

## Capítulo VIII

### Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

#### A. Introducción

91. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Ius cogens*” y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi<sup>1049</sup>. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

92. La Comisión examinó los informes primero y segundo del Relator Especial<sup>1050</sup> en sus períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), respectivamente. Tras los debates sobre esos informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión contenidos en ellos. Los Presidentes del Comité de Redacción presentaron a la Comisión informes provisionales sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 68º y 69º, respectivamente.

93. En su 69º período de sesiones, a raíz de una propuesta presentada por el Relator Especial en su segundo informe<sup>1051</sup>, la Comisión decidió cambiar el título del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>1052</sup>.

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

94. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/714 y Corr.1), en el que se examinaban las consecuencias y los efectos jurídicos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso 13 proyectos de conclusión<sup>1053</sup>.

<sup>1049</sup> En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 23).

<sup>1050</sup> A/CN.4/693 y A/CN.4/706.

<sup>1051</sup> A/CN.4/706, párr. 90.

<sup>1052</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 146.

<sup>1053</sup> El texto de los proyectos de conclusión 10 a 23 propuestos por el Relator Especial en su tercer informe dice así:

#### **Proyecto de conclusión 10**

#### **Nulidad de un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Dicho tratado no crea derecho ni obligación alguna.

2. Un tratado existente se convierte en nulo y termina si entra en conflicto con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado. Las partes en dicho tratado quedan exentas de toda otra obligación de seguir cumpliendo el tratado.

3. Para evitar el conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general, una disposición de un tratado debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera que la haga compatible con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 11****Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que entren en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es nulo en su totalidad, y ninguna parte del tratado puede separarse o dividirse de él.
2. Un tratado que se convierta en nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad, a menos que:
  - a) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
  - b) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no constituyan una base esencial del consentimiento en el tratado; y
  - c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

**Proyecto de conclusión 12****Eliminación de las consecuencias de los actos realizados sobre la base de un tratado nulo**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tienen la obligación legal de eliminar las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de la disposición del tratado que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).
2. La terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, a menos que ese derecho, obligación o situación jurídica esté él mismo en conflicto con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 13****Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las reservas a los tratados**

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afecta al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación.
2. Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 14****Procedimiento recomendado para el arreglo de controversias en caso de conflicto entre un tratado y una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Con sujeción a las normas jurisdiccionales de la Corte Internacional de Justicia, cualquier controversia referente a si un tratado entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe someterse a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes en la controversia convengan en someter la controversia a arbitraje.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el hecho de que una controversia se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no es suficiente para establecer la competencia de la Corte si no media el consentimiento necesario al ejercicio de dicha competencia con arreglo al derecho internacional.

**Proyecto de conclusión 15****Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para el derecho internacional consuetudinario**

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no surge si entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).
2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter de *ius cogens* deja de existir si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que entra en conflicto con ella.

3. Habida cuenta de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) obligan a todos los sujetos de derecho internacional, la norma del objeto persistente no es aplicable.

**Proyecto de conclusión 16**

**Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para los actos unilaterales**

Es nulo todo acto unilateral que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 17**

**Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales**

1. Las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no establecen obligaciones vinculantes si entran en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. En la medida de lo posible, las resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, han de interpretarse de manera compatible con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 18**

**Relación entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes***

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) establecen obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento afecta a todos los Estados.

**Proyecto de conclusión 19**

**Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las circunstancias que excluyen la ilicitud**

1. No puede alegarse ninguna circunstancia para excluir la ilicitud de un acto que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no es de aplicación cuando una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) surja después de la comisión de un acto.

**Proyecto de conclusión 20**

**Deber de cooperar**

1. Los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Por violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se entiende una violación que es flagrante o sistemática.

3. La cooperación prevista en el presente proyecto de conclusión puede llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación institucionales o mediante acuerdos de cooperación específicos.

**Proyecto de conclusión 21**

**Deber de no reconocer ni prestar asistencia**

1. Los Estados tienen el deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Los Estados no prestarán ayuda ni asistencia para mantener una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Proyecto de conclusión 22**

**Deber de ejercer la competencia nacional respecto de crímenes prohibidos por normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Todo Estado tiene el deber de ejercer su competencia respecto de delitos prohibidos por normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) cuando los delitos sean cometidos por nacionales de ese Estado o en el territorio bajo su jurisdicción.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no impide el establecimiento de la competencia por cualquier otro motivo permitido en su legislación nacional.

95. La Comisión examinó el tercer informe en sus sesiones 3414<sup>a</sup> a 3421<sup>a</sup> y 3425<sup>a</sup>, celebradas los días 30 de mayo, 1 de junio y 2 a 4 y 9 de julio de 2018.

96. En su 3425<sup>a</sup> sesión, celebrada el 9 de julio de 2018, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 10 a 23<sup>1054</sup> que figuraban en el tercer informe del Relator Especial, en el entendimiento de que los proyectos de conclusión 22 y 23 se abordarían mediante una cláusula “sin perjuicio”.

97. En su 3402<sup>a</sup> sesión, celebrada el 14 de mayo de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité acerca de las “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, relativo a los proyectos de conclusión 8 y 9 aprobados provisionalmente en el 70<sup>o</sup> período de sesiones. En su 3434<sup>a</sup> sesión, celebrada el 20 de julio de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó otro informe provisional del Comité sobre los proyectos de conclusión 10 a 14 aprobados provisionalmente en el 70<sup>o</sup> período de sesiones. Ambos informes, que se presentaron únicamente a título informativo, pueden consultarse en el sitio web de la Comisión<sup>1055</sup>.

## 1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial

98. Al recapitular el debate mantenido en la Sexta Comisión, el Relator Especial recordó que, si bien los Estados habían aceptado en general los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, algunos habían recomendado la inclusión de elementos adicionales, como la inderogabilidad, los valores fundamentales de la comunidad internacional y la práctica. Señaló que se había pedido mayor claridad sobre el concepto de “aceptación y reconocimiento”. Muchos Estados habían convenido en que el carácter imperativo de una norma debía ser aceptado y reconocido por “una gran mayoría” de Estados. Algunos preferían un calificativo más estricto que indicase no solo el número, sino la representatividad del grupo de Estados. También recordó la divergencia de opiniones en cuanto a las fuentes del derecho que podían constituir la base de una norma imperativa, pero señaló que había un consenso casi universal en que el derecho internacional consuetudinario era la base más frecuente de las normas de *ius cogens*.

99. A continuación, el Relator Especial presentó los proyectos de conclusión que proponía en la sección IV del tercer informe. Señaló que los proyectos de conclusión 10, 11 y 12 se basaban en disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, “Convención de Viena de 1969”), salvo el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, que establece que los tratados deben interpretarse de manera compatible con las normas imperativas. En opinión del Relator Especial, ello era una consecuencia necesaria del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, que requería que se tuvieran en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional para la interpretación de los tratados. Además, señaló que existía una considerable cantidad de práctica en apoyo del contenido del párrafo 3 del proyecto de conclusión 10.

100. El proyecto de conclusión 13, relativo a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las reservas a los tratados, se basaba principalmente en la directriz 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados<sup>1056</sup> aprobada por la Comisión en 2011.

### Proyecto de conclusión 23

#### Irrelevancia del cargo oficial y no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*

1. El hecho de que un delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) haya sido cometido por una persona que ocupe un cargo oficial no será motivo de exención de la responsabilidad penal.

2. La inmunidad *ratione materiae* no será de aplicación respecto de ningún delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>1054</sup> *Idem*.

<sup>1055</sup> Véase *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: [http://legal.un.org/ilc/guide/8\\_7.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml).

<sup>1056</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 75.

101. El proyecto de conclusión 14 contenía un procedimiento recomendado para el arreglo de controversias en caso de conflicto entre un tratado y una norma de *ius cogens*. El Relator Especial recordó la importancia fundamental del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 para la aplicación de sus artículos 53 y 64. No obstante, en su opinión, era difícil incorporar el procedimiento contenido en dichos artículos en un conjunto de proyectos de conclusión no vinculantes. En cambio, consideraba que, en los casos en que el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 no fuera de aplicación (por ejemplo, porque los Estados afectados no fueran partes en la Convención), su propuesta de proyecto de conclusión 14 alentaría a las partes a someter sus controversias a un arreglo judicial, incluida la Corte Internacional de Justicia.

102. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el Relator Especial señaló que el párrafo 1 se basaba en una serie de decisiones de cortes y tribunales nacionales en que se afirmaba la prevalencia de las normas de *ius cogens* sobre las normas de derecho internacional consuetudinario. En su opinión, esas resoluciones implicaban necesariamente que las normas de *ius cogens* existentes anularían las normas de derecho internacional consuetudinario o impedirían que llegaran a nacer. El segundo párrafo del proyecto de conclusión 15, relativo al conflicto de una norma de derecho internacional consuetudinario con una nueva norma de *ius cogens*, se inspiraba en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 y había sido respaldado por los Estados y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. El Relator Especial señaló también que el párrafo 3, sobre la no aplicación de la norma del objetor persistente a las normas de *ius cogens*, estaba en consonancia con el carácter universal del *ius cogens* y se había aceptado en la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de las cortes y tribunales nacionales y regionales.

103. En lo que respecta al proyecto de conclusión 16, relativo a la nulidad de todo acto unilateral en conflicto con una norma de *ius cogens*, el Relator Especial observó que el uso de la expresión “es nulo” se inspiraba en el principio 8 de los Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas<sup>1057</sup>, aprobados por la Comisión en 2006.

104. El proyecto de conclusión 17 se refería a las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales. El Relator Especial señaló que la disposición que figuraba en el primer párrafo, según la cual las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales no establecen obligaciones vinculantes si entran en conflicto con una norma de *ius cogens*, venía respaldada por una cantidad considerable de material académico y declaraciones públicas de Estados, que mantenían que las resoluciones del Consejo de Seguridad estaban sujetas a las normas de *ius cogens*, así como por las decisiones de cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales. También señaló que, al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 17 contenía una presunción interpretativa que indicaba que, en la medida de lo posible, las resoluciones de organizaciones internacionales habían de interpretarse de manera compatible con las normas de *ius cogens*. Esa afirmación venía fundamentada por declaraciones de Estados en diversos contextos y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

105. En cuanto al proyecto de conclusión 18, el Relator Especial afirmó que se aceptaba casi universalmente que las normas de *ius cogens* establecían obligaciones *erga omnes*.

106. Los proyectos de conclusión 19, 20 y 21 se referían a aspectos de la responsabilidad internacional. El proyecto de conclusión 19, que se inspiraba en el proyecto de artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>1058</sup>, aprobado en 2001 (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”), confirma en su párrafo 1 que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el derecho internacional general no son aplicables en caso de violación de obligaciones que emanen de normas de *ius cogens*. El segundo párrafo trata de impedir que se genere responsabilidad

<sup>1057</sup> *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 176.

<sup>1058</sup> *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

retroactivamente cuando una norma de *ius cogens* surja después de la comisión de un acto contrario a dicha norma.

107. El proyecto de artículo 20 se refería al deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma de *ius cogens*. El primer párrafo se basaba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. El deber de cooperar era un principio bien arraigado del derecho internacional. Había sido codificado por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre<sup>1059</sup>, aprobado en 2016, y había encontrado apoyo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a la *Construcción de un muro*<sup>1060</sup> y en el caso *La Cantuta*<sup>1061</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

108. El proyecto de conclusión 21, que establecía el deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma de *ius cogens* y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación, se basaba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En 2001, la Comisión había reconocido que ese deber tenía rango de derecho internacional consuetudinario, como se había confirmado en las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia relativas a *Namibia*<sup>1062</sup> y a la *Construcción de un muro*, así como en resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General. El Relator Especial también señaló que, a diferencia del proyecto de conclusión 20, el proyecto de conclusión 21 no se limitaba a las violaciones “graves”, puesto que el deber de no reconocer ni prestar asistencia se basaba en el carácter imperativo de la norma, y no en la gravedad de su violación. Indicó, a ese respecto, que ni en la opinión consultiva sobre *Namibia* ni en la relativa a la *Construcción de un muro* se había especificado la gravedad como umbral en el caso del deber de no reconocer ni prestar asistencia. Además, dado que, a diferencia del deber de cooperar, ese deber no requería un comportamiento positivo, por lo que resultaba menos oneroso, se justificaba que el umbral fuera menos estricto.

109. El proyecto de conclusión 22, relativo al establecimiento de la competencia respecto de crímenes prohibidos por normas de *ius cogens*, se basaba en el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad<sup>1063</sup> aprobado por la Comisión en primera lectura en 2017, aunque con una formulación más simplificada. En el párrafo 2 se adoptaba el mismo criterio con respecto a la cuestión de la jurisdicción universal que en el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, habida cuenta de que la práctica en esa esfera estaba menos definida.

110. El proyecto de conclusión 23 se refería a la irrelevancia del cargo oficial y la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. El párrafo 1, que establecía que el cargo oficial de una persona no constituye un motivo de exención de responsabilidad, se inspiraba en el párrafo 3 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, aprobado en primera lectura en 2017, y en general se aceptaba como parte del derecho internacional consuetudinario. El párrafo 2, que establecía la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* en el caso de los delitos prohibidos por normas de *ius cogens*, se basaba principalmente en el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>1064</sup>, aprobado provisionalmente

<sup>1059</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 48.

<sup>1060</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 200, párr. 159.

<sup>1061</sup> *La Cantuta Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C, núm. 192, sentencia, 29 de noviembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 (“[s]egún ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*) [...] Ante la naturaleza y gravedad de los hechos [...], la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal...”).

<sup>1062</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 119.

<sup>1063</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 45.

<sup>1064</sup> *Ibid.*, párr. 140.

por la Comisión en 2017. A pesar de las críticas que había suscitado ese proyecto de disposición, entre otras en el sentido de que existía práctica estatal que contradecía dicha excepción, el Relator Especial señaló que esa práctica contradictoria se basaba por lo general en causas relativas a procedimientos civiles y procedimientos contra Estados, que no debían servir de precedente para invocar la inmunidad en el contexto penal, como se había indicado en varias decisiones judiciales, entre ellas la emitida por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*<sup>1065</sup>.

## 2. Resumen del debate

### a) Comentarios generales

111. En general, los miembros acogieron favorablemente el tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Varios miembros felicitaron al Relator Especial por tratar de abordar todas las posibles consecuencias del *ius cogens* más allá del derecho de los tratados y el de la responsabilidad del Estado, los dos principales ámbitos en que la Comisión ya había realizado una amplia labor de codificación. Algunos señalaron que las consecuencias del *ius cogens*, por ejemplo, para el derecho penal internacional, el derecho internacional consuetudinario y las resoluciones del Consejo de Seguridad, planteaban importantes problemas prácticos y generaban debate en la doctrina, y que la divergencia de opiniones en la jurisprudencia no debía impedir que la Comisión abordara esas cuestiones.

112. Varios miembros apoyaron que el Relator Especial hubiera adoptado un enfoque práctico para el examen del tema, en lugar de un enfoque doctrinal o excesivamente teórico. También se mencionó la dificultad que planteaban la falta de práctica y la relativa complejidad de los elementos políticos y morales en juego. Se destacó que la Comisión debía adoptar un enfoque prudente y examinar todos los aspectos de las consecuencias del *ius cogens* de manera equilibrada y sobre la base del derecho existente y la práctica establecida. Se señaló que las características del *ius cogens* estaban estrechamente relacionadas con las consecuencias de su incumplimiento y que ambas cuestiones debían examinarse de manera conjunta. Se expresó la preocupación de que el Relator Especial estuviera atribuyendo importancia jurídica a lo que básicamente eran elementos descriptivos, como la inderogabilidad, que era un criterio para la identificación de las normas de *ius cogens*, no una consecuencia jurídica de estas. Se sugirió realizar un estudio de los antecedentes de la negociación de los artículos 53, 64 y 66 a) y otras disposiciones pertinentes de las Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

113. Se expresó satisfacción por el hecho de que la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial se basaran en disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 y otros instrumentos aprobados por la Comisión. No obstante, se cuestionó la falta de una estructura paralela en el proyecto de conclusiones que se ocupara de las consecuencias de entrar en conflicto con el *ius cogens* para diversas fuentes del derecho internacional. Algunos miembros preferirían que se aplicara la estructura de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 a las consecuencias del *ius cogens* para las fuentes de derecho internacional distintas de los tratados. Además, destacaron la necesidad de establecer procedimientos para determinar la nulidad de una norma de derecho internacional concreta por entrar en conflicto con el *ius cogens*.

114. Varios miembros convinieron en que los proyectos de conclusión podían agruparse en distintas partes en función de su contexto y organizarse de manera coherente, concisa y eficaz, siguiendo de cerca la estructura de los instrumentos existentes. Se dijo que la Comisión debía reconsiderar la conveniencia de que el resultado de su examen del tema revistiera la forma de un proyecto de “conclusiones”.

<sup>1065</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 130, párr. 70 (legislación nacional), y pág. 141, párr. 96 (jurisprudencia).

115. Se observó que el Relator Especial no había propuesto ningún proyecto de conclusión relativo a los principios generales del derecho, lo que implicaba que un principio general del derecho que entrara en conflicto con una norma de *ius cogens* podía ser, no obstante, válido. Algunos miembros se mostraron partidarios de esa exclusión por entender que resultaba inconcebible que hubiera un conflicto en el caso de los principios generales del derecho. También se dijo que la Comisión debía esforzarse por incorporar nuevos elementos en el tema distintos de los examinados en sus trabajos anteriores.

116. Se afirmó que la utilización, en todos los proyectos de conclusión, de términos como “consecuencias”, “efectos jurídicos” y “nulo”, entre otros, debía ser coherente con su uso en los instrumentos existentes. Se señaló que debía aclararse la noción de “conflicto” utilizada en los proyectos de conclusión para proporcionar orientación o criterios a los Estados a la hora de decidir si un tratado o un acto estaba, en derecho, en conflicto con una norma de *ius cogens*.

**b) Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión**

*i) Proyecto de conclusión 10*

117. Algunos miembros observaron que la primera oración del párrafo 1 reproducía el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y propusieron que la segunda oración, que dispone que los tratados en conflicto con el *ius cogens* no crean derecho ni obligación alguna, se aclarase en mayor medida en el comentario. Se propuso también que la segunda oración reprodujese con mayor fidelidad el enunciado del artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención. Asimismo, se dijo que la segunda oración era superflua.

118. Reconociendo que era muy difícil que un tratado entrara en conflicto directo con el *ius cogens*, algunos miembros apoyaron la inclusión del párrafo 3, que establece, a modo de orientación para los Estados a los fines de la interpretación, que los tratados deben interpretarse de manera compatible con las normas de *ius cogens*. Se propuso que en el comentario se aclarara que la disposición no debía dejar sin efecto las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y el derecho internacional consuetudinario. Se afirmó que la cuestión de la interpretación probablemente sería pertinente para todas las fuentes del derecho internacional y que sería mejor abordarla en un proyecto de conclusión aparte. Se hicieron varias propuestas de redacción con el fin de mejorar la claridad de la disposición.

*ii) Proyecto de conclusión 11*

119. Algunos miembros acogieron favorablemente el párrafo 1, en el que se confirma que ninguna parte de un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma de *ius cogens* puede dividirse. Se expresó preferencia por una estructura en que la divisibilidad planteada en el párrafo 2 fuera la regla general, y la indivisibilidad (abordada actualmente en el párrafo 1) fuera una regla especial aplicable al caso del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Se pidió un examen más detallado de la justificación para atribuir distintas consecuencias jurídicas a esas situaciones. Se señaló que el proyecto de conclusión también podía abarcar los actos de organizaciones internacionales que creaban obligaciones para los Estados. También se propuso que el párrafo 1 se reformulara para asegurar su coherencia con el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10, y que destacara el carácter absoluto de la indivisibilidad de las disposiciones de un tratado en conflicto con normas de *ius cogens* existentes.

*iii) Proyecto de conclusión 12*

120. Se dijo que la expresión “todo acto que se haya realizado sobre la base de la disposición del tratado”, al final del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12, era demasiado general para describir la relación entre el tratado y el acto y podía sustituirse por “todo acto que se haya realizado como resultado de la aplicación del tratado”. También se propuso, a fin de asegurar la viabilidad de la disposición, incluir en el párrafo 1 la expresión “en lo posible” del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, o explicar en los comentarios las razones por las que el texto de la disposición se apartaba ligeramente del artículo 71. Se propuso además que se insertara un nuevo párrafo entre los párrafos 1 y 2, inspirado en el



párrafo 1 b) del artículo 71, en el sentido de que los Estados también deben ajustar sus relaciones mutuas al *ius cogens*. También se propuso armonizar el texto del párrafo 2 con el del artículo 71, párrafo 2 b), en particular mediante la inclusión de una referencia al “mantenimiento” de los derechos, obligaciones o situaciones. Se dijo que el proyecto de conclusión debería haber incluido también las disposiciones de los artículos 69 y 70 de la Convención de Viena de 1969, relativas a la nulidad o terminación de los tratados en todas las situaciones, en particular por un conflicto con el *ius cogens*.

121. Dado que el proyecto de conclusión 12 se refería a las consecuencias de la nulidad o terminación de un tratado, se señaló que sería mejor ubicarlo después del proyecto de conclusión 14.

iv) *Proyecto de conclusión 13*

122. Se señaló que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 13 era pertinente para el ámbito de los tratados de derechos humanos, y se hizo referencia a la observación general del Comité de Derechos Humanos sobre las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1066</sup>, donde se afirma que las reservas contrarias a normas imperativas en dicho tratado de derechos humanos no serían compatibles con su objeto y fin. Se dijo que la existencia misma de normas de *ius cogens* en un tratado no significaba que cualquier reserva al tratado, por ejemplo una reserva a una cláusula compromisoria, fuera nula. También se propuso trasladar la disposición a otro lugar a fin de evitar cualquier malentendido que pudiera implicar que las controversias sobre las reservas a un tratado también estaban sujetas al procedimiento recomendado de arreglo judicial que figuraba en el proyecto de conclusión 14.

v) *Proyecto de conclusión 14*

123. Se apoyó la propuesta de “procedimiento recomendado para el arreglo de controversias”, cuyo objeto era facilitar una decisión definitiva sobre la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con el *ius cogens*. Mientras que algunos miembros consideraban que las únicas controversias que debían someterse a la Corte Internacional de Justicia con arreglo a esas disposiciones debían ser las relativas a la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con normas de *ius cogens*, otros miembros se mostraron partidarios de ampliar el procedimiento a las controversias relativas a la existencia de un conflicto entre un tratado y una norma de *ius cogens*, así como a las consecuencias de la nulidad. Se recordó que, si bien en el proyecto de artículos de 1966 la Comisión solo había incluido una referencia a todos los medios de arreglo de controversias, los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (la Conferencia de Viena) habían incluido deliberadamente un mecanismo especial con respecto a las controversias relativas al *ius cogens*, a saber, la disposición que pasó a ser el artículo 66, apartado a), de la Convención de Viena de 1969. Al mismo tiempo, algunos miembros se preguntaron por la forma de superar la enorme reticencia de los Estados a aceptar un arreglo judicial en esas circunstancias, que se reflejaba en el importante número de reservas al artículo 66 de la Convención. También se expresó la preocupación de que el recurso al arbitraje entrañara un mayor riesgo de incoherencia, que podría socavar el objetivo de consolidar el sistema jurídico internacional y lograr seguridad jurídica. Se preguntó si la decisión de la Corte Internacional de Justicia, o de un tribunal arbitral, daría lugar a la nulidad o terminación de un tratado, o sería meramente declaratoria.

124. Algunos miembros consideraron que la calificación del procedimiento como “recomendado” tenía por efecto diluir la obligación jurídicamente vinculante para los Estados partes en la Convención de Viena de 1969 de someter a la Corte Internacional de Justicia sus controversias relativas a la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con normas de *ius cogens*. Con ese resultado se podía correr el riesgo de que no hubiera ningún

<sup>1066</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/50/40 (Vol. I)), anexo V, párr. 8.

proceso definitivo para determinar la nulidad de un tratado que entrase en conflicto con el *ius cogens*, y se crearía precisamente el problema que los Estados habían tratado de evitar al incluir el artículo 66 en la Convención de Viena de 1969. Se indicó que, en lugar de ello, la afirmación unilateral por un Estado de la nulidad de un tratado por estar en conflicto con el *ius cogens* podía someterse a otro procedimiento, como el que figuraba en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, aunque una corte o tribunal nacional o regional ya hubieran declarado que un tratado vulneraba una norma de *ius cogens*. A ese respecto, se dijo que la Corte Internacional de Justicia había señalado que los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena de 1969 “si no codifican el derecho consuetudinario, al menos reflejan con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen determinados principios procesales que se basan en la obligación de actuar de buena fe”<sup>1067</sup>. También se dijo que el consentimiento del Estado a la competencia de la Corte Internacional de Justicia no era necesario en el caso de las controversias relativas al *ius cogens*. Según otra propuesta, podía añadirse un nuevo párrafo en el que se contemplara el recurso a la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia o a otros procedimientos amistosos para el arreglo de controversias.

125. Otros miembros cuestionaron la necesidad de incluir el proyecto de conclusión en su conjunto, ya que, en último término, correspondía a los Estados elegir el procedimiento adecuado para el arreglo de controversias, y no había ninguna jerarquía propiamente dicha entre los diferentes métodos enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. También se dijo que la disposición no encajaba con el enfoque adoptado por la Comisión al elaborar proyectos de conclusión de reflejar el derecho internacional existente, ya que el propio Relator Especial había reconocido que la disposición no lo reflejaba y solo se había incluido como procedimiento recomendado.

vi) *Proyecto de conclusión 15*

126. Contaron con apoyo los dos primeros párrafos sobre las consecuencias del *ius cogens* para el derecho internacional consuetudinario, que seguían el mismo enfoque que el aplicado al derecho de los tratados. Al mismo tiempo, se afirmó que la Comisión no debía eludir la cuestión de qué distinguía a las normas de *ius cogens* de las normas de derecho internacional consuetudinario, ya que el consentimiento no era la única base para el *ius cogens*.

127. En cuanto a las propuestas de modificación, se recordó que los proyectos de conclusión 3 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción habían confirmado que una norma de *ius cogens* podía ser modificada por una norma ulterior de la misma naturaleza y que el derecho internacional consuetudinario era la base más común para una norma de *ius cogens*, respectivamente. Por consiguiente, se sugirió indicar en el proyecto de conclusión 15 que una norma de derecho internacional consuetudinario en conflicto con una norma de *ius cogens* sí podía surgir en la medida en que esa nueva norma consuetudinaria fuera aceptada y reconocida como norma inderogable. También se propuso insertar en el párrafo 1 las palabras “que no tenga carácter de *ius cogens*”, como se había hecho en el párrafo 2, a fin de mantener la posibilidad de sustituir una norma de *ius cogens* por otra. Se propuso modificar el primer párrafo para indicar que la práctica y la *opinio iuris* no pueden dar lugar a una norma de derecho consuetudinario si entran en conflicto con el *ius cogens*, en lugar de suponer que la norma de derecho consuetudinario ya existe en el momento del conflicto.

128. Varios miembros expresaron satisfacción por el párrafo 3, que excluía la aplicabilidad de la norma del objetor persistente con respecto a las normas de *ius cogens*, lo cual, en su opinión, concordaba con la cláusula “sin perjuicio” insertada en el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobado por la Comisión en segunda lectura en el actual período de sesiones<sup>1068</sup>. Se señaló que una norma de *ius cogens* implicaba la aceptación y el reconocimiento de una gran mayoría de Estados representativos de todas las regiones y todos los sistemas jurídicos.

<sup>1067</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 66, párr. 109.

<sup>1068</sup> Véase el capítulo V *supra*.

129. No obstante, algunos miembros consideraron que el proyecto de párrafo 3 no reflejaba plenamente la complejidad de la cuestión, que se refería a la relación entre el rango superior de las normas de *ius cogens* y el principio del consentimiento del Estado. Se quiso saber si la condición de objeción persistente, que se reconocía en la fase de formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, debía rechazarse si la norma consuetudinaria alcanzaba posteriormente el rango de *ius cogens*. Se propuso seguir estudiando la distinción entre las objeciones a una norma de *ius cogens* existente y las objeciones planteadas durante la formación de una norma de *ius cogens*. También se propuso abordar la cuestión de la objeción persistente en los comentarios.

vii) *Proyecto de conclusión 16*

130. Varios miembros destacaron la necesidad de aclarar el sentido de la expresión “acto unilateral” empleada en el proyecto de conclusión, por ejemplo utilizando en su lugar las palabras “compromisos unilaterales”, a fin de poner de relieve que el proyecto de conclusión se refería únicamente a los actos unilaterales oficiales que creaban obligaciones jurídicas. Se propuso clasificar los actos unilaterales en tres categorías. Se preguntó si el proyecto de conclusión debía aplicarse también a las organizaciones internacionales. Se sugirió también que en los comentarios se aclarara la distinción entre los actos unilaterales y las reservas.

viii) *Proyecto de conclusión 17*

131. Varios miembros apoyaron la posición adoptada en el proyecto de conclusión 17 de que las obligaciones vinculantes derivadas de resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad, deben ser nulas si son contrarias a las normas de *ius cogens*. Se afirmó que el proyecto de conclusiones debía ocuparse de todas las resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las resoluciones de la Asamblea General sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad aprobadas en los casos en que el Consejo de Seguridad no podía adoptar una decisión. Se señaló también que otros actos de organizaciones internacionales, como los reglamentos, directivas y decisiones aprobados por la Unión Europea, o los actos de una conferencia intergubernamental, también podían crear obligaciones jurídicas y debían abordarse en el proyecto de conclusiones. Pese a que era muy poco probable que hubiera un conflicto directo entre una resolución del Consejo de Seguridad y una norma de *ius cogens*, algunos miembros seguían considerando importante referirse a dichas resoluciones. Lo estimaban necesario por la condición singular que tenían y por sus consecuencias jurídicas para los Estados en diversos ámbitos del derecho internacional, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y la aplicación del Artículo 103 de dicha Carta.

132. Otros miembros no consideraron conveniente hacer una referencia específica a las resoluciones del Consejo de Seguridad en este proyecto, que tenía por objeto formular normas generales. Se expresó preocupación por que ello pudiera restar eficacia a las resoluciones del Consejo de Seguridad y al sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta de las Naciones Unidas. Se sugirió que el proyecto de conclusión se centrara en cambio en la función de las normas de *ius cogens* como referencia para los Estados a la hora de aprobar resoluciones en el seno de organizaciones internacionales.

133. Se señaló que la disposición debía indicar que las resoluciones contrarias al *ius cogens* no solo dejarían de ser vinculantes, sino que también serían nulas. Se propuso aclarar que, entre las consecuencias para las organizaciones internacionales, también debían incluirse el deber de no reconocer y todas las demás consecuencias jurídicas derivadas del conflicto con una norma de *ius cogens*, y prever la posible divisibilidad en relación con la nulidad de las resoluciones de organizaciones internacionales, al igual que en el caso de la nulidad de los tratados.

ix) *Proyecto de conclusión 18*

134. Si bien apoyaban la noción de que las normas de *ius cogens* establecen obligaciones *erga omnes*, algunos miembros propusieron aclarar en el comentario que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas de *ius cogens*. Se expresaron dudas sobre si era correcto afirmar que las normas de *ius cogens* “establecen” obligaciones *erga omnes*. Algunos miembros propusieron modificar la disposición a fin de reflejar mejor la relación

entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, así como las consecuencias derivadas de ambas. Se propuso retomar el texto del párrafo 1 del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. También se dijo que el proyecto de conclusión debía limitarse a las violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens*, en consonancia con los artículos 40 y 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Se afirmó que la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* era compleja y merecía un examen más exhaustivo y en profundidad, a fin de presentar una perspectiva más amplia de la cuestión y reflejar su evolución reciente, por ejemplo el debate sobre si podían derivarse obligaciones *erga omnes* de las normas relativas a la protección del medio ambiente.

x) *Proyecto de conclusión 19*

135. El proyecto de conclusión 19, basado en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, recibió en general apoyo. Al mismo tiempo, se propuso que la disposición siguiera más fielmente el enunciado del artículo 26. También se propuso que el proyecto de conclusiones abordara las circunstancias que excluyen la ilicitud en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Se dijo que el proyecto de conclusiones también podía abordar las contramedidas.

xi) *Proyecto de conclusión 20*

136. Se propuso que el párrafo 1 del proyecto de conclusión 20 se ajustara más al texto de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Namibia*, indicando que los Estados están “obligados”<sup>1069</sup> a cooperar para poner fin a toda violación grave del *ius cogens*. También se señaló que no quedaba claro si el deber de cooperar reflejaba el derecho existente, ni qué obligaciones concretas emanarían de ese deber.

137. Se propuso que el párrafo 2 retomara el texto del párrafo 2 del artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, de manera que dijera: “[l]a violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

138. Algunos miembros cuestionaron la necesidad del párrafo 3, relativo a las formas de cooperación, sobre todo porque la disposición no contenía ninguna referencia al mecanismo de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, en particular el Consejo de Seguridad. También se dijo que el párrafo 3 era un intento, que se acogía positivamente y debía apoyarse, de desarrollar progresivamente la aplicación de la obligación de cooperar por conducto de instituciones o mediante mecanismos específicos.

xii) *Proyecto de conclusión 21*

139. Si bien, en general, se apoyó el proyecto de conclusión 21, varios miembros cuestionaron la omisión del adjetivo “grave” después de “violación” que figuraba en el párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, ya que con ello se llevaba el principio más allá de lo previsto en dichos artículos. En particular, se observó que los motivos aducidos por el Relator Especial para omitir la palabra “grave” también podían ser válidos en lo que respecta al deber de cooperar. Según otra opinión, aunque había una sólida base jurídica y normativa para limitar el deber de cooperar a las violaciones graves del *ius cogens* (con arreglo al proyecto de conclusión 20), no se podía decir lo mismo en el caso del deber de no reconocer ni prestar asistencia en caso de violación. En ese sentido, se observó que la Comisión debía proceder a un desarrollo progresivo en este ámbito.

140. Se propuso añadir un nuevo párrafo en el que se indicara que el no reconocimiento no debía perjudicar a la población afectada por una violación y que los actos pertinentes, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse.

<sup>1069</sup> Véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párrs. 117 a 119.

xiii) *Proyectos de conclusión 22 y 23*

141. Se expresaron diversas opiniones sobre la conveniencia de tratar las cuestiones de la responsabilidad penal individual y la inmunidad *ratione materiae* (proyecto de conclusión 23) en el proyecto de conclusiones que se estaba elaborando. Varios miembros se mostraron partidarios de abordar ambas cuestiones en el contexto de un estudio sobre las consecuencias de la violación del *ius cogens* y, por tanto, apoyaron su inclusión en el proyecto de conclusiones. Otros miembros opinaron que los proyectos de conclusión 22 y 23 se ocupaban de las normas primarias del derecho penal internacional relativas al enjuiciamiento penal en la jurisdicción nacional y de los efectos de un subconjunto específico de normas de *ius cogens*, a saber, las que prohíben los crímenes internacionales. Este enfoque, si se mantenía, se apartaba del ámbito del tema, que debía limitarse a las normas secundarias del derecho internacional, y centrarse en el efecto general de todas las normas de *ius cogens*.

142. En lo que respecta al párrafo 1 del proyecto de conclusión 22, varios miembros observaron que el tercer informe señalaba abundantes pruebas tanto en los tratados como en la jurisprudencia para apoyar la existencia de un deber jurídico de los Estados de establecer su competencia respecto de los crímenes prohibidos por el *ius cogens*, que se derivaba de la prohibición de los delitos internacionales y de la obligación de los Estados de cooperar para poner fin a toda violación grave del *ius cogens*. Algunos miembros lamentaron que la disposición no mencionara el principio de nacionalidad pasiva y propusieron abordar la cuestión de los conflictos de competencia en los comentarios.

143. Otros miembros señalaron que el tercer informe no demostraba suficientemente que la práctica de los Estados apoyara la imposición en derecho internacional de un deber a todos los Estados de ejercer la competencia penal nacional respecto de todos los delitos prohibidos por el *ius cogens* cuando fueran cometidos en su territorio o por sus nacionales. Por el contrario, el hecho de que la mitad, o incluso la mayoría, de los Estados no contaran con legislación alguna sobre los crímenes prohibidos por el *ius cogens*, como los crímenes de lesa humanidad, el crimen de *apartheid* y el crimen de agresión, ponía de manifiesto que no había una convicción generalizada sobre la existencia de ese deber en derecho internacional. También se dijo que los ejemplos citados en el tercer informe de Estados que ejercían la competencia penal nacional en la aplicación de un tratado no fundamentaban necesariamente la afirmación del párrafo 1.

144. Varios miembros se mostraron partidarios de mantener el párrafo 2 en forma de cláusula “sin perjuicio”, a fin de contemplar la posibilidad de ampliar el ejercicio de la competencia nacional sobre la base de la jurisdicción universal. Se propuso insertar las palabras “de conformidad con el derecho internacional” para reconocer la ambigüedad actual del derecho internacional con respecto a la jurisdicción universal.

145. En lo que respecta al párrafo 1 del proyecto de conclusión 23, se dijo que la norma de la irrelevancia del cargo oficial estaba bien establecida.

146. En cuanto al párrafo 2, varios miembros señalaron que el Relator Especial había abordado la cuestión de manera integral al examinar la práctica tanto favorable como contraria a la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes de *ius cogens*, y que había concluido acertadamente que, en general, las fuentes autorizadas estaban a favor de la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de un delito cometido en contravención de una norma de *ius cogens*. También se apoyó el establecimiento de una distinción entre las jurisdicciones penal y civil al abordar la cuestión de las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Se propuso aclarar, en el proyecto de conclusiones o en los comentarios, los crímenes respecto de los que se aplicarían esas excepciones.

147. Otros miembros consideraron que la práctica citada por el Relator Especial en su tercer informe no respaldaba los proyectos de conclusión que proponía. Se señaló que el proyecto de conclusión 23 propuesto podía ser aún más amplio que el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de

los funcionarios del Estado, aprobado en el 69º período de sesiones en 2017<sup>1070</sup>. Se expresó preocupación por el hecho de que el proyecto de conclusión 23 pudiera hacer más difícil que la Comisión alcanzara un acuerdo con respecto al proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, así como que el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad<sup>1071</sup> llegara a convertirse en una convención.

148. Según otra opinión, se podía dar cabida a ambas posiciones en la Comisión si se reducía el alcance del proyecto de conclusión, entre otras cosas mediante la elaboración de una lista de los crímenes respecto de los que es aplicable, y se destacaba en el comentario el carácter excepcional de la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. Otros propusieron dejar la disposición en suspenso hasta que concluyera la labor sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los crímenes de lesa humanidad.

xiv) *Labor futura*

149. Algunos miembros lamentaron el procedimiento seguido, con arreglo al cual los proyectos de conclusión quedaban pendientes en el Comité de Redacción, sin examinarse anualmente en sesión plenaria con sus comentarios, hasta la conclusión de la primera lectura del conjunto completo de proyectos de conclusión, y sin dar a los Estados la oportunidad de formular observaciones sobre una determinada posición de la Comisión. También se dijo que dicho procedimiento no era un verdadero obstáculo, puesto que los Estados podían dar su opinión, en la Sexta Comisión, sobre los informes del Relator Especial y sus propuestas de proyectos de conclusión, así como sobre los informes provisionales orales de los respectivos Presidentes del Comité de Redacción.

150. Recibió apoyo la elaboración de una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. Se dijo que la lista podía basarse en las normas de *ius cogens* identificadas en los trabajos anteriores de la Comisión. Se destacó la importancia de tener en cuenta en la mayor medida posible las observaciones recibidas de los Estados sobre las normas que debían figurar en dicha lista. Otros expresaron cautela, ya que la Comisión podía tardar mucho en llegar a un acuerdo incluso sobre una lista ilustrativa.

151. Se observó que la posibilidad de un *ius cogens* regional había obtenido cierto apoyo de los Estados en la Sexta Comisión, y se propuso estudiar la existencia de las normas de *ius cogens* regionales y su relación con las normas de *ius cogens* universalmente aplicables. Otros pusieron en duda la existencia de un *ius cogens* regional y advirtieron de que cualquier debate al respecto podía menoscabar la integridad de la noción del *ius cogens* como normas “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” y ser contrario a dicha noción.

152. Si bien se apoyó la intención del Relator Especial de concluir la primera lectura del proyecto de conclusiones en el próximo período de sesiones de la Comisión, se afirmó que la Comisión no debía precipitarse indebidamente para concluir su labor sobre el tema.

### 3. Observaciones finales del Relator Especial

153. El Relator Especial señaló que la Comisión, en general, había apoyado el criterio adoptado en su tercer informe y los proyectos de conclusión propuestos. Coincidió con los miembros en cuanto a la importancia de exponer debidamente las consecuencias de las normas de *ius cogens* para la estabilidad del sistema jurídico internacional. Compartía las preocupaciones expresadas sobre el riesgo que podía suponer no incluir salvaguardias apropiadas y responsables. Reiteró que la finalidad del tema no era elaborar nuevas normas, sino lograr que las normas existentes fueran más accesibles y comprensibles. Admitió que la relativa escasez de práctica estatal era un problema, pero sostuvo que no era un obstáculo insuperable ni debía justificar un enfoque conservador respecto del tema. Por el contrario, insistió en que el papel de la Comisión debía consistir en evaluar fielmente la práctica,

<sup>1070</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 140.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, párr. 45.

además de otras fuentes en las que solía basarse, a fin de llegar a la descripción más precisa del derecho internacional existente. Señaló que muchos de los proyectos de conclusión que proponía contenían formulaciones extraídas de la Convención de Viena de 1969. Al mismo tiempo, cabía recordar que la estructura de la Convención no se había organizado teniendo únicamente en cuenta las normas de *ius cogens*.

154. En cuanto a los proyectos de conclusión propuestos, el Relator Especial dio las gracias a los miembros por sus diversas observaciones y propuestas de enmiendas, que podrían examinarse en el Comité de Redacción o reflejarse en el comentario. Los proyectos de conclusión 10 a 13 habían recibido el apoyo general de los miembros. De los dos primeros párrafos del proyecto de conclusión 10, leídos conjuntamente, se derivaba la consecuencia principal de que un tratado entrase en conflicto con una norma de *ius cogens*, a saber, que dicho tratado sería nulo en el momento de su celebración o que pasaría a ser nulo por la aparición ulterior de una norma de *ius cogens*. Ambos párrafos se basaban en la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial estaba de acuerdo con la propuesta de formular un único proyecto de conclusión con una regla general relativa a la interpretación, basado en su propuesta de párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, que fuera aplicable a todas las fuentes del derecho internacional. En el comentario correspondiente se aclararía que esa regla debía ajustarse a las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969. También estaba de acuerdo en que esa regla interpretativa debía basarse fundamentalmente en la buena fe, lo que se reflejaba en las palabras “en la medida de lo posible” y podía explicarse con más detalle en los comentarios. El principio *pacta sunt servanda* era una razón importante para adoptar un enfoque coherente e integracionista con respecto a la interpretación de los tratados y, cuando fuera posible mantener la compatibilidad con el *ius cogens*, siempre sería preferible adoptar ese enfoque antes que anular el tratado.

155. El Relator Especial compartía las preocupaciones expresadas por algunos miembros por el carácter absoluto de la norma de la indivisibilidad, reflejado en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11, en el caso de los tratados que entren en conflicto con una norma de *ius cogens* existente, pero veía difícil apartarse de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sin un fundamento jurídico coherente basado en la práctica estatal. No apoyaba la sugerencia de que se hiciera referencia en el proyecto de conclusión 12 a los artículos 69 y 70 de la Convención, ya que no se ocupaban de las consecuencias específicas del *ius cogens*.

156. En cuanto al proyecto de conclusión 14, relativo a un procedimiento recomendado para el arreglo de controversias, el Relator Especial no se oponía a la inserción de un nuevo párrafo inspirado en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 si así lo acordaban los miembros en general. No obstante, dudaba de la conveniencia de supeditar las consecuencias del incumplimiento de normas de *ius cogens* a acuerdos celebrados mediante negociaciones entre dos o más Estados. Reiteró que el proyecto de conclusión 14 no pretendía imponer nada a ningún Estado, ni abordar cuestiones de jurisdicción o competencia. Tampoco restaba importancia a las obligaciones jurídicamente vinculantes de los Estados partes en la Convención de Viena de 1969. Accedió a ampliar la gama de opciones para el arreglo de controversias, y a reformular el segundo párrafo en forma de cláusula “sin perjuicio”. Explicó que la ubicación del proyecto de conclusión 14 al final del primer conjunto de proyectos de conclusión no minimizaba la importancia de contar con un procedimiento para el arreglo de controversias, sino que tenía por objeto indicar que ese procedimiento estaba vinculado a los proyectos de conclusión sobre el conflicto entre los tratados y las normas de *ius cogens*.

157. Para responder a la preocupación de algunos miembros en cuanto a la lógica en que se basaba el párrafo 1 del proyecto de conclusión 15, el Relator Especial propuso que se reformulara para que dijera lo siguiente: “[u]na norma de derecho internacional consuetudinario no surge si la práctica en que se basa entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Estaba de acuerdo en que el Comité de Redacción podía añadir las palabras “que no tenga carácter de *ius cogens*” en el párrafo 1 para resolver la cuestión de la modificación de una norma imperativa por una norma imperativa posterior. En cuanto al párrafo 3, no se oponía a establecer una relación entre el efecto de la objeción persistente durante la formación del derecho internacional

consuetudinario y la no aplicabilidad de la objeción persistente una vez que una norma ha adquirido el rango de *ius cogens*.

158. El Relator Especial estaba de acuerdo con los miembros que defendían la conveniencia de destacar específicamente las resoluciones del Consejo de Seguridad en el proyecto de conclusión 17, ya que el debate sobre los efectos de las normas de *ius cogens* en los actos de organizaciones internacionales solía plantearse en el contexto de las decisiones del Consejo de Seguridad, habida cuenta del poder singular del Consejo, así como del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

159. El Relator Especial era contrario a que se introdujera el adjetivo “grave” en el proyecto de conclusión 18, ya que, a su juicio, no encontraba apoyo en los artículos sobre la responsabilidad del Estado ni reflejaba adecuadamente la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Por otra parte, no estaba en contra de que, en el Comité de Redacción, se estudiara la posibilidad de ajustar el texto del proyecto de conclusión 18 al pasaje pertinente del fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction*<sup>1072</sup>. El Relator Especial trató también de explicar la omisión del mismo adjetivo en el proyecto de conclusión 21, señalando que sería erróneo sugerir que era lícito que los Estados reconocieran o incluso prestaran asistencia en caso de violaciones del *ius cogens* que “no fueran graves”.

160. El Relator Especial estuvo de acuerdo asimismo en que los proyectos de conclusión 18 a 21 no solo debían ser aplicables a los Estados, sino también a las organizaciones internacionales.

161. El Relator Especial reconoció que los proyectos de conclusión 22 y 23 se diferenciaban de otros proyectos de conclusión en que se ocupaban de normas primarias, mientras que el resto de los proyectos de conclusión se referían a cuestiones metodológicas. Señaló que ello podía ser una razón de peso para no incluirlos. No obstante, dijo que la cuestión del efecto de las normas de *ius cogens* en la inmunidad se mencionaba explícitamente en el párrafo 17 de la sinopsis del tema que se había elaborado cuando se decidió incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión<sup>1073</sup>. Dicha cuestión no había suscitado ninguna oposición cuando había sido examinada por la Comisión, y ni los Estados ni los miembros de la Comisión habían propuesto entonces excluir las inmunidades del tema. Señaló que, como también habían indicado algunos miembros, había abundante práctica en apoyo de ambos proyectos de conclusión, y que la Comisión había aprobado anteriormente importantes proyectos de conclusión basados en una práctica más escasa. No le convencía el argumento de que la inclusión de ambos proyectos de conclusión impediría que se alcanzase un acuerdo sobre otros temas que la Comisión estaba examinando. También negó que no hubiera suficiente práctica en apoyo del proyecto de conclusión 23. Recordó que, en las causas sobre procedimientos civiles, como la relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, citadas a menudo para justificar la opinión de que no había excepciones a la inmunidad respecto de los crímenes internacionales con carácter de *ius cogens*, se había declarado que no eran una fuente autorizada para el examen de las excepciones en causas relativas a procedimientos penales. Señaló que, si bien esos dos proyectos de conclusión gozaban de un amplio apoyo en la Comisión, para encontrar la forma de avanzar, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde la perspectiva de alcanzar un consenso en la Comisión, esta tal vez desearía abordar las cuestiones mencionadas mediante una cláusula “sin perjuicio”. En ese contexto, propuso que el Comité de Redacción sustituyera los dos proyectos de conclusión por una única cláusula “sin perjuicio” que dijera lo siguiente: “[e]l presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de las consecuencias de las normas imperativas específicas/individuales/particulares de derecho internacional general (*ius cogens*)”. En el comentario correspondiente se indicaría que la inmunidad *ratione materiae* era una cuestión de ese tipo que se recogía de manera implícita en la disposición y que esta se redactaría en forma de cláusula “sin perjuicio”.

<sup>1072</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 33.

<sup>1073</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, anexo.



162. En lo que respecta a las observaciones sobre el método de trabajo consistente en mantener los textos en el Comité de Redacción sin redactar sus comentarios, el Relator Especial señaló que ese método de trabajo había sido aceptado previamente por la Comisión como solución de avenencia. Recordó que el tema se había examinado cada año durante la segunda mitad del período de sesiones sin que hubiera tiempo suficiente para la elaboración y aprobación de comentarios. No obstante, se comprometió a preparar un conjunto completo de comentarios para su examen por la Comisión, en el entendimiento de que el tema se examinaría durante la primera mitad del período de sesiones de 2019.

163. Por último, el Relator Especial aseguró a los miembros que estudiaría detenidamente todas sus observaciones acerca de la labor futura cuando elaborase su cuarto informe. Aceptó varias propuestas a ese respecto, como la inclusión de una bibliografía y la necesidad de mantener la coherencia en los términos empleados, así como de abordar también los principios generales en el proyecto.