*

Concluye el Tribunal,

*“En virtud de dicho reconocimiento constitucional, y en atención a lo previsto por el artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de ius cogens derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza erga omnes, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano”.*

En consecuencia, la regla de la imprescriptibilidad por crímenes de lesa humanidad o de guerra forma parte del derecho nacional por la ratificación de nuestro país de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y de la interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos de los que nuestro país es parte, y que al ser una norma de *ius cogens* con efecto *erga omnes*, ningún órgano -incluyendo el legislativo- o funcionario del Estado puede desvincularse de dicha obligación

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2010-PI/TC. LIMA, al determinar los alcances de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, determina que las obligaciones que se derivan de dicho tratado, es decir de prevención y sanción son normas de *ius cogens*; en consecuencia, el Estado peruano y todos sus órganos están obligados a investigar y sancionar los crímenes internacionales que se configuren a partir de violaciones graves a los derechos humanos tanto en tiempo de paz como de conflicto armado más allá de todo plazo, teniendo como fundamento dicha norma de *ius cogens*, sin que ello implique la vulneración de ningún derecho constitucional. Se trata pues de obligaciones que el Estado peruano no puede dejar de cumplir y que no podría dejar sin efecto ni modificar unilateralmente o con otros Estados.

Respecto a la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2010-PI/TC. LIMA, con relación a las violaciones a los derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal considera que *“la necesidad de la averiguación de la verdad, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, constituye una norma de ius cogens”*, es decir la obligación de investigar, identificar, procesar y sancionar a los responsables de estos delitos es una norma de *ius cogens*, que obliga a todos, v.g. al Estado y sus órganos y a los individuos. Resulta interesante resaltar que el Tribunal remarca la naturaleza

consuetudinaria de la norma de *ius cogens* y de su proceso de formación mediante el elemento material –práctica estatal- y el elemento espiritual –psicológico u *opino iuris sive necessitatis*- este último importa la convicción de estar actuando conforme al derecho internacional así como la conciencia de poder incurrir en responsabilidad internacional por su incumplimiento. El Tribunal además, determina además la aplicación temporal de la norma convencional y de la norma consuetudinaria y sus implicancias para nuestro país en el caso específico de la obligación de persecución en los casos de crímenes de lesa humanidad los mismos que no prescriben no como mandato de una norma convencional – la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada el 9 de noviembre de 2003- que solo lo reconoce, sino como mandato de una norma imperativa de derecho internacional que así lo prescribe, precisando las relaciones de coordinación y de complementación de esta norma con la norma constitucional, pues su no observancia supondría el incumplimiento de obligaciones constitucionales, v.g. artículos 1°, 139 inciso 3, 44, 2° incisos 1, 24 y 2 de la Constitución Política del Perú.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional sus sentencia “en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.”<sup>41</sup>

En consecuencia, las normas de *ius cogens* identificadas por el Tribunal Constitucional son vinculantes y obligatorias para todos los órganos del Estado, sus funcionarios y agentes, así como para toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

## CONCLUSIONES

El recurso a normas e instituciones del Derecho Internacional Público por el Tribunal Constitucional se lleva a cabo como una herramienta de interpretación para determinar los alcances de las obligaciones del Estado, estableciendo parámetros y límites al poder estatal en cuanto a las materias que califica como *ius cogens* u obligaciones con efectos *erga omnes*. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que al referirse a la norma de *ius cogens*, respecto a su contenido y alcances el Tribunal se remite a la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, del que es parte nuestro país, al haber sido ratificado el 14 de septiembre de 2000, y en vigencia desde el 14 de octubre del mismo año, evidenciado la interacción de ambas ramas del derecho en su afán de una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna.

---

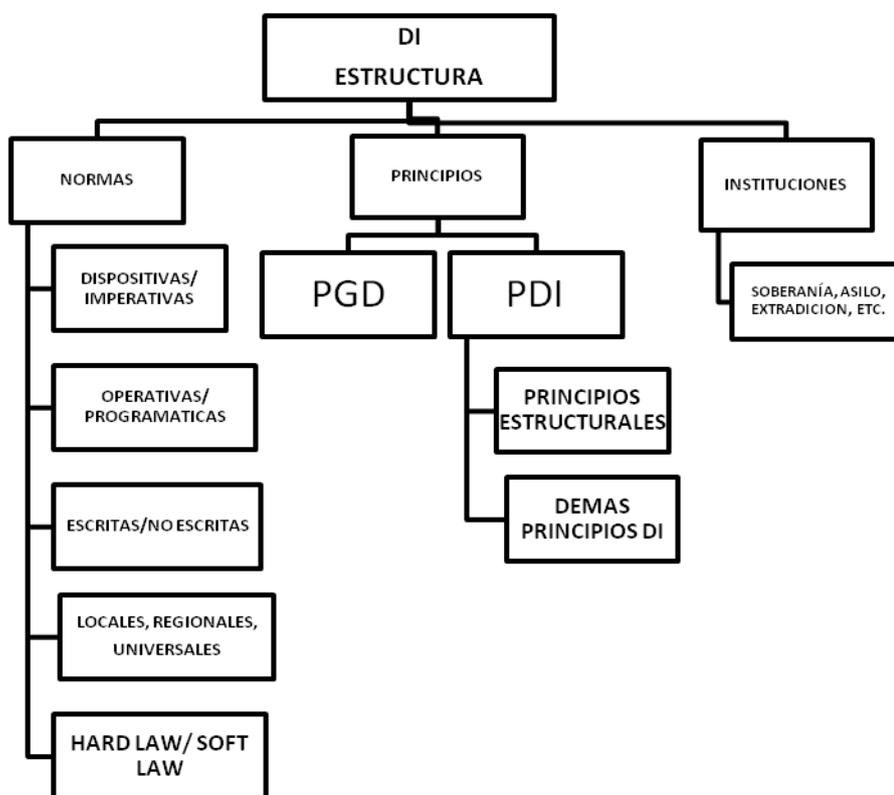
<sup>41</sup> SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DEL 3 DE JUNIO DE 2005. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. COLEGIOS DE ABOGADOS DEL CUSCO Y DEL CALLAO Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS C/. CONGRESO DE LA REPÚBLICA SÍNTESIS: *Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530*, párr. 157.

## Bibliografía:

1. Acosta Estévez, José B.. Normas dispositivas y normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y Teorías de los Círculos Concéntricos. Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra, 1995.
2. Alfaro Lanchipa Rosario. *Los efectos de la norma de jus cogens en el Derecho Internacional Público. Tesis para optar el título de abogado*. Lima: Universidad de Lima, 1989.
3. CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, 1976
4. Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, T. I, 1996
5. GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel (2008). LA ELABORACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL MÁS ALLÁ DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL. La emergente legalidad internacional de base consensual. ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL A.E.D.I., vol. XXIV (2008). [En Línea: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21276/1/ADI\\_XXIV\\_2008\\_04.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21276/1/ADI_XXIV_2008_04.pdf)] [consulta: 28 de noviembre de 2012]
6. Gómez Robledo, Antonio. El *ius cogens* internacional. Estudio histórico crítico, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
7. Jiménez de Aréchaga, Eduardo. “*Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*”, en *Separata de la Revista jurídica de Buenos Aires*, 1962.
8. Loayza Tamayo, Carolina. Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano. En: Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia [en línea] [[www.pcslatin.org/public/justicia\\_reparacion.pdf](http://www.pcslatin.org/public/justicia_reparacion.pdf)][consulta: 24 marzo 2011].
9. Maureira Santis, Ninoska Tamara. “*Las Normas Ius Cogens*”.[En línea [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninoska-Maureira\\_1252889224.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninoska-Maureira_1252889224.pdf)] [Revisado el 15 de mayo de 2012].
10. Nieto Navia, R., *El Derecho imperativo (jus cogens) en el Derecho internacional a la Luz de la Convención de Viena de 1969*, en: Pontificia Universidad Javeriana 52 *Universitas* (junio 1977), Bogotá.
11. ONU. Documento ONU A/CONF.39/11.
12. Remiro Brotons, Antonio et. al. *Derecho Internacional* (2007). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
13. Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 6ta. Edición 2da reimpresión 2009, Tecnos, Madrid.
14. Sánchez Flores, Alejandro A. “La cláusula democrática en el sistema interamericano como norma de *soft law*”. En: *Agenda Internacional*. Año XI N° 21. PUCP Instituto de Estudios Internacionales – IDEI. Lima-Perú: 2004

15. Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 047-2004-AI/TC. Sentencia del Pleno jurisdiccional de 24 de abril, 2006.
16. Vallarta Marrón, José Luis. La argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. 10, México, 2010. [En línea] [[biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf)] [consulta 2 junio 2012].

## ANEXO<sup>42</sup>



<sup>42</sup> Elaborado para el curso de Derecho Internacional en la Universidad de Lima, a cargo de la suscrita.