

## Capítulo V

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

#### A. Introducción

46. 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>690</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.

47. El Relator Especial presentó tres informes entre 2016 y 2018, que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 68º a 70º (2016 a 2018)<sup>691</sup>, 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 a 70º, respectivamente.

48. En su 69º período de sesiones (2017), a raíz de una propuesta presentada por el Relator Especial en su segundo informe<sup>692</sup>, la Comisión decidió cambiar el título del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>693</sup>.

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

49. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/727). En el cuarto informe se analizaba el examen anterior del tema en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. También se abordaban las cuestiones del *ius cogens* regional y la inclusión en el proyecto de conclusiones de una lista ilustrativa de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso un proyecto de conclusión que contenía una lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

50. La Comisión examinó el cuarto informe en sus sesiones 3459ª a 3463ª y 3465ª, celebradas los días 8 a 10 y 14 a 16 de mayo de 2019.

51. En su 3465ª sesión, celebrada el 16 de mayo de 2019, la Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 24, que figuraba en el cuarto informe del Relator Especial, en el entendimiento de que la lista que contenía el proyecto de conclusión se trasladaría a un anexo y se limitaría a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a las que la Comisión se hubiera referido anteriormente.

52. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.936) en su 3472ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2019, y aprobó en primera lectura el proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (véase la sección C.1 *infra*).

<sup>690</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>691</sup> A/CN.4/693 (primer informe), A/CN.4/706 (segundo informe) y A/CN.4/714 y Corr.1 (tercer informe).

<sup>692</sup> A/CN.4/706, párr. 90.

<sup>693</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 146.

53. En sus sesiones 3499ª a 3504ª, celebradas los días 5 a 7 de agosto de 2019, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones mencionado (véase la sección C.2 *infra*).

54. En su 3504ª sesión, celebrada el 7 de agosto de 2019, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de conclusiones (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2020.

55. En su 3504ª sesión, celebrada el 7 de agosto de 2019, la Comisión expresó además su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Dire Tladi, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

## **C. Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura**

### **1. Texto del proyecto de conclusiones**

56. El texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión en primera lectura figura a continuación.

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

##### **Primera parte Introducción**

##### **Conclusión 1 Alcance**

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

##### **Conclusión 2 Definición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

##### **Conclusión 3 Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

**Segunda parte**  
**Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general**  
*(ius cogens)*

**Conclusión 4**  
**Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)***

Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios:

- a) es una norma de derecho internacional general; y
- b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

**Conclusión 5**  
**Bases de las normas imperativas de derecho internacional general**  
*(ius cogens)*

1. El derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.
2. Las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

**Conclusión 6**  
**Aceptación y reconocimiento**

1. El requisito de “la aceptación y el reconocimiento” como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.
2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

**Conclusión 7**  
**Comunidad internacional de Estados en su conjunto**

1. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.
2. Para la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* se requieren la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados; no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.
3. Si bien las posiciones de otros actores pueden ser pertinentes para poner en contexto y evaluar la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, estas posiciones no pueden, por sí mismas, formar parte de dicha aceptación y reconocimiento.

**Conclusión 8****Prueba de la aceptación y el reconocimiento**

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) puede adoptar una gran variedad de formas.

2. Esas formas de prueba comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de las cortes y tribunales nacionales; las disposiciones de los tratados; y las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

**Conclusión 9****Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general**

1. Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

2. La labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también pueden ser un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

**Tercera parte****Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)****Conclusión 10****Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las disposiciones de dicho tratado carecerán de fuerza jurídica.

2. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

**Conclusión 11****Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) será nulo en su totalidad, y no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

2. Un tratado que pase a ser 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 oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

**Conclusión 12****Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tendrán la obligación jurídica de:

- a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*); y
- b) ajustar sus relaciones mutuas a la 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 afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 13****Falta de efecto de las reservas a los tratados en las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal.

2. Una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 14****Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Ello se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter imperativo dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

3. La regla del objetor persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 15****Obligaciones creadas por actos unilaterales de Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no creará tal obligación.

2. Una obligación de derecho internacional creada por un acto unilateral de un Estado dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### **Conclusión 16**

##### **Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que de otro modo tendría efecto vinculante no creará obligaciones de derecho internacional cuando esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### **Conclusión 17**

##### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)**

1. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.

2. Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

#### **Conclusión 18**

##### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y circunstancias que excluyen la ilicitud**

No podrá alegarse ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en relación con cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### **Conclusión 19**

##### **Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

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

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. La violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable.

4. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional.

**Conclusión 20****Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Cuando parezca que puede haber oposición entre una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y otra norma de derecho internacional, esta deberá interpretarse y aplicarse, en la medida de lo posible, de manera que esté en consonancia con aquella.

**Conclusión 21****Requisitos de procedimiento**

1. El Estado que invoque una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como causa de nulidad o de terminación de una norma de derecho internacional deberá notificar su pretensión a los otros Estados interesados. La notificación deberá hacerse por escrito y en ella habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto a la norma de derecho internacional en cuestión.

2. Si ninguno de los otros Estados interesados formula objeción alguna en un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, el Estado que haya invocado la norma podrá adoptar la medida que haya propuesto.

3. Si cualquier Estado interesado formula una objeción, los Estados interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

5. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas pertinentes relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia u otras disposiciones aplicables en materia de solución de controversias acordadas por los Estados interesados.

**Cuarta parte****Disposiciones generales****Conclusión 22****Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo**

El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

**Conclusión 23****Lista no exhaustiva**

Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus.

**Anexo**

- a) La prohibición de la agresión;
- b) La prohibición del genocidio;

- c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- f) La prohibición de la esclavitud;
- g) La prohibición de la tortura;
- h) El derecho a la libre determinación.

## 2. Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) con sus comentarios

57. El texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura, con sus comentarios, figura a continuación.

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

#### Primera parte Introducción

#### Conclusión 1 Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### Comentario

- 1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de conclusiones ha de leerse con sus comentarios.
- 2) El presente proyecto de conclusiones se refiere a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a las que se han remitido cada vez más las cortes y tribunales internacionales, regionales y nacionales, los Estados y otros actores. Tiene por objeto proporcionar orientación a todos aquellos que puedan estar llamados a determinar la existencia de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y sus consecuencias jurídicas. Dada la importancia y las posibles implicaciones de gran alcance de las normas imperativas, es esencial que la identificación de esas normas y sus consecuencias jurídicas se haga de manera sistemática y de conformidad con una metodología generalmente aceptada.
- 3) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio y establece el alcance del proyecto de conclusiones. Dispone en términos sencillos que el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El proyecto de conclusiones, que trata de la identificación y las consecuencias jurídicas, se refiere principalmente a la metodología. No trata de abordar el contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Cabe señalar también que los comentarios se referirán a diferentes materiales para ilustrar los enfoques metodológicos adoptados en la práctica. Los materiales a los que se hace referencia como ejemplos de práctica, incluidas las opiniones de los Estados, sirven para ilustrar la metodología de identificación y las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). No indican que la Comisión apruebe o respalde las opiniones expresadas en ellos.
- 4) El proyecto de conclusiones se refiere principalmente al método para establecer si una norma de derecho internacional general tiene además la cualidad de ser de carácter imperativo (es decir, ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general (*ius cogens*)). Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no se ocupa de determinar el contenido de las



normas imperativas en sí mismas. Para identificar una norma de derecho internacional como imperativa o no, es preciso aplicar los criterios establecidos en el presente proyecto de conclusiones.

5) Además de a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el proyecto de conclusiones también se refiere a las consecuencias jurídicas de esas normas. Se utiliza la expresión “consecuencias jurídicas” por su carácter general. Si bien las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pueden tener consecuencias no jurídicas, el presente proyecto de conclusiones solo aborda las consecuencias jurídicas. Además, cada norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puede tener consecuencias específicas distintas de las consecuencias generales que se derivan de todas las normas imperativas. No obstante, el presente proyecto de conclusiones no se ocupa de esas consecuencias específicas, ni trata de determinar si una norma imperativa tiene consecuencias específicas. El proyecto de conclusiones solo aborda las consecuencias jurídicas generales de las normas imperativas de derecho internacional general.

6) Las expresiones “*ius cogens*”, “normas imperativas” y “normas imperativas de derecho internacional general” a veces se utilizan indistintamente en la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina<sup>694</sup>. La Comisión optó por la expresión “normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” porque es más clara y es la empleada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena de 1969”)<sup>695</sup>.

7) La expresión “normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” también sirve para indicar que el tema se refiere únicamente a las normas de derecho internacional general. Las normas de *ius cogens* de los ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo, no forman parte del tema. Del mismo modo, las normas de carácter puramente bilateral o regional también están excluidas del alcance del tema.

8) A veces se entiende que la palabra “norma” tiene un sentido más amplio que otras palabras conexas como “reglas” y “principios” y abarca ambos términos. No obstante, cabe señalar que, en algunos casos, las palabras “reglas”, “principios” y “normas” pueden utilizarse indistintamente. La Comisión, en la versión en inglés de su proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, utilizó la palabra “*norm*” en el proyecto de artículo 50, que pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, en los comentarios, la Comisión utilizó la palabra “*rules*”<sup>696</sup>. En aras de la coherencia con esa Convención, en cuyos artículos 53 y 64 se utiliza la palabra “norma”, se ha optado por ese término.

## Conclusión 2

### Definición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

Una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general (*ius cogens*) que tenga el mismo carácter.

## Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 contiene una definición de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se basa en el artículo 53 de la Convención de

<sup>694</sup> Véase un análisis de la nomenclatura en D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017, págs. 11 y ss.

<sup>695</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>696</sup> Véase la versión en inglés del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 202, donde se utiliza la palabra “*norm*”. En los comentarios, no obstante, se habla de “*general rule[s] of international law [...] having the character of jus cogens*” y de “*rules of jus cogens*” (*ibid.*, pág. 271, párrs. 2) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50).

Viena de 1969 con algunas modificaciones para adaptarlo al contexto del proyecto de conclusiones. En primer lugar, solo se reproduce la segunda oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La primera oración, que se refiere a la nulidad de los tratados, no forma parte de la definición. Es más bien una consecuencia jurídica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que se aborda en el proyecto de conclusión 10. En segundo lugar, en la definición se omite la expresión “[p]ara los efectos de la presente Convención”. Como se demostrará más adelante, la definición del artículo 53, aunque se utilizó inicialmente a los efectos de la Convención de Viena de 1969, ha pasado a ser aceptada como una definición general que es de aplicación más allá del derecho de los tratados. Por último, de conformidad con el enfoque general de este tema, la Comisión ha decidido insertar entre paréntesis la expresión “*ius cogens*” después de “norma imperativa de derecho internacional general”.

2) Esta formulación se eligió por ser la más ampliamente aceptada en la práctica de los Estados y en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. También se utiliza habitualmente en la doctrina. En general, los Estados han apoyado la idea de proceder sobre la base de la Convención de Viena de 1969<sup>697</sup>. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también se han remitido en general al artículo 53 al definir las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>698</sup>. Del mismo modo, las cortes y tribunales internacionales se han basado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 al abordar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>699</sup>. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 también se acepta como definición general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la doctrina<sup>700</sup>. Si

<sup>697</sup> Véase, por ejemplo, la declaración de la República Checa (A/C.6/71/SR.24, párr. 72). Véanse también las declaraciones del Canadá (A/C.6/71/SR.27, párr. 9), Chile (A/C.6/71/SR.25, párr. 101), China (A/C.6/71/SR.24, párr. 89), la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118) (“El objeto de la labor de la Comisión sobre el tema no es impugnar los dos criterios establecidos en el artículo 53 [...]. Por el contrario, el objetivo es dilucidar el significado y el alcance de ambos criterios”), y Polonia (*ibid.*, párr. 56). Véase además la declaración de Irlanda (A/C.6/71/SR.27, párr. 19) (“La delegación de Irlanda concuerda con la opinión de que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados deberían ser el fundamento de la labor sobre el tema”).

<sup>698</sup> Véanse, por ejemplo, *Al Shimari*, et al. v. *CACI Premier Technology, Inc.*, núm. 1:08-cv-827 (LMB/JFA), opinión de 22 de marzo de 2019, 2019 WL 1320052 (E.D. Va. 2019), pág. 26; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, causa núm. 87-5053, opinión de 14 de octubre de 1988, 859 F.2d 929 (D.C. Cir. 1988), pág. 940; *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, causa núm. 1A 45/2007, sentencia sobre el recurso administrativo de 14 de noviembre de 2007, Tribunal Supremo Federal de Suiza, BGE 133 II 450, párr. 7.1; *National Commissioner of The South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, causa núm. CC 02/14, sentencia de 30 de octubre de 2014, Tribunal Constitucional de Sudáfrica [2014] ZACC 30, párr. 35; *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa núm. 16.063/94, fallo de 2 de noviembre de 1995, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 70; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, registro C38295, decisión de 30 de junio de 2004, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 71 OR (3d) 675 (Ont CA), ILDC [International Law in Domestic Courts] 175 (CA 2004), párr. 86; y *Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Exp. núm. 2798-04-HC/TC, decisión de 9 de diciembre de 2004, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 8.

<sup>699</sup> Véanse, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 258, párr. 83; *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, pág. 571, párr. 155; y *Prosecutor v. Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, fallo de 14 de diciembre de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, págs. 431 a 433, párr. 60. Véase también *Jaime Córdoba Triviño*, caso núm. C-578/95, sentencia de 4 de diciembre de 1995, Corte Constitucional de Colombia. Véanse, en especial, la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 88, párr. 8;

<sup>700</sup> Véase, por ejemplo, S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zúrich, Schulthess, 2015, pág. 19 (donde se afirma que, dado que el artículo 53 contiene la única definición jurídica que existe por escrito de los efectos de las normas de *ius cogens*, así como del

bien la formulación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es a “los efectos de la Convención”, aplicable asimismo en otros contextos, entre ellos en relación con la responsabilidad del Estado<sup>701</sup>. La Comisión, al abordar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en el contexto de otros temas, también ha utilizado la definición del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>702</sup>. Por consiguiente, resulta apropiado que el presente proyecto de conclusiones se base en el artículo 53 para la definición de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) La definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 contiene dos elementos principales. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, ha de ser aceptada y reconocida por la

---

proceso por el cual surgen, este constituye el punto de partida necesario para analizar dicho concepto); S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 147 a 172, en especial pág. 166, donde se afirma que los tratados sobre el *ius cogens* suelen comenzar con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y pág. 162, donde se evalúan la responsabilidad reforzada y los efectos *erga omnes* del *ius cogens* sobre la base del artículo 53 de la Convención de 1969; y U. Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *ibid.*, págs. 51 a 84, en especial pág. 52. Véase también, en general, Costelloe (nota 694 *supra*), quien, aunque no afirma en ningún momento que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 establece la definición, sin duda procede sobre esa base. Véanse también L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988, en especial págs. 5 a 12; y L. A. Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), págs. 219 a 263, en especial pág. 246.

<sup>701</sup> Véase T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015, págs. 6 y 7 (donde se afirma que, aunque la Convención de Viena se refiere al derecho de los tratados y obliga únicamente a los signatarios, el artículo 53 refleja un concepto cuyos efectos jurídicos van más allá del contexto de los tratados. La práctica contemporánea de los órganos judiciales internacionales y nacionales, consistente en remitirse al artículo 53 para cualquier examen del *ius cogens*, es coherente con esta idea de un concepto que excede del contexto de los tratados); E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 211 a 240, en especial págs. 223 y 224, (donde se afirma que, sin embargo, los efectos potenciales del *ius cogens* no solo se extienden más allá del derecho de los tratados, sino que incluso se ponen de manifiesto en mayor medida en situaciones no relacionadas con el derecho de los tratados); y A. Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 158 a 171, en especial pág. 160 (donde se afirma que, afortunadamente, los Estados, las cortes y tribunales nacionales y los organismos judiciales internacionales han invocado normas imperativas en relación con *ámbitos ajenos a la elaboración de tratados*. Al hacerlo, estas entidades han ampliado el alcance y los efectos normativos de las normas imperativas). Véase también H. Charlesworth y C. Chinkin “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), págs. 63 a 76, en especial pág. 63 (donde se afirma que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición formal y procedimental del concepto de derecho internacional de *ius cogens*).

<sup>702</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 (“Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general [...] sino también que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”). Véanse también las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702), conclusión 32 (“Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) [artículo 53 de la Convención de Viena de 1969], es decir, toda norma ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario’”). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (elaborado por Martti Koskeniemi) (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), párr. 375 (“El punto de partida [para establecer los criterios] debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es ‘una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto’”).

comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. Estos elementos constituyen los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y se explican con más detalle en los proyectos de conclusión 4 a 9.

### Conclusión 3

#### Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

#### Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 describe la naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y lo hace refiriéndose a características esenciales asociadas a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El proyecto de conclusión se ha ubicado al final de la primera parte para indicar que sirve de orientación general con respecto a las disposiciones que figuran a continuación. No obstante, se señaló que esas “características” carecían de base suficiente en derecho internacional, confundían innecesariamente la identificación con los efectos de esas normas y podían considerarse criterios adicionales para determinar la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) específica.

2) La primera característica a la que se hace referencia en el proyecto de conclusión 3 es que las normas imperativas de derecho internacional general “reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional”. La Comisión eligió las palabras “reflejan y protegen” para destacar la doble función que desempeñan los valores fundamentales en relación con las normas imperativas de derecho internacional general. La palabra “reflejan” tiene por objeto indicar que el valor o los valores fundamentales de que se trate fundamentan, en parte, el carácter imperativo de la norma de derecho internacional general en cuestión. Además, la palabra “reflejan” trata de establecer la idea de que la norma en cuestión da efecto a determinados valores. La palabra “protegen” pretende señalar el efecto que tiene la norma imperativa en el valor: que una norma imperativa específica sirve para proteger el valor o los valores en cuestión. En cierto modo, son conceptos que se refuerzan mutuamente. Todo valor reflejado por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) estará protegido por el cumplimiento de esa norma.

3) La característica de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional se refiere al contenido de la norma en cuestión. Ya en 1951, antes de la aprobación de la Convención de Viena de 1969 o del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Corte Internacional de Justicia había vinculado la prohibición del genocidio, una prohibición que en la actualidad es ampliamente aceptada y reconocida como norma imperativa, a valores fundamentales, señalando que esa prohibición se inspiraba en la determinación “de condenar y castigar el genocidio como un ‘crimen según el derecho internacional’ que implica una denegación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad, y le causa grandes pérdidas y es contraria a las normas morales y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”<sup>703</sup>.

<sup>703</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23. Véase también P. Bisazza, “Les crimes à la frontières du *jus cogens*”, en L. Moreillon *et al.* (eds.), *Droit pénal humanitaire*, serie II, vol. 4, Bruselas, Bruylant, 2009, pág. 164, donde se hace referencia, citando a Bassiouni, a la conciencia de la humanidad, y L. Boisson de Charzounes, “Commentaire”, en R. Huesa Vinaixa y K. Wellens (eds.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*:

4) Las referencias, en la opinión consultiva de la Corte sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, a “la conciencia de la humanidad” y a las “normas morales” evocan valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional. En decisiones posteriores, la Corte Internacional de Justicia ha reafirmado esta descripción de los fundamentos de la prohibición del genocidio y, al mismo tiempo, ha afirmado el carácter imperativo de la prohibición del genocidio<sup>704</sup>. Además, en su fallo de 2007 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte hizo referencia a las normas imperativas junto con las “obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales”, indicando así la existencia de una relación entre ellas<sup>705</sup>. La conexión entre los valores y el carácter imperativo de las normas también ha sido señalada por otras cortes y tribunales internacionales<sup>706</sup>.

5) El vínculo entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y valores fundamentales también se ha reconocido en decisiones de cortes y tribunales nacionales<sup>707</sup>. Por ejemplo, en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos citó e hizo suya la afirmación de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se derivan de

---

*travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 Mai 2005*, Bruselas, Bruylant, 2006, pág. 76, donde se habla de una *conciencia universal*.

<sup>704</sup> Véanse, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 110 y 111, párr. 161; y *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss, en especial pág. 46, párr. 87.

<sup>705</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota anterior), pág. 104, párr. 147.

<sup>706</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párrs. 153 y 154, donde el Tribunal vinculó expresamente la condición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) de la prohibición de la tortura a la “importancia de los valores que protege”, señalando que “el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó e hizo suya esta afirmación en la causa *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*, párr. 30. En el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006 sobre fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 153, párr. 128), la Corte describió los delitos prohibidos por el *ius cogens* como aquellos que “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”. Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, (caso núm. 12.285, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02 de 22 de octubre de 2002, párr. 49), donde dicha Comisión vinculó las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a la “moral pública” y, lo que es más importante, declaró que estas “derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional”, señalando que la violación del *ius cogens* “conmueve la conciencia de la humanidad”.

<sup>707</sup> Véanse, por ejemplo, *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al.*, Tribunal Supremo de la República de Filipinas (2011), pág. 56, donde se señala que las normas de *ius cogens* se consideran fundamentales para la existencia de un orden internacional justo. *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa & Others (Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa intervening as Amicus Curiae)* 2005 (4) SA 235 (CC); *Minister of Justice and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, donde el Tribunal suscribe la opinión de que, como se considera cada vez más que la soberanía del Estado está supeditada al respeto de determinados valores comunes a la comunidad internacional, tal vez no sorprenda que ya no baste con alegar la soberanía sin más para ofrecer una protección absoluta a los altos funcionarios frente a un enjuiciamiento por crímenes de *ius cogens*. *Alessi e altri contro Repubblica Federale Tedesca e Presidenza del Consiglio dei Ministri (intervenuto)*, remisión al Tribunal Constitucional, providencia núm. 85/2014, ILDC 2725 (IT 2014), 21 de enero de 2014, Italia; Toscana; Florencia; Tribunal de Primera Instancia (Donde se afirma que, asimismo, se considera que en el ordenamiento jurídico interno, los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución confluyen necesariamente con las normas de *ius cogens* establecidas para proteger los derechos fundamentales de la persona reconocidos por el derecho internacional, lo que pone de relieve los mismos valores, generalmente universales, de protección de la dignidad de la persona).

valores considerados fundamentales por la comunidad internacional<sup>708</sup>. El Tribunal Constitucional del Perú hizo referencia a la “extraordinaria importancia de los valores que subyacen” a las obligaciones de *ius cogens*<sup>709</sup>. Del mismo modo, en la causa *Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que el objetivo de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) era “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”<sup>710</sup>.

6) La relación entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y valores también está aceptada en la doctrina. Kolb afirma que la idea de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) están relacionadas de alguna manera con valores fundamentales es la teoría absolutamente predominante<sup>711</sup>. Hannikainen, al describir el papel de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), observa que una comunidad jurídica puede considerar necesario establecer normas imperativas para la protección de esos intereses y valores primordiales de la propia comunidad<sup>712</sup>. Del mismo modo, Pellet considera que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) allanan el camino hacia un orden público más orientado a los valores morales<sup>713</sup>, mientras que Tomuschat las describe como la clase de normas que protegen valores fundamentales de la comunidad internacional<sup>714</sup>.

<sup>708</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 965 F.2d 699, (Noveno Circuito, 1992), pág. 715. Tribunales inferiores del Noveno Circuito han citado esta decisión en apoyo de su posición, a saber: *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 U.S. Dist. LEXIS136922 (SD Cal. 2013), pág. 13; *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 U.S. Dist. LEXIS101385 (SD Cal. 2014), pág. 9; y *Doe I v. Reddy*, 2003 U.S. Dist. LEXIS26120 (ND Cal 2003), págs. 32 y 34. Véase también la opinión del Noveno Circuito en *Alvarez-Machain v. United States* (331 F.3d 604 (Noveno Circuito, 2003), pág. 613. Aunque el Tribunal Supremo acabó revocando esa decisión en *Sosa v. Alvarez-Machain et al.* (542 U.S. 692 (2004)), no abordó la idea de que las normas imperativas reflejan los valores de la comunidad internacional.

<sup>709</sup> 25 % del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo núm. 1097, EXP. núm. 0024-2010-PI/TC, sentencia del Pleno Jurisdiccional de 21 de marzo de 2011, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 53 (“de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación [de *ius cogens*]”).

<sup>710</sup> *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa núm. 259, sentencia de 24 de agosto de 2004, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 29.

<sup>711</sup> R. Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens – a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pág. 32. H. Olasolo Alonso, A. Mateus Rugeles y A. Contreras Fonseca, “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49 (2016), págs. 135 a 171; C. Zelada, “*Ius cogens* y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, *Agenda Internacional*, vol. 8 (2002), págs. 129 a 156, en especial pág. 139. A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, XXXV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en Rio de Janeiro (agosto de 2008), págs. 6 y 12; K. Hossain, “The concept of *jus cogens* and the obligation under the U.N. Charter”. *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3 (2005), págs. 72 a 98, en especial pág. 73; L. Henkin, “International law and the inter-State sys”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 216 (1989), pág. 60; J. R. Argés, “*Ius cogens*”: descripción, valoración y propuestas de aplicación actual de un tópico jurídico clásico”, tesis doctoral, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, pág. 273; A. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* (Leiden, Brill, 2019), págs. 79 a 83. E. Petrič, “Principles of the Charter of the United Nations: *Jus cogens*?” *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 17 (2016).

<sup>712</sup> Hannikainen (véase la nota 700 *supra*), pág. 2.

<sup>713</sup> A. Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), págs. 83 a 90, en especial pág. 87.

<sup>714</sup> C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, en E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza, Università Editrice, 2015, pág. 8, quien describe el *ius cogens* como la clase de normas que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. Véanse

7) Del análisis anterior se desprende que las cortes y tribunales y la doctrina han empleado diferentes términos para referirse a la importancia de los valores. Por ejemplo, se han utilizado indistintamente las expresiones “valores fundamentales”<sup>715</sup> e “intereses”<sup>716</sup>, o variaciones de estas. No obstante, estas diferentes opciones terminológicas no son mutuamente excluyentes e indican los importantes antecedentes normativos y morales de la norma en cuestión.

8) Como segunda característica, en el proyecto de conclusión 3 se afirma que las normas imperativas de derecho internacional general son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional. El hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) sean jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional es tanto una característica como una consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Es una consecuencia porque la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene por efecto su superioridad sobre otras normas. No obstante, también es una característica porque la superioridad jerárquica describe la naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

9) Las cortes y tribunales internacionales han mencionado a menudo la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que una característica de la prohibición de la tortura “guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional” y que la prohibición “ha pasado a ser una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional tiene un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”<sup>717</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aceptado la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>718</sup>. En el asunto *Kadi c. Consejo y Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas describió las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) como un “orden público internacional”<sup>719</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, también ha descrito una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como una norma que en la

---

también H. Ruiz Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4 (2012), págs. 1049 y ss., en especial pág. 1050; M. den Heijer y H. van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 3 a 21, en especial pág. 15; y D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *ibid.*, págs. 23 a 50, en especial a partir de la pág. 42.

<sup>715</sup> Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (véase la nota 714 *supra*), pág. 8. Véanse también *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (nota 708 *supra*), pág. 715, donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos habló de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional, y el Tribunal Constitucional del Perú en *25 % del número legal de Congresistas*, refiriéndose a “la extraordinaria importancia de los valores” (véase la nota 709 *supra*).

<sup>716</sup> Hannikainen (véase la nota 700 *supra*), pág. 2, donde se habla de intereses primordiales. Ver también *Arancibia Clavel* (nota 710 *supra*), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se refirió a los “intereses generales de la comunidad internacional” como fundamento de las normas imperativas.

<sup>717</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153.

<sup>718</sup> *García Lucero y otras Vs. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 267, párr. 123, nota 139, donde se cita con aprobación la causa *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*). Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 49, donde se señala que las normas de *ius cogens* se derivan de “un orden superior de normas jurídicas”.

<sup>719</sup> *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto núm. T-315-01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, [2005] *Recopilación de la Jurisprudencia II-03649*, párr. 226. Véase también *Hassan c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto núm. T-49/04, sentencia de 12 de julio de 2006, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, párr. 92.



jerarquía internacional goza de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”<sup>720</sup>.

10) El reconocimiento de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) también puede apreciarse en la práctica de los Estados. Por ejemplo, en la causa *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, el Tribunal Superior de Zimbabwe describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como aquellas normas dotadas de primacía en la jerarquía de normas que constituyen el orden normativo internacional<sup>721</sup>. Tribunales de los Estados Unidos han reconocido asimismo la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito señaló que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) eran aquellas merecedoras del más alto rango en derecho internacional<sup>722</sup>. Las cortes y tribunales nacionales han utilizado diversos términos que denotan superioridad jerárquica para describir las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se ha afirmado que ocupan el más alto rango entre todas las demás normas y principios consuetudinarios<sup>723</sup>, que se encuentran “no solo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”<sup>724</sup>, y que son normas que prevalecen sobre el derecho internacional consuetudinario y los tratados<sup>725</sup>. Los Estados también se han referido, en sus declaraciones, a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>726</sup>.

11) La superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se ha reconocido en las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio

<sup>720</sup> *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 60.

<sup>721</sup> *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, causa núm. 507/07, sentencia de 23 de enero de 2008, Tribunal Superior de Zimbabwe, [2008] ZWHHC 1.

<sup>722</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 717.

<sup>723</sup> *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary*, et al., causa G.R. núm. 159618, sentencia de 1 de febrero de 2011, Tribunal Supremo de la República de Filipinas, ILDC 2059 (PH2011), párr. 92. Véase también *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd.*, et al., causas núms. 61942, 61973, 61966, 61995, decisión de 1 febrero de 2012, BCLRB núm. B28/2012, párr. 44, donde la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica (Canadá) señaló que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) gozaban en la jerarquía internacional de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”. Véanse también *R (on the application of Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, causa núm. C1/2006/1064, sentencia de 12 de octubre de 2006, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil) [2006] EWCA Civ 1279; y *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, decisión de 24 de marzo de 1999, Inglaterra, Cámara de los Lores, [2000] 1 A.C. 147, pág. 198.

<sup>724</sup> *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, causa núm. 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 48. Véase también *Julio Lilo Mazzeo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, sentencia de 13 de julio de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 15 (“se trata de la más alta fuente del derecho internacional”).

<sup>725</sup> *Mani Kumari Sabbithi*, et al. v. *Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, et al., 605 F. Supp 2d 122 (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia 2009), pág. 129. Véase también *Mario Luiz Lozano c. Fiscal General de la República Italiana*, causa núm. 31171/2008, sentencia en apelación de 24 de julio de 2008, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema de Casación, Italia, pág. 6 (dándose prevalencia al principio de mayor rango y de *ius cogens*).

<sup>726</sup> Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los Países Bajos (A/C.6/68/SR.25, párr. 101) (“El *ius cogens* tiene una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adopte la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario”); y del Reino Unido (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11), 53ª sesión, párr. 53) (“en una sociedad internacional bien organizada se necesitan normas de derecho internacional de un orden más elevado que las normas puramente dispositivas que los Estados pueden derogar”).



de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>727</sup>. Esta característica también está generalmente reconocida en la doctrina<sup>728</sup>.

12) Por último, en lo que respecta a la tercera característica, el proyecto de conclusión 3 dispone que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son universalmente aplicables. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) hace que sean vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional a los que están dirigidas. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), al igual que su superioridad jerárquica, se deriva del hecho de que no admiten acuerdo en contrario. El hecho de que una norma no admita acuerdo en contrario, por extensión, significa que es aplicable a todos, ya que los Estados no pueden dejarlas sin efecto creando normas especiales propias que estén en oposición con ella. La aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es tanto una característica como una consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

13) En su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia se refirió al “carácter universal de la condena del genocidio”, que consideraba una consecuencia del hecho de que el genocidio “conmueve la conciencia de la humanidad, causa una gran pérdida a la humanidad y es contrario a las normas morales”<sup>729</sup>. El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se ha afirmado en fallos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia<sup>730</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) como “aplicable[s] a todo Estado” y como normas que “vinculan a todos los Estados”<sup>731</sup>. Asimismo, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, la Comisión

<sup>727</sup> Conclusión 32) de las Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 702 *supra*, pág. 200, párr. 251 (“[u]na norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 702 *supra*).

<sup>728</sup> Véanse fundamentos doctrinales de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pág. 8; G. M. Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1 (1991), págs. 42 a 65, en especial pág. 42; y W. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *ibid.*, vol. 23, núm. 3, págs. 837 a 861, en especial pág. 838 (donde se afirma que la posibilidad misma de una norma imperativa vuelve a indicar la existencia de una jerarquía de las normas de derecho internacional en la que las normas imperativas son “las normas fundamentales de la comunidad internacional” de la cúspide). Véanse también M. M. Whiteman, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2 (1977), págs. 609 a 626, en especial pág. 609; y M. W. Janis, “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2 (primavera de 1988), págs. 359 a 363, en especial pág. 359. Tomuschat, por ejemplo, la describe como una certeza de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son superiores a otras normas. Véase C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes*: concluding observations”, en C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pág. 425 (donde se afirma que, sin embargo, lo cierto es que la comunidad internacional acepta hoy en día que existe una clase de preceptos jurídicos que es jerárquicamente superior a las normas de derecho internacional “ordinarias”). Véase también Cassese (nota 701 *supra*), at p. 159. Véase una opinión contraria en Kolb (nota 711 *supra*), pág. 37, donde se sugiere que se debería evitar hablar de jerarquía para centrar la atención en la nulidad, ya que el primer concepto —el de la jerarquía— suscita confusión y malentendidos.

<sup>729</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (véase la nota 703 *supra*), pág. 23. La Corte Internacional de Justicia ha reiterado esta afirmación en fallos recientes. Véanse, por ejemplo, los fallos mencionados en la nota 699 *supra*.

<sup>730</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 571, párr. 156. Véase también *Prosecutor v. Jeličić* (nota 699 *supra*), págs. 399 y 431 a 433, párr. 60.

<sup>731</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 18, párrs. 4 y 5.

Interamericana de Derechos Humanos determinó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>732</sup>.

14) El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se refleja también en las decisiones de cortes y tribunales nacionales. En *Tel-Oren et al. v. Libyan Arab Republic et al.*, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Colombia de los Estados Unidos calificó las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) de normas universales y obligatorias<sup>733</sup>. En *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, el Tribunal Supremo Federal de Suiza describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como aquellas que eran vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional<sup>734</sup>. La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tienen carácter universal también se refleja en la doctrina<sup>735</sup>.

15) La característica de la aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene, en sí, dos consecuencias. En primer lugar, la doctrina de la regla del objeto persistente no es aplicable a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Este aspecto se aborda en mayor detalle en el proyecto de conclusión 14. Como se describe en el párrafo 7) del comentario al proyecto de conclusión 1, una segunda consecuencia de la aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es que esas normas no son de aplicación a nivel regional o bilateral<sup>736</sup>.

16) Las características que figuran en el proyecto de conclusión 3 no son en sí mismas criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esos criterios figuran en la segunda parte del proyecto de conclusiones. Aunque no son criterios en sí mismas, la existencia de las características que figuran en el proyecto de conclusión 3 puede servir de indicación del carácter imperativo de una norma concreta de derecho internacional general. En otras palabras, indica que una norma refleja y protege los valores fundamentales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es jerárquicamente superior a otras normas de derecho internacional y es universalmente aplicable, y puede servir para apoyar o confirmar el carácter imperativo de

<sup>732</sup> *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 49.

<sup>733</sup> *Tel-Oren, et al. v. Libyan Arab Republic, et al.*, sentencia de 3 de febrero de 1984, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), 233 U.S.App. D.C. 384. Véase también *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, sentencia de 26 de noviembre de 1996, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), pág. 242, donde el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos afirma que las normas imperativas no dependen del consentimiento de cada Estado, sino que son universalmente vinculantes por su propia naturaleza.

<sup>734</sup> *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7.

<sup>735</sup> Véanse, por ejemplo, Conklin (nota 728 *supra*); C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976, pág. 78; G. Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), págs. 271 a 289, en especial pág. 283; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pág. 211; Alexidze (nota 700 *supra*); P.-M. Dupuy e Y. Kerbat, *Droit international public*, 11ª ed., París, Précis Dalloz, 2012, pág. 322 (donde se afirma que la cohesión de este conjunto normativo exige el reconocimiento por todos sus sujetos de un mínimo de normas imperativas); A. Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, pág. 6; D. Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), págs. 133 a 175, en especial pág. 135 (donde se afirma que una norma de *ius cogens* o imperativa es aplicable a todos los Estados independientemente de su consentimiento al respecto); y M. Saul, “Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2014), págs. 26 a 54, en especial pág. 31 (donde se afirma que se supone que las normas de *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados).

<sup>736</sup> Los Estados fueron prácticamente unánimes a este respecto: véanse, por ejemplo, los Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29, párr. 34); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/73/SR.24, párr. 126); Grecia (A/C.6/73/SR.27, párr. 9); Malasia (*ibid.*, párr. 104); Portugal (A/C.6/73/SR.26, párr. 96); el Reino Unido (A/C.6/73/SR.22, párr. 84); Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27, párr. 46); y Tailandia (A/C.6/73/SR.26, párr. 96).

la norma. En la Comisión se expresó la opinión de que la diferencia entre “criterios” y “características” no estaba clara, como tampoco lo estaba la tesis de que esas “características” proporcionaban pruebas suplementarias.

## **Segunda parte**

### **Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

#### **Conclusión 4**

#### **Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios:

- a) es una norma de derecho internacional general; y
- b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

#### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 4 establece los criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Los criterios se derivan de la definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que se reproduce en el proyecto de conclusión 2. Hay que demostrar que se cumplen esos criterios para establecer que una norma tiene carácter imperativo.

2) El encabezado del proyecto de conclusión establece que “[p]ara identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios”. La expresión “es necesario establecer” indica que se debe demostrar que los criterios se cumplen y no se debe presumir su existencia. Por lo tanto, no basta con señalar la importancia o la función de una norma para demostrar el carácter imperativo de esa norma, sino que, “es necesario establecer” la existencia de los criterios enumerados en el proyecto de conclusión.

3) Sobre la base de la definición que figura en el proyecto de conclusión 2, el proyecto de conclusión 4 establece dos criterios. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. Este criterio se deriva de la expresión “norma de derecho internacional general” de la definición de las normas imperativas (*ius cogens*) y se aborda en el proyecto de conclusión 5. En segundo lugar, la norma ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. Cabe señalar que este segundo criterio, que consta de varios elementos, constituye un único criterio compuesto, que se aborda en los proyectos de conclusión 6 a 9. Los dos criterios son acumulativos: ambos son condiciones necesarias para el establecimiento del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general.

4) El texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es complejo y ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Por ejemplo, la expresión “y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” podría considerarse un criterio aparte<sup>737</sup>. No obstante, el elemento central del segundo criterio es *la aceptación y el reconocimiento* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no solo de que la norma no admite acuerdo en contrario, sino

<sup>737</sup> No obstante, véase Knuchel (nota 700 *supra*), págs. 49 a 136. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118), en la que señala que los dos criterios establecidos son, en primer lugar, una norma reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y, en segundo lugar, una norma que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*.

también de que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por lo tanto, los elementos de no admisión de acuerdo en contrario y modificación no son criterios en sí mismos, sino que forman parte integrante del criterio de “la aceptación y el reconocimiento”. Esa es la razón de que el segundo criterio, aunque conste de varios elementos, constituya un único criterio.

5) Por otra parte, se ha señalado que la expresión “aceptada y reconocida” se refiere al “derecho internacional general” en lugar de a las cláusulas de no admisión de acuerdo en contrario y modificación. Desde esta perspectiva, el artículo 53 establecería tres criterios para demostrar que una norma tiene carácter imperativo: a) la norma ha de ser una norma de derecho internacional general aceptada y reconocida (como norma de derecho internacional general) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; b) ha de ser una norma que no admite acuerdo en contrario; y c) ha de ser una norma que solo puede ser modificada por una norma imperativa ulterior de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, esta interpretación plantea al menos dos problemas. En primer lugar, haría que el primer criterio resultara tautológico, ya que, para empezar, el “derecho internacional general” debe ser generalmente aceptado y/o reconocido por la comunidad internacional. En segundo lugar, así planteados, los criterios segundo y tercero no serían criterios, sino más bien una consecuencia del carácter imperativo y una descripción de la forma en que se pueden modificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), respectivamente.

6) Sobre la base de lo que antecede, los dos criterios acumulativos del proyecto de conclusión 4 implican un enfoque en dos etapas para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En primer lugar, es preciso probar que la norma en cuestión es una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, ha de demostrarse que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que la norma tiene carácter imperativo. Este enfoque de dos etapas fue bien descrito por la Comisión en los comentarios al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino *también* que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto<sup>738</sup>.

### **Conclusión 5**

#### **Bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. El derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>738</sup> Párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 (sin cursiva en el original). Véase también Rivier, *Droit international public*, 2ª ed., París, Presses universitaires de France, 2013, pág. 566 (donde se afirma que solo una disposición ya formalizada en derecho positivo y universalmente aceptada como norma jurídica puede alcanzar el rango de norma imperativa). Véase también U. Linderfalk, “The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 71 (2011), págs. 359 a 378, en especial pág. 371 (que afirma que, por “la creación de una norma de *ius cogens*” se refiere no a la creación de una norma jurídica, sino a la elevación de una norma jurídica al rango de *ius cogens*).

## Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 se refiere a las bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Aborda el primer criterio especificado en el proyecto de conclusión 4 para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a saber, que la norma en cuestión debe ser una norma de “derecho internacional general”. El proyecto de conclusión consta de dos partes. El primer párrafo trata del derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), mientras que el segundo se ocupa de las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho como posibles bases de esas normas.

2) El Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional establecido por la Comisión observó que “no existe una definición aceptada de ‘derecho internacional general’”<sup>739</sup>. El sentido del derecho internacional general siempre vendrá determinado por el contexto<sup>740</sup>. En algunos contextos, el “derecho internacional general” podría interpretarse en contraposición a la *lex specialis*<sup>741</sup>. En el contexto de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), no obstante, la expresión “derecho internacional general” no es una referencia a la *lex generalis* o al derecho distinto de la *lex specialis*. Más bien, en el contexto de las normas imperativas, la palabra “general” de la expresión “normas de derecho internacional general” se refiere al ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Las normas de derecho internacional general son, por lo tanto, aquellas normas de derecho internacional que, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”<sup>742</sup>.

3) La palabra “base” utilizada en los dos párrafos del proyecto de conclusión 5 debe entenderse de manera flexible y amplia. Pretende captar las diversas formas en que las distintas fuentes del derecho internacional pueden dar lugar a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general.

4) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 5 se afirma que el derecho internacional consuetudinario, que se refiere a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esto se debe a que el derecho internacional consuetudinario es la manifestación más obvia del derecho internacional general<sup>743</sup>. Esta tesis se fundamenta en

<sup>739</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702, párr. 14 10), nota 11.

<sup>740</sup> *Ibid.* Véase también la nota 667 al párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 1 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10)* (“el ‘derecho internacional general’ se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho”).

<sup>741</sup> Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 137 y 138, párr. 274. Véase también *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 76, párr. 132.

<sup>742</sup> *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

<sup>743</sup> Véase Cassese (nota 701 *supra*), pág. 164 (donde se afirma que, la segunda cuestión equivale a preguntar acerca de los medios por los que una corte o tribunal internacional debe determinar si una norma o principio general de derecho internacional ha adquirido la condición de norma imperativa, lo que lógicamente presupone la existencia de dicha norma o principio *consuetudinario*); G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, Pédone, 2001, pág. 615, quien afirma que el derecho internacional consuetudinario es el medio habitual, cuando no exclusivo, de formación de las normas de *ius cogens*. Véase también Rivier (nota 738 *supra*), pág. 566 (donde se afirma que el derecho internacional consuetudinario es, pues, una fuente primaria de las normas que constituirán la base del derecho imperativo). Véanse, además, J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zúrich, Schulthess, 2016, pág. 115 (donde se afirma

la práctica de los Estados, que confirma que el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>744</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por ejemplo, ha reconocido que las normas imperativas relativas a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad emanan de normas de derecho internacional consuetudinario ya en vigor<sup>745</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú ha declarado que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se refieren a “normas internacionales consuetudinarias [...] bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*”<sup>746</sup>. En la causa *Bayan Muna v. Alberto Romulo*, el Tribunal Supremo de Filipinas situó al *ius cogens* en el rango jerárquico más alto con respecto a todas las demás normas y principios consuetudinarios<sup>747</sup>. Asimismo, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. The Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya determinó que el deber de enjuiciar los crímenes internacionales era tanto una norma de derecho internacional consuetudinario como una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>748</sup>. En la causa *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, el Tribunal Supremo del Canadá describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como una forma superior de derecho internacional consuetudinario<sup>749</sup>. En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos definió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como un subconjunto de élite de las normas reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario<sup>750</sup>. Ese Tribunal también observó que, a diferencia de las normas ordinarias de derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens* comprendía las normas consuetudinarias que se consideraban vinculantes para todas las naciones<sup>751</sup>. En la causa *Buell v. Mitchell*, el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito de

que, como fuente más probable del derecho internacional general, las normas consuetudinarias constituirían *ipso facto e ipso iure* una fuente privilegiada de las normas de *ius cogens*; y A. Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), págs. 491 y ss., en especial pág. 493 (donde se afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario). Véase una opinión contraria en Janis (nota 728 *supra*), pág. 361.

<sup>744</sup> Véanse, en declaraciones de Estados, la declaración del Pakistán en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General (A/C.6/34/SR.22, párr. 8) (“El principio de prohibición del uso de la fuerza, y su corolario, tienen carácter de *ius cogens* no solo en virtud del Artículo 103 de la Carta [de las Naciones Unidas], sino también porque se han convertido en normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas por la comunidad internacional”). Véanse también las declaraciones del Reino Unido (A/C.6/34/SR.61, párr. 46) y Jamaica (A/C.6/42/SR.29, párr. 3) (“El derecho de los pueblos a la libre determinación y la independencia es un derecho consagrado en el derecho internacional consuetudinario, y tal vez incluso una norma [imperativa] de derecho internacional general”).

<sup>745</sup> *Arancibia Clavel* (véase la nota 710 *supra*), párr. 28.

<sup>746</sup> *25 % del número legal de Congresistas* (véase la nota 709 *supra*), párr. 53 (“Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*”).

<sup>747</sup> *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase nota 723 *supra*), párr. 92.

<sup>748</sup> *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, solicitud de diversos autos 685 de 2010, sentencia de 28 de noviembre de 2011, Tribunal Superior de Kenya, [2011] eKLR, pág. 14.

<sup>749</sup> *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, archivo núm. 35034, decisión en apelación de 10 de octubre de 2014, Tribunal Supremo del Canadá, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, pág. 249, párr. 151. *Germany v. Milde (Max Josef)*, causa núm. 1072/2009, fallo en apelación de 13 de enero de 2009, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema de Casación, Italia, ILDC 1224 (IT 2009), párr. 6 (donde se afirma que las normas consuetudinarias que protegen derechos humanos inviolables no admiten acuerdo en contrario porque pertenecen al derecho internacional imperativo o *ius cogens*).

<sup>750</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 715, donde se cita *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (véase la nota 698 *supra*), pág. 940.

<sup>751</sup> *Ibid.* Este contraste entre las normas “ordinarias” de derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* (que sugiere que las normas de *ius cogens* constituyen normas extraordinarias de derecho internacional consuetudinario) se basa a menudo en la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153,



los Estados Unidos señaló que algunas normas consuetudinarias de derecho internacional alcanzaban un “rango superior”, a saber, el de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>752</sup>. Al determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Tribunal hizo la siguiente observación:

Además, dado que la abolición de la pena de muerte no es una norma consuetudinaria de derecho internacional, no puede haber alcanzado el nivel de que la comunidad internacional en su conjunto la reconozca como *ius cogens* o como norma que no admite acuerdo en contrario<sup>753</sup>.

5) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia también proporciona sólidas pruebas del derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura “formaba parte del derecho internacional consuetudinario” y que “se había convertido en una norma imperativa (*ius cogens*)”<sup>754</sup>. Del mismo modo, la afirmación de la Corte de que “muchas de las normas del derecho humanitario” constituyen “principios del derecho internacional consuetudinario que no se pueden transgredir” indica que las normas imperativas —que se califican de “principios que no se pueden transgredir”— tienen una base consuetudinaria<sup>755</sup>.

6) Otras cortes y tribunales internacionales también han aceptado el derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>756</sup>. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que la prohibición de la tortura es “una norma de derecho internacional consuetudinario” y que “constituye además una norma de *ius cogens*”<sup>757</sup>. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*, ese Tribunal describió las normas imperativas como normas que “en la jerarquía del derecho internacional están por encima del derecho de los tratados e incluso de las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”<sup>758</sup>. Del mismo modo, en la causa *Fiscalía c. Jelisić*, el Tribunal declaró que “no puede haber absolutamente ninguna duda” de que la prohibición del genocidio enunciada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es “parte del derecho internacional consuetudinario” y se inscribe ahora “en la categoría de *ius cogens*”<sup>759</sup>.

7) Si bien el derecho internacional consuetudinario es la base más común de la aparición de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), otras fuentes, enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden constituir la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la medida en que puedan considerarse normas de derecho internacional general. El segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 recoge esta idea al afirmar que “[l]as disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Las palabras “también pueden” tienen por objeto indicar que no es imposible que las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho constituyan la base de las normas imperativas de derecho internacional general.

donde se establece una distinción similar. Esa distinción se ha mencionado con aprobación en varias decisiones, entre ellas decisiones de tribunales del Reino Unido. Véase, por ejemplo, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 723 *supra*), pág. 198. Véase también *R (on the application of Al Rawi and Others) (ibid.)*.

<sup>752</sup> *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (6th Cir. 2001), págs. 372 y 373.

<sup>753</sup> *Ibid.*, pág. 373.

<sup>754</sup> *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

<sup>755</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 699 *supra*), pág. 257, párr. 79.

<sup>756</sup> Véase, por ejemplo, *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 211, pág. 43, párr. 140.

<sup>757</sup> *Prosecutor v. Delalić*, et al., causa núm. IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 454.

<sup>758</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153.

<sup>759</sup> *Prosecutor v. Jelisić* (véase la nota 699 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60.

8) La expresión “principios generales del derecho” en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 se refiere a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es procedente señalar la posibilidad de que los principios generales del derecho constituyan la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>760</sup>. Los principios generales del derecho forman parte del derecho internacional general, ya que tienen un ámbito de aplicación general en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional<sup>761</sup>. En el contexto de la interpretación de los tratados con arreglo al artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional distinguen entre la aplicación del derecho de los tratados, por una parte, y del derecho internacional general, por otra<sup>762</sup>. Este último, según la Comisión, consiste en “el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho”<sup>763</sup>. Además, la doctrina apoya los principios generales del derecho como fuente de las normas imperativas de derecho internacional general<sup>764</sup>. No obstante, se expresó la opinión de que no había suficiente apoyo, ni en la posición de los Estados ni en la jurisprudencia internacional, para sustentar la tesis de que las normas

<sup>760</sup> Si bien hay escasa práctica en apoyo de los principios generales del derecho como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), cabe tener en cuenta las siguientes causas, entre otras: *Prosecutor v. Jelisić* (nota 699 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60, donde el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, tras aceptar que la prohibición del genocidio era una norma de *ius cogens*, afirmó que los principios en los que se basaba dicha prohibición eran “principios reconocidos por las naciones civilizadas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho a la igualdad era una norma imperativa de derecho internacional general en razón de su condición de principio general del derecho en su opinión consultiva relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (véase la nota 731 *supra*), pág. 117, párr. 101: “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 120): “Los principios generales del derecho a los que remite el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son el mejor fundamento normativo de las normas de *ius cogens*”.

<sup>761</sup> Véase *North Sea Continental Shelf* (nota 742 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63, donde la Corte describió el derecho internacional general como normas que, “por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”.

<sup>762</sup> Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 727 *supra*), párrs. 20 y 21.

<sup>763</sup> *Ibid.*

<sup>764</sup> Véanse, por ejemplo, Knuchel (nota 700 *supra*), pág. 52 (quien afirma que los principios generales del derecho pueden elevarse al rango de *ius cogens* si la comunidad internacional de Estados en su conjunto los acepta y reconoce como tales); Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (nota 714 *supra*), págs. 30 a 34; A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, en Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, *XXXV Curso de Derecho Internacional*, 2008, pág. 27. Véanse también Weatherall (nota 701 *supra*), pág. 133; T. Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 173 y ss., en especial pág. 195 (donde se afirma que una norma imperativa debe pasar primero a ser una norma de derecho internacional general, esto es, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho con arreglo al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Véanse, además, Conklin (nota 728 *supra*), pág. 840; O. M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), págs. 1 y ss., pág. 60; R. Nieto-Navia, “International peremptory norms (*ius cogens*) and international humanitarian law”, en L. Chand Vorah *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, 2003, págs. 595 y ss., en especial págs. 613 y ss. (donde se indica que cabe afirmar en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas); Orakhelashvili (nota 728 *supra*), pág. 126; y Santalla Vargas (nota 701 *supra*), pág. 214 (quien afirma que el *ius cogens* se deriva del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional).



imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pudieran basarse en principios generales del derecho.

9) Los tratados son una fuente importante del derecho internacional, como establece el Artículo 38, párrafo 1 a), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 también se señalan las disposiciones de los tratados como posible base de las normas imperativas de derecho internacional general. Se utiliza la expresión “disposiciones de los tratados” en lugar de “tratados” para indicar que se hace referencia a una o varias normas contenidas en el tratado, y no al propio tratado. Los tratados, en la mayoría de los casos, no son “derecho internacional general”, ya que no suelen tener un ámbito de aplicación general “en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”<sup>765</sup>. No obstante, hay apoyo en la doctrina a la tesis de que las disposiciones de los tratados pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)<sup>766</sup>. Si bien se reconoce el carácter especial de la Carta de las Naciones Unidas, cabe señalar que, en el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, la Comisión afirmó que “las normas de la Carta [de las Naciones Unidas] por las que se prohíbe el uso de la fuerza” constituían un “ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”<sup>767</sup>. Puede considerarse que la función de los tratados como base excepcional de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es una consecuencia de la relación entre las normas de los tratados y el derecho internacional consuetudinario descrita por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*<sup>768</sup>. En esas causas, la Corte observó que una norma de un tratado puede codificar (o ser declaratoria de) una norma de derecho internacional general

<sup>765</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63 (“en general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que se admita la facultad de formular reservas unilaterales con respecto a dicha norma dentro de ciertos límites; pero no se puede decir lo mismo en el caso de las normas y obligaciones de derecho internacional general o consuetudinario que, por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”). Véase también Bianchi (nota 743 *supra*), pág. 493 (quien afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario).

<sup>766</sup> G. I. Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993), págs. 534 y ss., en especial pág. 541 (quien cree que los expertos en derecho internacional deberían aceptar que el derecho internacional general comprende ahora normas de derecho internacional tanto consuetudinarias como convencionales). Véase, específicamente en el contexto del *ius cogens*, G. I. Tunkin, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *The University of Toledo Law Review*, vol. 1971, núms. 1 y 2 (otoño e invierno de 1971), págs. 107 y ss., en especial pág. 116 (donde se afirma que los principios de *ius cogens* son “normas que han sido aceptadas ya sea expresamente por un tratado o tácitamente por la costumbre”, y que muchas normas de derecho internacional general son creadas a la vez por los tratados y por la costumbre). Véase también Knuchel (nota 700 *supra*), pág. 50 (quien afirma que el derecho internacional contemporáneo comprende, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “instrumentos de carácter universal o cuasiuniversal”, y que nada impide que futuras convenciones creen normas universalmente vinculantes que podrían elevarse al rango de *ius cogens*). Véase también Nieto-Navia (nota 764 *supra*), pág. 613 (quien señala que puede afirmarse en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas). Véanse, no obstante, Weatherall (nota 701 *supra*), págs. 125 y 126; Hannikainen (nota 700 *supra*), pág. 92; E. J. Criddle y E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), pág. 331. Véanse, además, Orakhelashvili (nota 728 *supra*), pág. 113 (quien afirma que la tendencia de los académicos a hacer hincapié en la costumbre parece surgir del reconocimiento general de que los tratados son inadecuados para crear normas imperativas); y U. Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), págs. 853 y ss., en especial pág. 860.

<sup>767</sup> Párrafo 1) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (véase la nota 696 *supra*), pág. 271.

<sup>768</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*). Véase también el proyecto de conclusión 11 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

existente<sup>769</sup>, o que la conclusión de una norma de un tratado puede ayudar a cristalizar una norma emergente de derecho internacional general<sup>770</sup>, o que una norma de un tratado puede, después de ser aprobada, llegar a reflejar una norma general sobre la base de la práctica ulterior<sup>771</sup>. Este enfoque general también puede apreciarse en las sentencias de otras cortes y tribunales internacionales<sup>772</sup>.

10) La expresión “aceptada y reconocida” reviste especial pertinencia para las fuentes que pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La fórmula “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados a partir de una propuesta conjunta de España, Finlandia y Grecia en relación con lo que pasaría a ser más adelante el artículo 53 (“reconocida por la comunidad internacional”)<sup>773</sup>, en la que el Comité de Redacción de la Conferencia insertó la palabra “aceptada”. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción, se hizo porque en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia figuran las palabras “reconocida” y “aceptada”: “reconocida” en relación con las convenciones y tratados y los principios generales del derecho, y “aceptada” en relación con el derecho internacional consuetudinario<sup>774</sup>.

### Conclusión 6 Aceptación y reconocimiento

1. El requisito de “la aceptación y el reconocimiento” como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.

2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

### Comentario

1) El segundo criterio para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es que la norma en cuestión ha de ser reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Como se indica en el párrafo 4) del comentario al proyecto de conclusión 4, se

<sup>769</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*), pág. 38, párr. 61.

<sup>770</sup> *Ibid.*, págs. 38 a 41, párrs. 61 a 69.

<sup>771</sup> *Ibid.*, págs. 41 a 43, párrs. 70 a 74. Véase también *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, causa núm. 6/2002, recurso de casación, sentencia de 17 de septiembre de 2002, Tribunal Supremo Especial de Grecia, párr. 14 (donde se afirma que las disposiciones contenidas en el Reglamento de La Haya que figura como anexo de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 se han convertido en normas consuetudinarias de derecho internacional (*ius cogens*)).

<sup>772</sup> Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Tolimir*, causa núm. IT-05-88/2-T, fallo de 12 de diciembre de 2012, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 733 (“Está ampliamente aceptado que estas disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio son normas de derecho internacional consuetudinario que han alcanzado el rango de *ius cogens*”); y *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*). Véase también la declaración del Sr. Ago en la 828ª sesión de la Comisión en 1966, *Anuario...*, 1966, vol. I (primera parte), pág. 39, párr. 15 (“Incluso si la norma de *ius cogens* proviene de un tratado, no es este el que le da su carácter; es que aun cuando se derive del tratado [...] es ya una norma de derecho internacional general”).

<sup>773</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, vol. III, Documentos de la Conferencia*, pág. 187, documento A/CONF.39/C.1/L.306 y Add.1 and 2.

<sup>774</sup> *Ibid.*, primer período de sesiones, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, acta resumida de la 80ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 519, párr. 4.

trata de un criterio único que consta de diferentes elementos. Un elemento indica que, para que una norma de derecho internacional general sea imperativa, la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe aceptar y reconocer el carácter imperativo de esa norma. Así pues, este criterio se centra en “la aceptación y el reconocimiento”. Los otros elementos del criterio indican dos aspectos de ese reconocimiento y aceptación. En primer lugar, indican lo que debe aceptarse y reconocerse, a saber, que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. En segundo lugar, indican quién debe proceder a la aceptación y el reconocimiento, o sea, la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Este último aspecto se aborda en el proyecto de conclusión 7.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 6 tiene por objeto aclarar que la aceptación y el reconocimiento a que se hace referencia en el proyecto de conclusión son distintos de la aceptación y el reconocimiento que requieren otras normas de derecho internacional. En otras palabras, “la aceptación y el reconocimiento” a que se refiere el proyecto de conclusión 6 no son lo mismo que, por ejemplo, la aceptación como derecho (*opinio iuris*), que es un elemento para la identificación del derecho internacional consuetudinario. La aceptación y el reconocimiento mencionados en el proyecto de conclusión 6 son algo cualitativamente diferente. La aceptación como derecho (*opinio iuris*) se refiere a la cuestión de si los Estados aceptan una práctica como norma jurídica y es un elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario. El reconocimiento como principio de derecho se refiere a la cuestión de si un principio ha sido reconocido en el sentido previsto en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La aceptación y el reconocimiento, como criterio de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), se refieren a la cuestión de si la comunidad internacional de Estados en su conjunto reconoce que una norma de derecho internacional tiene carácter imperativo.

3) El segundo párrafo explica qué se entiende por la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Establece que la norma en cuestión debe ser aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Esto significa que, para demostrar que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario aportar pruebas de que se acepta y reconoce que tiene las características mencionadas, es decir, que es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Aunque el proyecto de conclusión 6 requiere pruebas del reconocimiento y la aceptación de dos elementos, no es necesario aportar pruebas que demuestren primero el reconocimiento y, por separado, la aceptación. Basta con demostrar, en general, “la aceptación y el reconocimiento” del carácter imperativo de la norma de derecho internacional general.

4) Se utiliza la palabra “pruebas” para indicar que no es suficiente con afirmar que una norma es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Es necesario justificar esa afirmación con pruebas. Las pruebas que se pueden aportar se abordan en los proyectos de conclusión 8 y 9.

5) Este marco de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto se basa en la interpretación generalmente aceptada del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>775</sup>.

<sup>775</sup> Véase *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (nota 698 *supra*), pág. 940 (donde se afirma que, por último, para que una norma consuetudinaria de derecho internacional se convierta en norma imperativa, debe haber además un reconocimiento por “la comunidad internacional en su conjunto de que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario”); y *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 85 (“Además, en base a la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que esta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*, evolución prevista por la Comisión en su decisión en *Roach y Pinkerton*”). Véase también *Prosecutor v. Simić*, causa IT-95-9/2-S, fallo de

## Conclusión 7

### Comunidad internacional de Estados en su conjunto

1. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Para la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se requieren la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados; no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.

3. Si bien las posiciones de otros actores pueden ser pertinentes para poner en contexto y evaluar la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, estas posiciones no pueden, por sí mismas, formar parte de dicha aceptación y reconocimiento.

### Comentario

1) Como ya se indica en el proyecto de conclusión 6, el segundo criterio para determinar el carácter imperativo de una norma es que se debe aceptar y reconocer que esa norma tiene carácter imperativo. El proyecto de conclusión 7 se refiere a la cuestión de quién debe aceptar y reconocer ese carácter a fin de que dicha aceptación y reconocimiento sean pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Cabe recordar que la propia Comisión, al aprobar el proyecto de artículo 50 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, no incluyó el elemento del reconocimiento y la aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, limitándose a señalar que una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma “que no admite acuerdo en contrario”<sup>776</sup>. Más bien, ese elemento fue añadido por los Estados durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969 que llevó a la aprobación de la Convención de Viena de 1969. No obstante, incluso durante las deliberaciones de la Comisión, varios de sus miembros pusieron de relieve el vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y la aceptación y el reconocimiento de la “comunidad internacional de Estados”<sup>777</sup>.

2) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 7 se afirma que la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente. En este párrafo se trata de dejar claro que lo pertinente es la posición de los Estados, y no la de otros actores. Aunque se ha pedido que se incluya a otros actores cuya aceptación y reconocimiento podrían ser pertinentes para el establecimiento de normas

17 de octubre de 2002, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 34. Véase un análisis en J. Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, en E. de Wet y J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights*, Oxford, 2011, pág. 26. Véanse también C. Costello y M. Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 273 y ss., en especial pág. 281 (donde se afirma que, para que una norma sea de *ius cogens*, debe cumplir los requisitos normales del derecho internacional consuetudinario y además debe ser ampliamente considerada como norma que no admite acuerdo en contrario); y A. Hameed, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 52 y ss., en especial pág. 62. Véase también G. A. Christenson “*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988), págs. 585 y ss., en especial pág. 593 (donde se afirma que las pruebas también tendrían que demostrar la necesaria *opinio iuris* de que la obligación es imperativa, poniendo de manifiesto la aceptación de que la norma tiene carácter preponderante).

<sup>776</sup> Véase el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 696 *supra*), pág. 271.

<sup>777</sup> Véase la declaración del Sr. Luna, acta resumida de la 828ª sesión (nota 772 *supra*), párr. 34 (“[el *ius cogens*] es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional”).

imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>778</sup>, en el estado actual del derecho internacional se sigue considerando que los Estados son entidades cuya aceptación y reconocimiento son pertinentes. En el contexto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión consideró la posibilidad de utilizar la expresión “comunidad internacional en su conjunto” sin las palabras “de Estados”<sup>779</sup>. No obstante, tras analizar la cuestión, la Comisión decidió que “en la situación actual del derecho internacional, incumbe a los Estados determinar o reconocer las normas imperativas”<sup>780</sup>.

3) La práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales han seguido vinculando la elevación de las normas de derecho internacional general al rango de normas imperativas a la aceptación y el reconocimiento de los Estados. La Corte Penal Internacional, por ejemplo, ha afirmado que una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) requiere el reconocimiento de los Estados<sup>781</sup>. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, determinó el carácter imperativo de la prohibición de la tortura sobre la base de instrumentos elaborados por los Estados<sup>782</sup>. Las cortes y tribunales nacionales también han seguido vinculando el establecimiento de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) al reconocimiento de los Estados. Por ejemplo, al determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos, en la causa *Buell v. Mitchell*, señaló que solo 61 países, es decir, aproximadamente el 32 % de los países, habían abolido completamente el uso de la pena de muerte<sup>783</sup>. Incluso si, en la práctica y la doctrina<sup>784</sup>, las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) siguen estando vinculadas a nociones relativas a la conciencia de la humanidad, los materiales aportados para ilustrar el reconocimiento de las normas como normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) siguen

<sup>778</sup> Véase, por ejemplo, el Canadá (*A/C.6/71/SR.27*, párr. 9), que indica que “sería conveniente que la Comisión [...] ampliara la idea de la aceptación y el reconocimiento de una norma imperativa por parte de los Estados para incluir otras entidades, como las organizaciones internacionales y no gubernamentales”.

<sup>779</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 60. Véase también, en el contexto del presente tema, la declaración del Canadá (nota anterior).

<sup>780</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

<sup>781</sup> *Prosecutor v. Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07-34-05-tENg, decisión sobre la solicitud de puesta en libertad provisional de los testigos detenidos de 1 de octubre de 2013, Sala de Primera Instancia II, Corte Penal Internacional, párr. 30 (“el carácter imperativo del principio de no devolución encuentra un reconocimiento cada vez mayor entre los Estados”).

<sup>782</sup> *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99. La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de la guerra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, y la legislación nacional.

<sup>783</sup> Véase, por ejemplo, *Buell v. Mitchell* (nota 752 *supra*), pág. 373. Véase también *Sobre la aplicación de principios y normas del derecho internacional reconocidos universalmente y de tratados internacionales de la Federación de Rusia por los tribunales de jurisdicción general*, resolución núm. 5 de 10 de octubre de 2003, modificada el 5 de marzo de 2013, decisión del Pleno del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, párr. 1 (donde se afirma que los principios del derecho internacional universalmente reconocidos deben considerarse las normas imperativas básicas del derecho internacional, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, de las que no está permitido apartarse).

<sup>784</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (véase la nota 704 *supra*), pág. 46, párr. 87; y A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, Leiden, 2010, pág. 316 (quien afirma que, en el mundo multicultural de nuestros tiempos, existe un mínimo irreducible que, en lo que respecta a la creación del derecho internacional, descansa en su fuente material última: la conciencia humana).

siendo hechos y práctica de los Estados, también en el seno de organizaciones internacionales, como los tratados y las resoluciones de la Asamblea General.

4) Aunque en el proyecto de conclusión 7 se afirma que la aceptación y el reconocimiento de los Estados constituyen el criterio pertinente para determinar si una norma tiene carácter imperativo, ello no significa que el papel de otros actores no tenga importancia. Estos pueden dar contexto y contribuir a la evaluación de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La Comisión ha reconocido el papel subsidiario de otros actores en relación con otros temas. En su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión afirmó que es “principalmente [...] la práctica de los Estados [la] que contribuye a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”, si bien indicó que, “[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”. Además, señaló que el comportamiento de actores no estatales, aunque no constituye práctica a tales efectos, “puede ser pertinente al valorar la práctica” de los Estados<sup>785</sup>. Del mismo modo, en el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, la Comisión llegó a la conclusión de que el comportamiento de los actores no estatales no constituía práctica a los efectos del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, pero que podía “ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado”<sup>786</sup>. Los hechos y la práctica de las organizaciones internacionales pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento de los Estados al determinar si una norma tiene carácter imperativo<sup>787</sup>. En última instancia, no obstante, las posiciones de entidades distintas de los Estados no son suficientes por sí mismas para establecer la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de imperativa. Esta consideración se refleja en el tercer párrafo del proyecto de conclusión 7.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 7 trata de explicar lo que se entiende por “en su conjunto”. Afirma que se requiere la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, con las palabras “en su conjunto” no se trata de exigir que una norma sea “aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime”, sino que basta con “una mayoría muy amplia”<sup>788</sup>. Este sentido también se ha reflejado al incluir la expresión “comunidad de Estados” en lugar de hablar simplemente de “Estados”. La combinación de las expresiones “en su conjunto” y “comunidad de Estados” sirve para poner de relieve que son los Estados, como colectivo o comunidad, los que deben aceptar y reconocer que una norma no admite acuerdo en contrario para que esta sea una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>785</sup> Proyecto de conclusión 4 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>786</sup> Proyecto de conclusión 5 del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/73/10, cap. IV).

<sup>787</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 703 *supra*), pág. 23: “Los orígenes de la Convención demuestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio [...]. Por consiguiente, la Convención contra el Genocidio fue concebida, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, como convención de alcance claramente universal”; véase también la conclusión 12 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>788</sup> Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Viena de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 726 *supra*), 80ª sesión, párr. 12. Véase también E. de Wet “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, págs. 541 y ss., en especial pág. 543 (donde se afirma que este umbral para alcanzar el rango imperativo es elevado, ya que, aunque no requiere consenso entre todos los Estados, sí requiere la aceptación por una amplia mayoría de Estados). Véase, además, Christófolo (nota 743 *supra*), pág. 125 (donde se afirma que la formación de normas imperativas refleja una voluntad común que representa el consentimiento de una mayoría abrumadora de Estados. Un Estado o un número muy reducido de Estados no pueden obstruir el proceso de formación de las normas imperativas).

6) La Comisión consideró que la aceptación y el reconocimiento por una simple “mayoría” de Estados no era suficiente para establecer el carácter imperativo de una norma. En cambio, la mayoría tenía que ser muy amplia. No obstante, la determinación de si había una mayoría muy amplia de Estados que aceptaban y reconocían el carácter imperativo de una norma no era un ejercicio mecánico consistente en contar el número de Estados. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto requiere que la aceptación y el reconocimiento tengan lugar en diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas<sup>789</sup>. Se indicó que, habida cuenta de la importancia del consentimiento de los Estados y del efecto jurídico de extraordinario alcance las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), se necesitaba el reconocimiento y la aceptación de una “mayoría abrumadora de Estados”, “casi todos los Estados”, “prácticamente todos los Estados” o “toda la comunidad internacional de Estados en su conjunto”<sup>790</sup>.

### Conclusión 8

#### Prueba de la aceptación y el reconocimiento

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) puede adoptar una gran variedad de formas.

2. Esas formas de prueba comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de las cortes y tribunales nacionales; las disposiciones de los tratados; y las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

#### Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario demostrar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que dicha norma no admite acuerdo en contrario. Como se desprende del segundo párrafo del proyecto de conclusión 7, ello requiere que se aporten pruebas de la aceptación y el reconocimiento. El proyecto de conclusión 8 se refiere a los tipos de prueba necesarios para determinar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que una norma tiene carácter imperativo. En el proyecto de conclusión 9 se abordan otros materiales auxiliares que pueden ser pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 8 es una afirmación general. Establece que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar una gran variedad de formas. En su fallo en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia se basó en diversos materiales como prueba del carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>791</sup>. Es preciso recordar que de lo que se trata es de la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por lo tanto, cualquier material que pueda expresar o reflejar las opiniones de los Estados sería pertinente como prueba de aceptación y reconocimiento.

3) En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 se describen las formas de los materiales que pueden utilizarse como prueba de que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En consonancia con la afirmación anterior de que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar diversas formas, el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8, refiriéndose a las formas de prueba, dice: “comprenden, sin reducirse a ello”. Por consiguiente, la lista que figura en ese párrafo no es

<sup>789</sup> Véase *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 85 (“La aceptación de esta norma abarca las fronteras políticas e ideológicas y los empeños por apartarse de la misma han sido enérgicamente condenados por los integrantes de la comunidad internacional como no permisibles según normas contemporáneas de derechos humanos”).

<sup>790</sup> Véase, por ejemplo, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial pág. 30, párr. 27.

<sup>791</sup> *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99.

una lista cerrada. Pueden aportarse otras formas de prueba no mencionadas en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 para corroborar el carácter imperativo de una norma si estas reflejan o expresan la aceptación y el reconocimiento de los Estados.

4) Cabe señalar que las formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 son similares a las previstas en el párrafo 2 de la conclusión 10, relativa a las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), de las conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>792</sup>. Esta similitud se debe a que las formas de prueba señaladas son aquellas de las que, por lo general, pueden deducirse las posiciones, opiniones y puntos de vista de los Estados. Es preciso distinguir los posibles usos de estos materiales a los efectos de cumplir el criterio de la aceptación y el reconocimiento de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), por una parte, y de su uso a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, por otra. En el primer caso, los materiales deben establecer la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario, mientras que, en el segundo, los materiales se utilizan para evaluar si los Estados aceptan la norma como norma de derecho internacional consuetudinario.

5) Las formas de prueba de la lista no exhaustiva que figura en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 tienen en común el hecho de ser materiales que expresan o reflejan las opiniones de los Estados. Estos materiales son el resultado de procesos que permiten determinar las posiciones y opiniones de los Estados. Los tratados y resoluciones aprobados por los Estados en organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales pueden ser un claro ejemplo de esos materiales<sup>793</sup>. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden reflejar las opiniones de los Estados y se

<sup>792</sup> Conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, anexo.

<sup>793</sup> En la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, la Corte Internacional de Justicia se refirió tanto a tratados (“los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966”), como a resoluciones (“la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”) al expresar su reconocimiento de la prohibición de la tortura como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Véanse también *Prosecutor v. Mucić*, fallo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998 (IT-96-21-T) y *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 757 *supra*), párr. 454, donde se invocan el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”). Véase también *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 563, párr. 144. Al pronunciarse sobre el carácter imperativo de la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 85, se basó en la ratificación por los Estados de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”), que, según dijo, eran “tratados en los que esta proscripción se reconoce como no derogable”. Véase asimismo la opinión separada del Vicepresidente Ammoun en *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. 79, donde se invocan las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad para concluir que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa. Véanse también las observaciones presentadas por escrito por el Gobierno de las Islas Salomón a la Corte Internacional de Justicia sobre la solicitud de la Organización Mundial de la Salud de una opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados en vista de sus efectos sobre la salud humana y el medio ambiente, págs. 39 y 40, párr. 3.28 (donde se afirma que es totalmente normal en derecho internacional que las normas más comunes y fundamentales se reafirmen y se incorporen repetidamente a los tratados).



han tenido en cuenta para determinar el carácter imperativo de las normas<sup>794</sup>. Las medidas legislativas y administrativas son otra forma en que los Estados expresan sus opiniones y, por lo tanto, también pueden ser una prueba del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general<sup>795</sup>. Asimismo, los Estados expresan habitualmente sus opiniones sobre el carácter imperativo de determinadas normas en declaraciones públicas y declaraciones en foros internacionales<sup>796</sup>.

6) Además de advertir de que las formas de prueba que figuran en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 no son exhaustivas, es preciso recordar también que esos materiales deben indicar si la norma tiene carácter imperativo. La cuestión no es si una norma en particular se ha reflejado en esos materiales, sino, más bien, si los materiales establecen la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario. Si se consideran de forma aislada, estos materiales no permiten determinar de manera concluyente el carácter imperativo de una norma. Deben sopesarse y evaluarse conjuntamente, en su contexto, para determinar si ponen de manifiesto la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto del carácter imperativo de la norma en cuestión.

### Conclusión 9

#### Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general

1. Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

2. La labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también pueden ser un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

### Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario aportar pruebas de que la comunidad internacional de Estados en su conjunto la acepta y reconoce como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Como se explica en el proyecto de conclusión 8, las formas de prueba pertinentes para este fin son los materiales que expresan o reflejan las opiniones de

<sup>794</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 569, nota 170. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 706 *supra*), párrs. 60 y 61, donde el Tribunal se basó, entre otras, en la causa *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 723 *supra*) y en otras causas sustanciadas ante cortes y tribunales nacionales para evaluar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.

<sup>795</sup> Al concluir que la prohibición de la tortura tenía carácter imperativo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, señaló que la prohibición se había incorporado en el derecho interno de casi todos los Estados. Asimismo, en su decisión sobre la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 85, tuvo en cuenta el hecho de que los Estados habían introducido las enmiendas pertinentes en su legislación nacional.

<sup>796</sup> Véase, por ejemplo, con respecto a la agresión: Ghana (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 726 *supra*), 53ª sesión, párr. 15); Países Bajos (A/C.6/SR.781, párr. 2); Uruguay (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 726 *supra*), 53ª sesión, párr. 48); Japón (S/PV.2350); Belarús (A/C.6/73/SR.26, párr. 90); y Mozambique (A/C.6/73/SR.28, párr. 3). A este respecto, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, la Corte Internacional de Justicia señaló que “los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales” al afirmar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.

los Estados. Otros materiales que no reflejan las opiniones de los Estados también pueden ser pertinentes como medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de una norma. El proyecto de conclusión 9 se refiere a algunos de esos medios auxiliares. Es importante destacar que la palabra “auxiliar” en este contexto no pretende restar importancia a esos materiales, sino más bien expresar la idea de que, si bien facilitan la identificación de “la aceptación y el reconocimiento”, no constituyen en sí mismos dicha aceptación y reconocimiento<sup>797</sup>. El proyecto de conclusión 9 se refiere a esos otros materiales.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 9 establece que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esta disposición se inspira en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que dispone, entre otras cosas, que las decisiones judiciales constituyen “un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Esa es, en parte, la razón por la que en el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se utilizan las palabras “medio auxiliar para determinar” en lugar de “identificar”, que se ha empleado con más frecuencia en el presente proyecto de conclusiones. Mientras que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habla de las “decisiones judiciales”, que incluyen las decisiones de las cortes y tribunales tanto internacionales como nacionales, el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se refiere únicamente a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. Además de ser un medio auxiliar en virtud del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden constituir pruebas primarias con arreglo al proyecto de conclusión 8.

3) Existen abundantes ejemplos de decisiones de cortes y tribunales internacionales en que se invocan otras decisiones de cortes y tribunales internacionales. Por ejemplo, en la causa *Fiscalía c. Furundžija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que la prohibición de la tortura era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) sobre la base, entre otras cosas, del alcance de la prohibición, en particular del hecho de que se prohibiera a los Estados “expulsar, devolver o extraditar” a una persona a un lugar donde pudiera ser sometida a tortura<sup>798</sup>. Para demostrar el alcance de esa prohibición, el Tribunal se remitió a las sentencias de, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>799</sup>. La sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Furundžija* se ha invocado a su vez con frecuencia para ilustrar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>800</sup>. El Tribunal Especial para el Líbano, en la causa *Fiscalía c. Ayyash y otros*, concluyó que “las cortes y tribunales penales internacionales han confirmado con tanta frecuencia el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) con respecto al enjuiciamiento internacional de crímenes que está justificado sostener que, por ahora, tiene rango de norma imperativa

<sup>797</sup> Véase también el párrafo 2) del comentario a la conclusión 13 del proyecto de conclusiones sobre el derecho internacional consuetudinario (nota 740 *supra*) (“El término ‘medio auxiliar’ denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). El uso de la expresión “medio auxiliar” no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario”).

<sup>798</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), párr. 144.

<sup>799</sup> *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, demanda núm. 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Series A: Judgments and Decisions*, vol. 201; y *Chahal v. the United Kingdom*, demanda núm. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>800</sup> Véanse, por ejemplo, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 706 *supra*), párr. 30; y *García Lucero y otras Vs. Chile* (nota 718 *supra*), párrs. 123 y 124, en especial nota 139. Véase también, en general, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte No. 3* (nota 723 *supra*), donde varios Lores se remitieron a la causa *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*).

(*ius cogens*)”<sup>801</sup>. En la causa *El Sayed*, el Tribunal Especial para el Líbano determinó que el derecho de acceso a la justicia había “alcanzado el rango de norma imperativa (*ius cogens*)”, entre otras cosas, sobre la base de la jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales<sup>802</sup>. La decisión en la causa *El Sayed* ilustra de manera particularmente acertada la manera en que las decisiones de cortes y tribunales internacionales pueden ser un medio auxiliar de identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El Tribunal, en el fallo redactado por su entonces Presidente, Antonio Cassese, se basó en diversas formas de prueba, algunas de ellas enumeradas en el proyecto de conclusión 8, para llegar a la conclusión de que, en su conjunto, las pruebas indicaban que existía una aceptación y un reconocimiento del carácter imperativo del derecho de acceso a los tribunales<sup>803</sup>. En la decisión se hace además referencia a la sentencia en el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho de acceso a los tribunales era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) a fin de poner en contexto y consolidar las pruebas primarias utilizadas como fundamento<sup>804</sup>.

4) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se menciona de manera explícita a la Corte Internacional de Justicia como medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas. Hay varias razones para mencionar expresamente a la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y sus miembros son elegidos por los principales órganos políticos de la Organización. En segundo lugar, sigue siendo la única corte internacional con competencia general por razón de la materia. Además, si bien la Corte se ha mostrado reacia a pronunciarse sobre las normas imperativas, su jurisprudencia ha dejado huella en el desarrollo del concepto tanto de normas imperativas generales como de normas imperativas particulares, incluso en los casos en que no se invocaban de manera explícita normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En particular, sus opiniones consultivas relativas a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, *no obstante lo dispuesto en la resolución 27 6 (1970) del Consejo de Seguridad* y a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, así como sus decisiones en las causas relativas a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)* y a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, han contribuido en gran medida a la comprensión y evolución de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a pesar de que no se invoquen de manera expresa e inequívoca normas imperativas en sus respectivas conclusiones<sup>805</sup>. Cuando la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado expresamente sobre normas imperativas, sus decisiones han sido aún más

<sup>801</sup> *Prosecutor v. Ayyash*, et al., causa núm. STL-11-01/I, decisión interlocutoria de 16 de febrero de 2011 sobre el derecho aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, autoría, acumulación de cargos, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 76. Para esta decisión, el Tribunal se basó, entre otros, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en *Prosecutor v. Duško Tadić* (causa núm. IT-94-1-AR-72, decisión de 2 de octubre de 1995 sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia); *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 757 *supra*); y *Prosecutor v. Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo de 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

<sup>802</sup> *El Sayed*, causa núm. CH/PRES/2010/01, providencia de 15 de abril de 2010 por la que se asigna el asunto al Juez de Primera Instancia, Presidente del Tribunal Especial para el Líbano, párr. 29, donde se hace referencia, en particular, al caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (véase la nota 706 *supra*).

<sup>803</sup> Véase *ibid.*, párrs. 21 a 28.

<sup>804</sup> *Ibid.*, párr. 29.

<sup>805</sup> Véanse *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 703 *supra*); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), pág. 16; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 699 *supra*); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3; *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 90; y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 741 *supra*).

influyentes. El fallo de la Corte en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, por ejemplo, ha confirmado el carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>806</sup>.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 9 se refiere a otros medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general. Al igual que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, estos otros medios son auxiliares en el sentido de que, si bien facilitan la determinación de la existencia de la aceptación y el reconocimiento de los Estados, no son en sí mismos prueba de tal aceptación y reconocimiento. En el párrafo se enumeran, como ejemplos de otros medios auxiliares, la labor de los órganos de expertos y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, denominada también escritos académicos. El uso de las palabras “también pueden” en el párrafo 2, en contraposición a la palabra “constituyen” utilizada para referirse a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el párrafo 1, indica que cabe conceder menos importancia a la labor de los órganos de expertos y a los escritos académicos que a las decisiones judiciales. La pertinencia de esos otros materiales como medios auxiliares depende de otros factores, como el razonamiento seguido en la labor o los escritos, la medida en que los Estados aceptan las opiniones expresadas y la medida en que esas opiniones son corroboradas, ya sea por otras formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 8 o por decisiones de cortes y tribunales internacionales.

6) La primera categoría es la relativa a la labor de los órganos de expertos. La expresión “establecidos por Estados o por organizaciones internacionales” indica que el párrafo se refiere a los órganos establecidos por organizaciones internacionales y órganos subsidiarios de esas organizaciones, como la Comisión de Derecho Internacional y los órganos de expertos creados en virtud de tratados. Fue necesario incluir esa precisión para poner de relieve que el órgano de expertos en cuestión debía tener un mandato intergubernamental y haber sido creado por Estados. El uso de la expresión “establecidos por Estados o por organizaciones internacionales” significa que las organizaciones privadas que no tienen un mandato intergubernamental no están incluidas en la categoría de órganos de expertos. Esto no quiere decir que la labor de los órganos de expertos que no tienen mandato intergubernamental carezca de pertinencia. La labor del Instituto de Derecho Internacional o de la Asociación de Derecho Internacional puede, por ejemplo, calificarse de “doctrina de los publicistas de mayor competencia” en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 9<sup>807</sup>. El término “labor” designa no solo el resultado final de los trabajos de los órganos de expertos, sino también los trabajos que han llevado a ese resultado final.

7) Las cortes y tribunales también respaldan la utilización de otros materiales. En la causa *RM v. the Attorney-General*, por ejemplo, el Tribunal Superior de Kenya se remitió a la observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, relativa a la no discriminación<sup>808</sup>, para determinar que la no discriminación era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>809</sup>. Asimismo, para fundamentar su conclusión de que el principio de no devolución era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la Corte Penal Internacional se refirió, entre otras cosas, a una opinión consultiva de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>810</sup>. Del mismo modo, la conclusión del Tribunal Penal Internacional para la

<sup>806</sup> Véase *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 754 *supra*), párr. 99.

<sup>807</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de conclusión 14 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>808</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989) relativa a la no discriminación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/45/40 (Vol. I)), anexo VI, secc. A, párr. 1.

<sup>809</sup> *RM v. Attorney-General*, causa civil núm. 1351 2002 (O.S.), sentencia de 1 de diciembre de 2006, Tribunal Superior de Kenya en Nairobi, [2006] eKLR, pág. 18.

<sup>810</sup> Véase *Prosecutor v. Katanga*, (nota 781 *supra*), párr. 30, donde se hace referencia a la *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, de 2007, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El Tribunal también se

ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Furundžija* en el sentido de que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* se basó, entre otras cosas, en observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de un informe de un Relator Especial, el Sr. Kooijmans<sup>811</sup>.

8) También se ha hecho referencia con frecuencia a la Comisión al evaluar si una norma concreta ha adquirido o no rango de imperativa. En la evaluación del carácter de la prohibición del uso de la fuerza, la Corte Internacional de Justicia observó que la “Comisión de Derecho Internacional expresó la opinión de que ‘las normas de la Carta de las Naciones Unidas por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*’”<sup>812</sup>. Los escritos académicos que establecen una lista de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generalmente aceptadas suelen basarse en la lista incluida por la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>813</sup>. Por tanto, la propia labor de la Comisión también puede contribuir a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

9) El segundo párrafo se refiere a la “doctrina de los publicistas de mayor competencia”, que también puede ser útil como material auxiliar para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional<sup>814</sup>. Se trata de los escritos académicos y demás obras que puedan utilizarse como material secundario para evaluar y poner en contexto las principales formas de aceptación y reconocimiento del carácter imperativo. Es importante destacar que el peso que se concederá a esa doctrina variará en gran medida en

---

refirió a las diversas conclusiones del Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

<sup>811</sup> Véase *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), párrs. 144 y 153. El Tribunal se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la observación general relativa al artículo 7 y la observación general núm. 24 del Comité de Derechos Humanos, y a un informe del Relator Especial Kooijmans.

<sup>812</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 741 *supra*), págs. 100 y 101, párr. 190. Véase también la causa *Victor Raúl Pinto, Re, Pinto (Victor Raúl) c. Familiares de Tomás Rojas*, causa núm. 3125-94, decisión sobre fallo de sobreseimiento de 13 de marzo de 2007, Corte Suprema de Justicia de Chile, ILDC 1093 (CL 2007), párrs. 29 y 31.

<sup>813</sup> Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Véase den Heijer y van der Wilt (nota 714 *supra*), pág. 9, donde se señala que las normas que figuran en la lista son “incuestionables”. Véanse también Christófolo (nota 743743 *supra*), párr. 151; y Weatherall (nota 701 *supra*), pág. 202. Véase además de Wet (nota 788 *supra*), pág. 543. Sin embargo, esta no se basa en una lista de la Comisión, sino en la lista que figura en el párrafo 374 del informe del Grupo de Estudio de la Comisión (véase la nota 702 *supra*), y propone una lista que ha sido ligeramente modificada con respecto a la del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, en la lista que proporciona de Wet, “el derecho a la legítima defensa” figura como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por derecho propio, mientras que en la lista del Grupo de Trabajo aparece la “prohibición de la agresión” pero no la “legítima defensa” como norma imperativa específica de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>814</sup> Véanse, por ejemplo, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (In Agent Orange Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005), pág. 108, que remite a M. C. Bassiouni, “Crimes against humanity”, en R. Gutman y D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know*, Norton, 1999; *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre la impugnación de la competencia: amnistía en virtud del Acuerdo de Lomé, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, , párr. 71, que remite a L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; y *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase la nota 723 *supra*) pág. 55, donde se cita a M. C. Bassiouni, “International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pág. 63. Véase también *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (nota 708 *supra*), pág. 717, donde se cita a varios autores, entre ellos K. Parker y L. B. Neylon, “*Jus cogens*: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, núm. 2 (invierno de 1989), págs. 411 a 463, y K. C. Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1987-1988), págs. 785 a 841, en apoyo de la afirmación de que la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

función de la calidad del razonamiento y de su grado de apoyo en la práctica de los Estados y en las decisiones de cortes y tribunales internacionales<sup>815</sup>.

10) Cabe señalar que los medios auxiliares indicados en los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 9 no son exhaustivos. No obstante, los medios señalados en el proyecto de conclusión 9 son los medios auxiliares más utilizados habitualmente para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Tercera parte**

#### **Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

#### **Conclusión 10**

##### **Tratados que están oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las disposiciones de dicho tratado carecerán de fuerza jurídica.

2. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la nulidad y la terminación de los tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La nulidad de los tratados es el efecto jurídico más estrechamente asociado a las normas imperativas de derecho internacional general<sup>816</sup>. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 rara vez se ha invocado para anular un tratado, hasta el punto de que se ha planteado si sigue siendo operativo<sup>817</sup>. No obstante, el hecho de que rara vez se hayan

<sup>815</sup> Véase también el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 14 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (“Es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, ya que su valor para la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario varía; así queda reflejado en la expresión ‘pueden ser’. En primer lugar, en ocasiones los autores no solo desean dejar constancia del estado actual del derecho (*lex lata*), sino también promover su desarrollo (*lex ferenda*). Al hacerlo, no siempre distinguen (o distinguen claramente) entre el derecho existente y el que desearían que existiera. En segundo lugar, la doctrina puede reflejar las posiciones nacionales u otras opiniones individuales de los autores. En tercer lugar, su calidad difiere en gran medida. Así pues, es fundamental evaluar la autoridad de la obra de que se trate”).

<sup>816</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community* (véase la nota 735 *supra*), pág. 212 (donde se afirma que, tal como se concibió inicialmente en el proceso de codificación relacionado con el derecho de los tratados, el concepto de *ius cogens* se aplica únicamente a las relaciones convencionales para anular los acuerdos bilaterales y multilaterales contrarios a las normas comunitarias fundamentales reconocidas como “derecho superior”). Véanse también Kleinlein (nota 764 *supra*), pág. 181; K. Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pág. 27; y den Heijer y van der Wilt (nota 714 *supra*), pág. 7.

<sup>817</sup> Costelloe (véase la nota 694 *supra*), pág. 55 (donde se afirma que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 tienen un sentido muy estricto, por lo que cabe preguntarse si mantienen su pertinencia o si no son ya prácticamente letra muerta). Véanse Charlesworth y Chinkin (nota 701 *supra*), págs. 65 y 66 (donde se afirma que, a pesar de los temores a que la inclusión del artículo 53 de la Convención de Viena subvirtiera el principio *pacta sunt servanda* y tuviera por efecto la desestabilización de la seguridad que proporcionan los compromisos asumidos en virtud de tratados, la doctrina del *ius cogens* apenas se ha invocado en este contexto, por lo que ha tenido escasos efectos prácticos en la aplicación de los tratados); y Kadelbach (nota 700 *supra*), pág. 161 (donde se afirma que la oposición directa que supone que un tratado tenga un objeto ilícito no se ha dado en la práctica). Véase también Cassese (nota 701 *supra*), págs. 159 y 160 (donde se pregunta si no debería concluirse que lo que siempre se ha reivindicado como un gran avance logrado por la

anulado tratados por estar en oposición con normas imperativas no se debe a que los Estados no acepten lo dispuesto en el artículo 53, sino simplemente a que no suelen celebrar tratados que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Así pues, la disposición de que es nulo todo tratado que esté en oposición con normas imperativas sigue siendo de aplicación aunque rara vez haya sido aplicada.

2) Si bien los casos de nulidad de tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) han sido poco frecuentes, ello no significa que no exista práctica alguna que pueda resultar pertinente para esta cuestión. Ha habido declaraciones de distintos Estados en que se evaluaba si un determinado tratado era o no compatible con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y, por ende, si podía considerarse válido o no<sup>818</sup>. La Asamblea General ha aprobado resoluciones<sup>819</sup> que algunos han interpretado en el sentido de que reconocen que la validez de determinados acuerdos debe determinarse teniendo en cuenta su compatibilidad con determinados principios fundamentales. También ha habido decisiones judiciales en que se ha estudiado la nulidad de tratados por su posible incompatibilidad con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa *Fiscalía c. Taylor*, el Tribunal Especial para Sierra Leona tenía que determinar si la disposición de su propio Estatuto por la que se eliminaban las inmunidades de los funcionarios era nula<sup>820</sup>. El Tribunal dictaminó

---

Convención de Viena de 1969, con el paso de los años, de hecho, ha resultado ser un rotundo fracaso). Véanse, por ejemplo, Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (nota 714 *supra*), pág. 36; y Kadelbach (nota 700 *supra*), pág. 152. Para un análisis de la cuestión, véase Knuchel (*ibid.*), pág. 141.

<sup>818</sup> Véanse declaraciones generales en este sentido en la declaración de los Países Bajos durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión, tema 69 del programa, informe de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 2, respecto de la cuestión del *ius cogens*, “el Pacto sobre el Territorio Germánico del Sudeten, firmado en Munich el 29 de septiembre de 1938, es uno de los contados ejemplos de tratados que han llegado a ser considerados como contrarios al orden público internacional”. Chipre, en la misma sesión y a fin de mostrar la práctica en apoyo de la nulidad como consecuencia de la oposición con normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), enumeró una serie de tratados que preveían la nulidad por la oposición con una norma imperativa, a saber, la prohibición del uso de la fuerza (“El Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (conocido como Pacto Briand-Kellogg); el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, dan carácter de *lex lata* en el derecho internacional moderno al principio de que un tratado obtenido por el uso o la amenaza ilegal de la fuerza es nulo *ab initio*”). Véase también Israel durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión, tema 69 del programa, informe de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 8. Véanse declaraciones más específicas en *East Timor (Portugal v. Australia)*, contramemoria del Gobierno de Australia de 1 de junio de 1992, párr. 223, donde se afirma que el Tratado Relativo a la Falla de Timor (Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de Cooperación en la Zona Situada entre la Provincia Indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1654, núm. 28462, pág. 105), si estuviera en oposición con el derecho a la libre determinación, sería nulo por violar una norma de *ius cogens*; el memorando del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Robert B. Owen, al Secretario de Estado en funciones, 29 de diciembre de 1979, en *U.S. Digest*, capítulo 2, sección 1, párr. 4, reproducido en M. L. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 2 (abril de 1980), págs. 418 y ss., en especial pág. 419 (donde se afirma que tampoco queda claro que el tratado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Afganistán sea válido. Si realmente sirviera para apoyar una intervención soviética de esa índole en el Afganistán, sería nulo de conformidad con los principios contemporáneos del derecho internacional, ya que estaría en oposición con lo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados califica de “norma imperativa de derecho internacional general”, a saber, la enunciada en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas).

<sup>819</sup> Resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1978; resolución 34/65 B de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1979; resolución 36/51 de la Asamblea General, de 24 de noviembre de 1981, y resolución 39/42 de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1984.

<sup>820</sup> *Prosecutor v. Taylor*, causa núm. SCSL-2003-01-I, decisión de 31 de mayo de 2004 sobre inmunidad de jurisdicción, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 53. Véase también



que, dado que la disposición “no estaba en oposición con ninguna norma imperativa de derecho internacional general, el Tribunal debía hacerla efectiva”<sup>821</sup>. De ello parece desprenderse que, si la disposición hubiera estado en oposición, el Tribunal no la habría hecho efectiva. Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, del que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se invocó un acuerdo celebrado entre los Países Bajos y la comunidad saramaca en relación con la reparación<sup>822</sup>. La Corte observó que, con arreglo a algunas disposiciones del tratado, los saramacas se obligaban a capturar a los esclavos que hubieran desertado y a devolverlos a la esclavitud<sup>823</sup>. La Corte sostuvo que, por ese motivo, si el acuerdo en cuestión fuera un tratado, sería “nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*”<sup>824</sup>.

3) El proyecto de conclusión 10 sigue el enfoque de la Convención de Viena de 1969 al distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) (párrafo 1) y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que surja después de la celebración del tratado (párrafo 2)<sup>825</sup>. La primera alternativa se aborda en la primera oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda se aborda en el artículo 64 de dicha Convención. Ambos párrafos siguen de cerca el texto de la Convención de Viena de 1969.

4) La primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 10 afirma simplemente que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. La oración toma como modelo la primera oración del artículo 53 e implica que dicho tratado es nulo *ab initio*. La segunda oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 10 se inspira en el primer párrafo del artículo 69 de la Convención de Viena de 1969 y dispone que las disposiciones de un tratado que es nulo por estar en oposición con una norma imperativa en el momento de su celebración carecerán de fuerza jurídica.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 10 se refiere a las consecuencias que tiene una nueva norma imperativa de derecho internacional general para un tratado existente. Establece que ese tratado pasará a ser nulo y terminará. La expresión “pasará a ser nulo y terminará” indica que el tratado no es nulo *ab initio*, sino que solo *pasa a ser* nulo cuando surge la norma imperativa. El tratado pasa a ser nulo desde el momento en que la norma en cuestión es reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario. La consecuencia de que el tratado *pase a ser* nulo es que solo terminan los efectos jurídicos continuados o subsiguientes de las disposiciones del tratado. Por esta razón, la segunda oración del segundo párrafo dispone que las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado. Esta formulación se inspira en el artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención de Viena de 1969. El texto viene a reconocer que las disposiciones del tratado eran válidas y podían producir consecuencias

*Prosecutor v. Kallon*, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre constitucionalidad y falta de competencia, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona.

<sup>821</sup> *Prosecutor v. Taylor* (véase la nota anterior), párr. 53.

<sup>822</sup> *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, sentencia de 10 de septiembre de 1993 sobre reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 15.

<sup>823</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>824</sup> *Ibid.*

<sup>825</sup> Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 272 (el proyecto de artículo 50 “debe entenderse en conexión con el artículo 61 (Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo *en el momento de su celebración* por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general [...] Por otra parte, el artículo 61 se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, se hace nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de *ius cogens* con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras ‘*será* nulo y *terminará*’ expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*”) (en cursiva en el original).



jurídicas antes de la aparición de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Con sujeción a lo dispuesto en el proyecto de conclusión 12, lo único que se ve afectado por la terminación es la obligación de “seguir” cumpliendo el tratado. Antes de la aceptación y el reconocimiento, los derechos y obligaciones establecidos en virtud del tratado impugnado son plenamente válidos y aplicables.

6) El proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de los tratados por estar en oposición con normas imperativas, debe leerse junto con el proyecto de conclusión 21, relativo a los requisitos de procedimiento para invocar la nulidad. De conformidad con el proyecto de conclusión 21, una parte en un tratado no puede declarar unilateralmente que considera que este es contrario a una norma imperativa y eximirse de la obligación de cumplir lo dispuesto en él. Debe seguirse el procedimiento establecido en el proyecto de conclusión 21 para confirmar objetivamente la nulidad del tratado a fin de poder invocar cualquier consecuencia de la nulidad.

### **Conclusión 11**

#### **Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) será nulo en su totalidad, y no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

2. Un tratado que pase a ser 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 oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a las circunstancias en que solo algunas disposiciones de un tratado están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), mientras que otras no lo están. Al igual que el proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de los tratados, este proyecto de conclusión sigue el enfoque general de la Convención de Viena de 1969, consistente en distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado. El proyecto de conclusión también sigue de cerca el texto de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 11 aborda los casos en que el tratado, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En virtud de la Convención de Viena de 1969, en tales casos el tratado pasa a ser nulo en su totalidad. El artículo 53 de la Convención establece que “es nulo [el] tratado”, y no la disposición pertinente del tratado. Además, el artículo 44, párrafo 5, de la Convención de Viena de 1969 establece expresamente que, en tales casos, no admitirá la separación de las disposiciones del tratado impugnadas. El tratado en su totalidad es nulo *ab initio*. Así pues, el proyecto de conclusión 11 deja claro que el tratado en su totalidad es nulo y que no es posible separar las disposiciones que están en oposición con normas imperativas de las demás disposiciones del tratado. En primer lugar, la expresión “nulo en su totalidad” del proyecto de conclusión tiene por objeto aclarar que todo el tratado es nulo, y no solo la disposición en oposición. En segundo lugar, para destacar este aspecto fundamental, en la segunda parte de la oración se afirma

explícitamente que “no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”. La primera parte de la oración se inspira en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda parte se basa en el párrafo 5 del artículo 44 de la Convención, que excluye los casos de nulidad en virtud del artículo 53 de la aplicación de las reglas sobre divisibilidad del artículo 44. Se expresó la opinión de que podían darse casos en que, no obstante, estuviera justificada la separación de diferentes disposiciones de un tratado.

3) El segundo párrafo se refiere a las circunstancias en que un tratado (o disposiciones concretas de un tratado) está en oposición con una norma imperativa que surja después de la celebración del tratado. La formulación del segundo párrafo sigue de cerca la del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969. Reconoce la posibilidad de división en los casos en que un tratado pase a ser nulo debido a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general después de la celebración del tratado.

4) El encabezamiento del segundo párrafo deja claro que, por regla general, un tratado pasa a ser nulo en su totalidad si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), incluso en los casos en que la norma imperativa surja después de la celebración del tratado. Por esa razón, en la primera parte del encabezamiento del segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 se dispone que un tratado que pase a ser nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad. Las palabras “a menos que” que figuran al final del encabezamiento significan que la división únicamente podrá tener lugar en los limitados casos previstos en los apartados a) a c). Los elementos enumerados en los apartados a) a c) son de carácter acumulativo. En otras palabras, deben darse los tres elementos para que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa puedan separarse del resto del tratado.

5) Los elementos enumerados en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 proceden del artículo 44, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. El primer elemento, según el apartado a), es que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) deben poder separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación. Esto significa que debe ser posible aplicar el resto del tratado sin las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si las demás disposiciones cumplen la función de facilitar la aplicación de la disposición impugnada, es evidente que esa disposición no podrá separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación.

6) No basta con que sea posible aplicar el tratado sin la disposición impugnada. El apartado b) del segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 establece que debe desprenderse del tratado o constar de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad. Incluso si un tratado pudiera aplicarse sin la disposición impugnada, sería contrario a la naturaleza consensual de los tratados que se aplicara sin una disposición que ha constituido “una base esencial” para su celebración, ya que sin esa disposición no habría habido consentimiento en el tratado.

7) De conformidad con el apartado c), la última condición que debe cumplirse para la separación de una disposición que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración de un tratado es que la continuación del cumplimiento de las disposiciones del tratado no sea injusta. En este contexto, con la palabra “injusta” se pretende hacer referencia al equilibrio esencial de los derechos y obligaciones creados por el tratado, que solo podría verse alterado si algunas disposiciones se separaran y otras se mantuvieran. Además, para decidir si la continuación del cumplimiento del tratado sería “injusta”, se han de tomar en consideración no solo las repercusiones sobre las partes del tratado, sino también las repercusiones más allá de las partes, en caso de que sea pertinente y necesario. Para determinar si se cumplen las condiciones establecidas en el segundo párrafo deben tenerse en cuenta todas las

circunstancias pertinentes, como el objeto de la disposición, su relación con otras cláusulas del tratado y los trabajos preparatorios, entre otros factores<sup>826</sup>.

### **Conclusión 12**

#### **Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tendrán la obligación jurídica de:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*); y

b) ajustar sus relaciones mutuas a la 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 afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) Una de las consecuencias de una oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es que el tratado es nulo o, en caso de que la norma imperativa surja después de la aprobación del tratado, pasa a ser nulo. No obstante, un tratado puede tener consecuencias aunque sea nulo, por ejemplo, cuando las partes actúan en virtud de este. Esas consecuencias pueden manifestarse mediante la creación de derechos y obligaciones o el establecimiento de situaciones de hecho. El proyecto de conclusión 12 aborda las consecuencias de la nulidad de los tratados por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Por consiguiente, guarda una estrecha relación con el proyecto de conclusión 10. El proyecto de conclusión 12 se ocupa de las consecuencias de un tratado que ha pasado a ser nulo.

2) Al igual que los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 está estructurado sobre la base de la distinción entre los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969: los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) existente y los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que surja después de la aprobación del tratado. Además, como los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto de la Convención de Viena de 1969. Por último, como ocurre con el proyecto de conclusión 10, las consecuencias de la nulidad de un tratado están sujetas a los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

3) El primer párrafo del proyecto de conclusión 12 se refiere a los casos en que un tratado es nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de su celebración. El texto del párrafo se inspira en el texto del párrafo 1 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, en el que se hace referencia a la situación en que “un tratado sea nulo en virtud del artículo 53”. Dado que en ese caso el tratado no llega a existir —aspecto esencial de la nulidad *ab initio*—, no es posible basarse en sus disposiciones. No obstante, puede que se hayan realizado actos de buena fe sobre la base del tratado nulo que hayan producido consecuencias particulares.

<sup>826</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 41 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 261.

Para hacer frente a estas consecuencias, el primer párrafo del proyecto de conclusión 12 menciona dos obligaciones.

4) La primera obligación de las partes en el tratado nulo es eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En primer lugar, cabe señalar que la obligación es de eliminar “en lo posible”. Por lo tanto, no es una obligación de resultado, sino de comportamiento. Se reconoce que tal vez no sea posible eliminar las consecuencias en cuestión, pero se exige a los Estados que hagan todo lo que esté en su mano por eliminarlas. En segundo lugar, no es un deber de eliminar las consecuencias de todos los actos realizados sobre la base de cualquier parte del tratado, sino únicamente las consecuencias de los actos que se hayan realizado sobre la base de las disposiciones del tratado impugnadas. Así pues, aunque el tratado sea nulo en su totalidad, no hay obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados sobre la base de disposiciones del tratado que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La segunda obligación, que se deriva de la primera, es que las partes deben ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Esto significa que, en el futuro, las partes en el tratado deberán velar por que sus relaciones estén en consonancia con la norma imperativa en cuestión. Así, mientras que la primera obligación se refiere al comportamiento pasado, la segunda se refiere al comportamiento futuro.

5) El segundo párrafo se refiere a la situación prevista en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, a saber, los casos en que un tratado pasa a ser nulo por la aparición de una norma imperativa después de la aprobación del tratado. El texto del segundo párrafo del proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto del párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969. Cabe reiterar que, en estos casos, el tratado solo pasa a ser nulo tras la aparición de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En otras palabras, durante el período comprendido entre la aprobación del tratado y la aparición de la norma imperativa, el tratado sigue siendo válido y, por consiguiente, los actos realizados y los derechos y obligaciones creados en virtud de este siguen siendo válidos. Por lo tanto, no puede haber ninguna obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados válidamente. En el proyecto de conclusión se afirma que la terminación de un tratado por estar en oposición con una norma imperativa que surja después de su aprobación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. Así pues, si bien el tratado pasa a ser nulo, los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creados en virtud del cumplimiento legítimo de las disposiciones del tratado no se verán afectados. No obstante, esos derechos, obligaciones o situaciones jurídicas únicamente podrán mantenerse o invocarse en la medida en que la continuación de su existencia no constituya en sí misma una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Conclusión 13**

#### **Falta de efecto de las reservas a los tratados en las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal.

2. Una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las normas de derecho internacional relativas a las reservas a los tratados. El proyecto de conclusión no tiene por objeto regular las reservas, que se tratan en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969. Se basa en los efectos de las reservas previstos en la Convención.

2) El primer párrafo se refiere al caso en que se formula una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El texto del primer párrafo del proyecto de conclusión 13 se basa en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión<sup>827</sup>. Establece que una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal. La expresión “como tal” tiene por objeto indicar que, incluso cuando se refleje en una disposición de un tratado, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) mantendrá su validez con independencia de la disposición del tratado. Esto significa que, si bien la reserva puede perfectamente afectar a la disposición del tratado y a la aplicación de esta, la norma, como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se verá afectada y seguirá siendo de aplicación. La regla reflejada en este párrafo del proyecto de conclusión 13 es consecuencia del funcionamiento normal del derecho internacional. Se deriva, en particular, del hecho de que la disposición del tratado respecto de la que se ha formulado una reserva y la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en cuestión existen por separado<sup>828</sup>.

3) La regla del primer párrafo del proyecto de conclusión 13 no se refiere a la validez de la reserva. La validez o no de la reserva y las consecuencias de cualquier nulidad son cuestiones que se rigen por las normas de la Convención de Viena de 1969. Sería exagerado prohibir sin más toda reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ya que esa valoración debe depender siempre de la determinación del objeto y el fin del tratado en cuestión, ejercicio que solo puede hacerse mediante la interpretación de cada tratado en particular. No obstante, es importante destacar que, con independencia de la validez de la reserva en cuestión, un Estado no puede eludir el carácter vinculante de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) formulando una reserva a una disposición convencional que refleje esa norma.

4) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 13 se refiere a las reservas que, a primera vista, son neutrales y no afectan a normas imperativas, pero cuya aplicación sería contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Tales reservas son nulas. Sobre la base del párrafo 2 de la directriz 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, el proyecto de conclusión 13 establece que una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El ejemplo típico indicado en el comentario a la directriz 4.4.3 es el de una reserva “que tuviera por objeto excluir a determinada categoría de personas del ejercicio de ciertos derechos reconocidos en virtud del tratado”<sup>829</sup>. El derecho a la educación, aunque es muy importante, no es, en este momento, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Así pues, la formulación de una reserva a una disposición de un tratado que proclame el derecho a la educación no sería, como tal, contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) ni constituiría una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, es perfectamente posible considerar que una reserva que limite el ejercicio de ese derecho a un determinado grupo racial o que excluya a un determinado grupo racial del disfrute del derecho reconocido en el tratado contraviene la norma imperativa de derecho internacional general generalmente reconocida que prohíbe la discriminación racial<sup>830</sup>.

<sup>827</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*, directriz 4.4.3.

<sup>828</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 741 *supra*), págs. 93 y 94, párr. 175 (donde se aborda esta cuestión en el contexto de una reserva a una declaración que reconoce como obligatoria la competencia de la Corte en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto).

<sup>829</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (véase la nota 827 *supra*), párrafo 5) del comentario a la directriz 4.4.3.

<sup>830</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90.

### Conclusión 14

#### Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Ello se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter imperativo dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

3. La regla del objetor persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### Comentario

1) El proyecto de conclusión 14 se ocupa de las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para el derecho internacional consuetudinario. Consta de tres párrafos. El primer párrafo se refiere a las consecuencias que tiene una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) existente en la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. El segundo párrafo se refiere a las consecuencias que tiene una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en las normas de derecho internacional consuetudinario existentes. El tercer párrafo se refiere a la inaplicabilidad de la regla del objetor persistente. Los dos primeros párrafos reflejan el proyecto de conclusión 10, que distingue entre la situación de un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), por una parte, y la de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado, por otra.

2) En la primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14 se establece que una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “no llegará a existir” tienen por objeto indicar que, incluso si se aprecian elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si la presunta norma está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en este caso el término “nulo” no es apropiado porque, para empezar, la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no llega a existir.

3) Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y, por lo tanto, tienen precedencia sobre ellas en caso de oposición. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales han reconocido que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas. En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos consideró que, en efecto, el *ius cogens* tenía primacía sobre todas las normas de derecho internacional y señaló que las normas que habían alcanzado el rango de *ius cogens* prevalecían sobre los acuerdos internacionales y otras normas de derecho internacional que estuvieran en oposición con ellas y los anulaban<sup>831</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha declarado que los crímenes de lesa humanidad revisten “carácter de *ius cogens*,”

<sup>831</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 715 (donde se cita *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), art.102, comentario k).

de modo que [la prohibición] se encuentra no solo por encima de los tratados, sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”<sup>832</sup>.

4) La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas también se ha reconocido en decisiones de cortes y tribunales internacionales. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia observó que, según Italia, “las normas de *ius cogens* siempre prevalecen sobre cualquier norma de derecho internacional incompatible, ya sea convencional o de derecho internacional consuetudinario”<sup>833</sup>. La Corte no rechazó ese argumento, pero se negó a constatar la existencia de una oposición entre la regla sobre las inmunidades del Estado en los procedimientos civiles y normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>834</sup>. La superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) sobre el derecho internacional consuetudinario también se reconoció en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, teniendo en cuenta la causa *Fiscalía c. Furundžija*, que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) eran normas que, en la jerarquía internacional, gozaban de un rango superior al derecho de los tratados e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”<sup>835</sup>. Las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que esté en oposición con ellas se reflejan acertadamente en la opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*:

Al aceptar que la norma sobre la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, la mayoría reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional, puesto que la característica básica de una norma de *ius cogens* es que tiene precedencia sobre cualquier otra norma que no tenga ese carácter. En caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera<sup>836</sup>.

5) La regla enunciada en la primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14, según la cual una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), se deduce del hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con ellas. Así, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya afirmó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) hacían que cualquier otra norma imperativa que estuviera en oposición con ellas pasara a ser nula<sup>837</sup>.

<sup>832</sup> Julio Héctor Simón y otros *s/privación ilegítima de la libertad* (véase la nota 724 *supra*), párr. 48.

<sup>833</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2012, págs. 99 y ss., en especial pág. 140, párr. 92.

<sup>834</sup> *Ibid.*, párrs. 92 y 93. Véase, a este respecto, Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse* (de próxima publicación, 2019), sección 1.3.1 (entre otros ejemplos, se cita la regla de prioridad confirmada de manera implícita por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*: en caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y una norma de derecho internacional consuetudinario, los Estados deben atenerse a la primera).

<sup>835</sup> *Al Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 60. Véase también *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), párr. 153.

<sup>836</sup> Opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch (a la que se adhirieron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić) en *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 1. Véase también T. Kleinlein (nota 764 *supra*), pág. 187 (donde se afirma que es relativamente fácil observar una jerarquía estructural entre el *ius cogens* y las normas consuetudinarias regionales o locales).

<sup>837</sup> *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others* (véase la nota 748 *supra*). Véase también *C v. Director of Immigration*, HCAL 132/2006, [2008] 2 HKC 165, [2008] HKCFI 109, ILDC 1119 (HK 2008), 18 de febrero de 2008, párr. 75.

6) En la segunda oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14 se establece que el principio general enunciado en la primera oración se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Esto se basa en el reconocimiento de que, como se establece en el proyecto de conclusión 5, el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y que, por consiguiente, es probable que la modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) tenga lugar por la aceptación y el reconocimiento ulteriores de una norma de derecho internacional consuetudinario como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) o por la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario así aceptada y reconocida. No obstante, para poder modificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión debe tener el mismo carácter que la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que se modifica. La expresión “que tenga el mismo carácter”, que procede del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, indica que esa norma de derecho internacional consuetudinario debe ser en sí misma reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) ulterior. El hecho de que una norma de derecho internacional consuetudinario solo pueda dejar sin efecto a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), y, por tanto, modificarla, si esa norma de derecho internacional consuetudinario también tiene carácter imperativo se corrobora en la sentencia de la Queen’s Bench Division del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en la causa *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, que, tras referirse a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), afirmó que los Estados no podían dejarlas sin efecto mediante tratados o normas de derecho consuetudinario que no tuvieran el mismo carácter<sup>838</sup>.

7) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 14 se refiere a los casos en que una norma de derecho internacional consuetudinario, que en el momento de su formación no estaba en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) existentes, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surge después de la formación de la norma de derecho internacional consuetudinario. Establece que esa norma de derecho internacional consuetudinario “dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté”. La expresión “dejará de existir” indica que, si bien, antes de la aparición de la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma de derecho internacional consuetudinario estaba en vigor, esta dejará de existir en el momento en que surja la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Tienen una función similar a la de una disposición sobre divisibilidad, a fin de conservar las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario que sean compatibles con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “cuando [...] y en la medida en que” no tienen cabida en el primer párrafo del proyecto de conclusión 14 porque, cuando haya una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) preexistente, la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión no llegará a existir en absoluto.

<sup>838</sup> *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin), [2009] 1 WLR 2579, párr. 142 ii). Véase también A. Caro de Beer y D. Tladi, “The use of force against Syria in response to alleged use of chemical weapons by Syria: a return to humanitarian intervention?”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, núm. 2 (2019), pág. 217, donde los autores señalan que, si la prohibición del uso de la fuerza se considerara una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), solo podría surgir una norma ulterior de derecho internacional consuetudinario si se “aceptara y reconociera” el carácter imperativo de esta, de manera que modificara la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) preexistente.



8) El tercer párrafo del proyecto de conclusión 14 aborda de la regla del objeto persistente. Establece que la regla del objeto persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario se afirma que una norma de derecho internacional consuetudinario no será oponible a un Estado que haya objetado de manera persistente a esa norma de derecho internacional consuetudinario mientras se encontraba en proceso de formación siempre que ese Estado mantenga su objeción. No obstante, en ese proyecto de conclusión también se afirma que esta regla se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>839</sup>.

9) La regla de que la objeción persistente no es de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se deriva de la aplicabilidad universal y la superioridad jerárquica de esas normas, reflejadas en el proyecto de conclusión 3<sup>840</sup>. Esto significa que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son aplicables a todos los Estados. A este respecto, el Tribunal Supremo Federal de Suiza afirmó, en la causa *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, que las normas de *ius cogens* eran vinculantes para *todos los sujetos* de derecho internacional<sup>841</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “vinculan a todos los Estados”<sup>842</sup>. La regla de que, en virtud de su aplicabilidad universal y su superioridad jerárquica, las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) no pueden estar sujetas a la regla del objeto persistente se ha reflejado en declaraciones de Estados<sup>843</sup>. Concretamente, en respuesta a un argumento

<sup>839</sup> Proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 131.

<sup>840</sup> Con respecto a la aplicabilidad universal de estas normas, véase, por ejemplo, la declaración escrita del Gobierno de México, de 19 de junio de 1995, acerca de la petición de una opinión consultiva presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones (resolución 49/75K), párr. 7 (donde se afirma que esas normas tienen un carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados (*ius cogens*)).

<sup>841</sup> *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7.

<sup>842</sup> *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (véase la nota 731 *supra*), pág. 134, párrs. 4 y 5.

<sup>843</sup> Véase también la República Islámica del Irán, “el concepto de ‘objeto persistente’ no tiene [...] cabida en la formación del *ius cogens*”) (A/C.6/68/SR.26, párr. 4). Véanse además las declaraciones formuladas por los Estados en las sesiones de 2016 y 2018 de la Sexta Comisión (tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional), en particular las siguientes: Brasil “acoge con beneplácito la aclaración que figura en el proyecto de conclusión 15 [del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] en el sentido de que la inclusión de la norma del objeto persistente se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.22, párr. 18); Chile declaró que, “[e]n el caso de las normas de *ius cogens*, no tiene cabida la figura del objeto persistente” (A/C.6/71/SR.21, párr. 102); Chipre “acoge con satisfacción que el párrafo 3 [del proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] se entienda sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” (A/C.6/73/SR.23, párr. 43); El Salvador “coincide con el Relator Especial en que la figura del objeto persistente resulta incompatible con las normas de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.25, párr. 63); Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), “acog[e] con beneplácito la inclusión en el proyecto de conclusiones [sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] de la regla del objeto persistente [...] No obstante, es preciso tener en cuenta la categoría de la norma a la que el Estado se haya opuesto, y prestar especial atención al respeto universal de las normas fundamentales, en particular las que atañen a la protección de las personas” (A/C.6/71/SR.20, párr. 52); Grecia “reitera las dudas que en su delegación suscita la aplicabilidad de la norma del objeto persistente en relación no solo con las normas de *ius cogens*, sino también con la categoría más amplia de los principios generales del derecho internacional” (A/C.6/71/SR.22, párr. 10); Islandia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), declaró que “el concepto de objeto persistente no es compatible con el de

sobre la regla del objetor persistente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, determinó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>844</sup>.

10) Una de las cuestiones que se plantea en la doctrina es si una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puede llegar a surgir frente a la objeción persistente de uno o algunos Estados<sup>845</sup>. Puede hacerlo, porque la objeción persistente de algunos Estados a una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que la norma surja, sino que simplemente hace que esa norma no sea oponible al Estado o los Estados de que se trate siempre que se mantenga la objeción. Por esa razón, la regla del objetor persistente no impide la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) basada en una norma de derecho internacional consuetudinario a la que uno o más Estados hayan objetado de manera persistente. Al mismo tiempo, si una norma de derecho internacional consuetudinario a la que un Estado haya objetado de manera persistente pasa a ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, el efecto de la objeción persistente desaparece.

11) La existencia o no de dicha aceptación y reconocimiento de una norma de derecho internacional general (*ius cogens*) puede verse afectada por las objeciones. De conformidad con el segundo párrafo del proyecto de conclusión 7, la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” no requiere la aceptación y el reconocimiento de todos los Estados, pero sí de una mayoría muy amplia. Así pues, cuando varios Estados objetan de manera persistente a una norma de derecho internacional consuetudinario, esas objeciones pueden no ser suficientes para impedir la aparición de la norma de derecho internacional consuetudinario, pero sí pueden serlo para impedir que la norma sea reconocida como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En otras palabras, en la medida en que esa objeción persistente implique que la comunidad internacional de Estados en su conjunto no acepta ni reconoce la norma en cuestión como norma que no admite acuerdo en contrario, no puede surgir una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

12) Se expresó la opinión de que la “objeción persistente” a una norma de derecho internacional consuetudinario no debía considerarse una “regla”, sino más bien una “doctrina”. No obstante, la Comisión decidió utilizar la expresión “regla del objetor persistente” por ser un concepto calificado a menudo de “regla” y porque la Comisión ya lo ha calificado de “regla” o de “doctrina” en su labor anterior<sup>846</sup>.

13) El proyecto de conclusión 14, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

---

*ius cogens*” (A/C.6/71/SR.24, párr. 63); México afirmó que “no cabe alegar la objeción persistente tratándose de normas de esa categoría [*ius cogens*]” (A/C.6/71/SR.22, párr. 25); Eslovenia “está de acuerdo con el enunciado de que las normas de *ius cogens* son de naturaleza especial y excepcional y reflejan los valores comunes y fundamentales de la comunidad internacional. Por ese motivo, su delegación reafirma su opinión de que la figura del objetor persistente es incompatible con la naturaleza del *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.26, párr. 114); Sudáfrica “está de acuerdo con [la] observación preliminar [del Relator Especial] de que no puede haber ninguna objeción a las normas de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.26, párr. 86); y España afirmó que “es lamentable que, en el proyecto de conclusión 15 [del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario], no se haya señalado específicamente la inaplicabilidad de la objeción persistente respecto de las normas imperativas de derecho internacional general” (A/C.6/73/SR.21, párr. 91).

<sup>844</sup> *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 49.

<sup>845</sup> C. Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, núm. 27 (2013) pág. 50. Véase también D. Costelloe (nota 694 *supra*), págs. 21 a 23.

<sup>846</sup> Por ejemplo, véase el comentario a la cuarta parte, así como el párrafo 4) del comentario a la conclusión 15 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

### Conclusión 15

#### Obligaciones creadas por actos unilaterales de los Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

1. Un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no creará tal obligación.

2. Una obligación de derecho internacional creada por un acto unilateral de un Estado dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### Comentario

1) En el proyecto de conclusión 15 se abordan las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para los actos unilaterales de los Estados por los que manifiesten la intención de quedar vinculados por una obligación de derecho internacional<sup>847</sup>. Se basa en el entendimiento de que los actos unilaterales pueden, en determinadas condiciones que se describen a continuación, imponer obligaciones al Estado que realiza el acto unilateral. En el primer párrafo del proyecto de conclusión 15 se abordan los casos en los que el acto unilateral, en el momento de su realización, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Se dispone que, en tales casos, el acto unilateral no creará tal obligación. Esta consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es similar a las previstas en la primera oración del proyecto de conclusión 10 y en el primer párrafo del proyecto de conclusión 14 del presente proyecto de conclusiones, a saber, que ninguna obligación llegará a existir en absoluto.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 15 se inspira del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>848</sup>. La Comisión, en sus Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas, formuló la regla del siguiente modo: “Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”<sup>849</sup>. Aunque en los Principios Rectores se utiliza la expresión “es nula” en el contexto de una declaración, en el presente proyecto de conclusión se utilizan las expresiones más generales “no creará tal obligación” y “dejará de existir” a fin de reflejar más fielmente el contexto más general del proyecto de conclusión, que aborda los actos unilaterales en un sentido más general. Por lo tanto, se centra la atención en las obligaciones jurídicas que se pretende crear con el acto unilateral en cuestión. Como se indica en el primer párrafo, esas obligaciones no se crearán si están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) El segundo párrafo se refiere a los casos en que surge una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) después de la creación de una obligación de derecho internacional resultante de un acto unilateral. Este párrafo tiene un alcance distinto del primero porque se refiere a obligaciones que ya han sido creadas por un acto unilateral. El segundo párrafo dispone que esa obligación dejará de existir si, después de su creación,

<sup>847</sup> Así, este proyecto de conclusión tiene más alcance que los Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2006, que “solo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional” (quinto párrafo del preámbulo de los Principios Rectores).

<sup>848</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (nota 827 *supra*), párrafo 18) del comentario a la directriz 3.1.5.3, en el que se afirma que es cierto que “la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *ius cogens* se refiere no solo a las relaciones convencionales, sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales”.

<sup>849</sup> Principio rector 8, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), pág. 177.

está en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 es similar al segundo párrafo del proyecto de conclusión 10 y al segundo párrafo del proyecto de conclusión 14. Reconoce que, en esas circunstancias, las obligaciones nacen, pero solo dejarán de existir en el momento en que surja una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). La regla que establece el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 se inspira en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969.

4) Las obligaciones que emanen de un acto unilateral que esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) surgida después de que se haya realizado el acto unilateral solo dejarán de existir en la medida en que tales obligaciones sean incompatibles con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Al igual que en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 14, las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir los aspectos de la obligación en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Los demás aspectos de la obligación seguirían existiendo y siendo de aplicación, pero únicamente si es posible mantenerlos sin los aspectos de las obligaciones que dejan de existir.

5) El proyecto de conclusión 15 no se refiere a todos los actos unilaterales, ni a todos los actos que crean obligaciones. Se refiere a los actos unilaterales realizados por un Estado con la intención de crear obligaciones únicamente para el propio Estado. Este proyecto de conclusión no se refiere a las fuentes de las obligaciones, como los tratados y el derecho internacional consuetudinario, que se abordan en proyectos de conclusión anteriores. Tampoco se ocupa de las reservas, que se abordan en el proyecto de conclusión 13. Además, el proyecto de conclusión 15 no abarca otros actos en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que se abordan en otros proyectos de conclusión relativos a la responsabilidad por hechos ilícitos con arreglo al derecho internacional. Por ejemplo, los actos unilaterales que no tengan por objeto imponer obligaciones al Estado pero que, sin embargo, constituyan una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se abordan en los proyectos de conclusión 17, 18, 19 y 22 del presente proyecto de conclusiones. El proyecto de conclusión 15 se ocupa únicamente de los actos unilaterales por los que un Estado manifiesta la intención de asumir obligaciones unilateralmente, y no de otros actos<sup>850</sup>.

6) El primer párrafo del proyecto de conclusión 15 describe el acto unilateral en cuestión como un acto por el que se “manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional”. Así pues, el Estado que realiza el acto unilateral debe tener la intención de establecer obligaciones de derecho internacional. Esto hace necesario determinar la intención del Estado que realiza el acto unilateral. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, la Corte Internacional de Justicia señaló que, a la hora de determinar si un acto unilateral podía crear obligaciones, “todo dependía de la intención del Estado en cuestión”<sup>851</sup>. Las palabras “por el que manifieste la intención” pretenden transmitir que, si bien lo que se busca es la intención subjetiva del Estado, esta debe determinarse a partir de los hechos y circunstancias generales de cada caso en particular<sup>852</sup>. Por lo tanto, debe determinarse la intención subjetiva sobre la base de hechos objetivos. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, si un acto unilateral tuvo por objeto crear una obligación jurídica es algo que debe “determinarse mediante la interpretación del acto”<sup>853</sup>. Del mismo modo, el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 solo es aplicable a los actos unilaterales descritos en el párrafo 5).

<sup>850</sup> *Ibid.*, comentario al principio rector 2.

<sup>851</sup> *Causa Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 573, párr. 39. Véase también *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y ss., en especial pág. 267, párr. 43 (“Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de quedar obligado de conformidad con sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y el Estado interesado queda en lo sucesivo obligado jurídicamente a seguir una línea de conducta conforme a su declaración”).

<sup>852</sup> *Frontier Dispute* (véase la nota 851 *supra*), párr. 40.

<sup>853</sup> *Nuclear Tests* (véase la nota 851 *supra*), párr. 44.

7) El proyecto de conclusión 15 es aplicable a los actos unilaterales de los Estados. En el proyecto de conclusión 16 se abordan los actos unilaterales de una organización internacional que creen o tengan por objeto crear obligaciones para esa organización internacional. El hecho de que el proyecto de conclusión 15 sea de aplicación a los actos unilaterales de los Estados se entiende sin perjuicio de las posibles consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para los actos unilaterales de los actores no estatales.

8) El proyecto de conclusión 15, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

### **Conclusión 16**

#### **Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que de otro modo tendría efecto vinculante no creará obligaciones de derecho internacional cuando esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 16 se refiere a las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para las resoluciones, decisiones y otros actos de organizaciones internacionales.

2) El proyecto de conclusión 16 es aplicable a las resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales, con independencia de su designación. La expresión “resolución, decisión u otro acto” de una organización internacional pretende transmitir el mismo sentido que la descripción de “resolución” que figura en el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 12 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>854</sup>. También abarca los actos unilaterales de organizaciones internacionales por los que manifiesten la intención de obligarse. Las palabras “que de otro modo tendría efecto vinculante” sirven para limitar el alcance del proyecto de conclusión a las resoluciones, decisiones y actos de organizaciones internacionales que normalmente tendrían efecto vinculante, de no ser por su oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Entre los ejemplos de resoluciones, decisiones o actos de una organización internacional que de otro modo tendrían efecto vinculante cabe citar una decisión contenida en una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>855</sup>, o una decisión de la Asamblea General por la que se admita a un Estado como miembro de la Organización. La cuestión de si esas decisiones tienen efecto vinculante (o lo tendrían de otro modo) debe determinarse mediante una interpretación de la decisión de que se trate<sup>856</sup>.

<sup>854</sup> Véase el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 12 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 160.

<sup>855</sup> En virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”, las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de la Carta son vinculantes.

<sup>856</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), pág. 53, párr. 114 (“Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del Artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la resolución que ha de interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y, en general, todas

La Unión Europea también realiza actos en forma de directivas, reglamentos y decisiones, que son vinculantes para los Estados miembros. Otras organizaciones internacionales, como la Organización de Aviación Civil Internacional, la Unión Africana y la Organización Mundial del Comercio, pueden asimismo dictar resoluciones y decisiones o realizar otros actos que, de no ser por la regla enunciada en el presente proyecto de conclusión, tendrían efecto vinculante. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 16 pretende ser amplio y abarcar todas las resoluciones, decisiones y actos que de otro modo establecerían obligaciones de derecho internacional.

3) Siguiendo el texto de los proyectos de conclusión 14 y 15, en el proyecto de conclusión 16 se afirma que las resoluciones, decisiones y otros actos descritos en el párrafo 2) no crearán obligaciones de derecho internacional cuando esas obligaciones estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo estén. Al igual que en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 14 y el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15, las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que únicamente se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión aquellas obligaciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Otras obligaciones que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) no se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión 16. Las disposiciones de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que no estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) seguirán siendo de aplicación si pueden separarse del resto.

4) La regla establecida en el proyecto de conclusión 16, según la cual una resolución, decisión o acto no creará obligaciones de derecho internacional si esas obligaciones están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), se deriva de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Si no pueden crearse normas de derecho internacional que sean incompatibles con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) mediante tratados, derecho internacional consuetudinario ni actos unilaterales, tampoco podrán crearse mediante resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales. No obstante, el caso de las resoluciones, decisiones o actos del Consejo de Seguridad requiere un examen adicional, ya que, de conformidad con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecen sobre otras normas de derecho internacional<sup>857</sup>. Por esta razón, teniendo en cuenta la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión consideró importante destacar que el proyecto de conclusión 16 también es de aplicación a las resoluciones, decisiones y actos vinculantes del Consejo de Seguridad<sup>858</sup>.

---

las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad”).

<sup>857</sup> El Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que, “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Si bien esta disposición se refiere únicamente a los acuerdos internacionales, se ha interpretado en el sentido de que es aplicable al derecho internacional consuetudinario y, sin duda, a las resoluciones, decisiones y actos de otras organizaciones internacionales. Véase un análisis en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (A/CN.4/L.682, Corr.1 y Add.1), párrs. 344 y 345, en especial párr. 345 (“Por tanto, parece lógico sumarse a la opinión dominante de que el Artículo 103 debe interpretarse de manera extensiva, y afirmar que las obligaciones establecidas por la Carta prevalecen también sobre las obligaciones de derecho consuetudinario de los Estados Miembros de las Naciones Unidas”).

<sup>858</sup> En cuanto a las declaraciones de Estados, véanse, por ejemplo, Suiza, que, en nombre de Alemania, Suecia y Suiza, afirmó que “algunos tribunales también han expresado su voluntad de que se vele por que las acciones selectivas [del Consejo de Seguridad] respeten” las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), “que no pueden desestimar las Naciones Unidas ni los Estados Miembros” (S/PV.5446, pág. 31); y Qatar, que observó que, si bien, en virtud del Artículo 103 de la



5) La regla del proyecto de conclusión 16, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

### Conclusión 17

#### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)**

1. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.

2. Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

### Comentario

1) El proyecto de conclusión 17 se ocupa de las obligaciones *erga omnes*. Consta de dos párrafos. El primero afirma que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*). La relación entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes* se ha reconocido en la práctica de los Estados. La República Democrática del Congo (ex Zaire), por ejemplo, en una declaración ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, propuso un tratado sobre la prohibición del uso de la fuerza y afirmó que dicho tratado debía tener un efecto *erga omnes* en vista de que la prohibición del uso de la fuerza era una norma imperativa de

---

Carta, las obligaciones dimanantes de resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecían sobre otras obligaciones, no lo hacían sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (S/PV.5779, pág. 26). Véanse también Argentina y Nigeria (S/PV.5474, pág. 22 y S/PV.5474 (Resumption 1), pág. 20, respectivamente); Finlandia, que, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), observó que había una “opinión generalizada de que las atribuciones del Consejo de Seguridad, aunque son excepcionalmente amplias, están limitadas por las normas imperativas de derecho internacional” (A/C.6/60/SR.18, párr. 18); e Irán (República Islámica del) (A/C.6/66/SR.7, párr. 84). Véanse otras opiniones de Estados en las intervenciones de los Estados Unidos (A/C.6/60/SR.20, párr. 36), que señalaron que “deben evitarse pronunciamientos generales acerca de la relación” entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las resoluciones del Consejo de Seguridad, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/73/SR.27, párr. 73, donde se cita el párr. 5 del anexo de la declaración escrita) afirmó que no existía ninguna práctica de los Estados que apoyara el argumento de que un Estado podía negarse a acatar una resolución vinculante del Consejo de Seguridad alegando una violación de una norma de *ius cogens*, y la Federación de Rusia (A/C.6/73/SR.26, párr. 131), que destacó que los debates sobre la cuestión de las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con las normas de *ius cogens* “no se basan en ninguna práctica”, y que el proyecto de conclusión podría dar lugar a interpretaciones erróneas “que menoscabaran las actividades del Consejo de Seguridad”. En relación con las opiniones de las cortes y tribunales, véanse, por ejemplo, *R (On the Application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, sentencia en apelación de 12 de diciembre de 2007, Cámara de los Lores [2008] 3 All ER 28 (Lord Bingham), párr. 35; *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7 (donde se afirma que, con todo, el *ius cogens*, el derecho imperativo vinculante para todos los sujetos de derecho internacional, marca el límite de la obligación de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por este motivo, ha de determinarse si, como afirman los demandantes, las resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen las sanciones violan el *ius cogens*); *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (nota 152 *supra*), párr. 296; *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (véase la nota 719 *supra*), párr. 226 (el Tribunal Europeo no abordó la cuestión en apelación).

derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>859</sup>. Del mismo modo, la República Checa afirmó que “las obligaciones de *ius cogens* son *erga omnes* y no admiten excepción, ni siquiera por acuerdo”<sup>860</sup>. El Tribunal Federal de Australia, en la causa *Nulyarimma and Others v. Thompson*, también aceptó el argumento de las partes de que la prohibición del genocidio era una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*) que generaba obligaciones *erga omnes* que no admitían acuerdo en contrario, es decir, obligaciones de cumplimiento forzoso de cada Estado nación para con la comunidad internacional en su conjunto<sup>861</sup>. Asimismo, en *Kane v. Winn*, el Tribunal de Distrito de Massachusetts de los Estados Unidos determinó que la prohibición de la tortura era una obligación *erga omnes* que, como norma de *ius cogens*, era imperativa y no admitía acuerdo en contrario<sup>862</sup>.

2) La Corte Internacional de Justicia no ha afirmado explícitamente que exista un vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes*. No obstante, ese vínculo puede deducirse de algunos de sus fallos y opiniones consultivas. En primer lugar, toda norma que la Corte haya señalado<sup>863</sup> que tiene carácter *erga omnes* también aparece en la lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que tienen carácter imperativo. Esta lista se reproduce en el anexo del presente proyecto de conclusiones. En segundo lugar, la Corte ha hecho extensivas a las violaciones de esas obligaciones *erga omnes* las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (que se atribuyen a las violaciones de normas imperativas)<sup>864</sup>. La propia Comisión ha sido más explícita al reconocer la existencia de una estrecha relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de

<sup>859</sup> Zaire (A/C.6/35/SR.32, párr. 38). Véase también la declaración de los Países Bajos en la 25ª sesión de la Sexta Comisión durante el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en la que afirmó que “un crimen internacional siempre incluiría una infracción de *ius cogens* o de obligaciones *erga omnes*” (A/C.6/49/SR.25, párr. 38).

<sup>860</sup> Véanse también la República Checa (A/C.6/49/SR.26, párr. 19) y Burkina Faso (A/C.6/54/SR.26).

<sup>861</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, decisión en apelación de 1 de septiembre de 1999, [1999] FCA 1192, 165 ALR 621, 96 FCR 153, ILDC 2773 (AU 1999), párr. 81.

<sup>862</sup> *Kane v. Winn*, 31 F. Supp. 2d 162, 199 (D. Mass. 2004). Véase también *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, sentencia en apelación de 12 de octubre de 2006 del Tribunal Superior, [2006] ALL ER (D) 138, párr. 102, donde se hace referencia al *ius cogens erga omnes*. Véase también *Jorgic case, J (a Bosnian Serb)*, demanda individual, sentencia de 12 de diciembre de 2000 del Tribunal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), párr. 17.

<sup>863</sup> Véase, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, párr. 180 (donde se considera que el derecho a la libre determinación tiene carácter *erga omnes*). Véase también *East Timor (Portugal v. Australia)* (nota 805 *supra*), pág. 102, párr. 29, donde la Corte calificó la afirmación de que la libre determinación tenía carácter *erga omnes* de “irreprochable”. En *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, I.C.J. Reports 2015, págs. 3 y ss., en especial pág. 47, párr. 87, la Corte afirmó “que la Convención contra el Genocidio contiene obligaciones *erga omnes*” y “que la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”. Véanse *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párrs. 88, 149 y 155; y *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 805 *supra*), pág. 32, párrs. 33 y 34, donde la Corte determinó la existencia de “obligaciones que se derivan de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Véase también la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.702, pág. 22). Las conclusiones figuran también en el *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 251.

<sup>864</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, y sus comentarios, párr. 77). Los artículos también figuran en la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo, en su forma modificada por A/56/49 (Vol. I). Véanse, en particular, las causas *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 863 *supra*), párr. 180, y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párr. 159.



derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>865</sup>. La relación entre las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* también se ha reconocido en la doctrina<sup>866</sup>.

3) Aunque todas las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones *erga omnes*, en general se considera que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>867</sup>. Por ejemplo, algunas normas relativas a los espacios comunes, en particular los regímenes que regulan el patrimonio común, pueden generar obligaciones *erga omnes* con independencia de que tengan carácter imperativo.

4) El primer párrafo del proyecto de conclusión 17 tiene por objeto reflejar, de manera general, la relación descrita anteriormente entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes*. Afirma que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “generan” obligaciones *erga omnes*. Esta formulación se basa en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en los que las obligaciones *erga omnes* se describen como aquellas que “dimanan de normas imperativas de derecho internacional general”<sup>868</sup>. La expresión “en las que todos los Estados tienen un interés jurídico” describe la principal consecuencia del carácter *erga omnes* de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>869</sup>. Las palabras “interés jurídico” se refieren a la protección de la norma jurídica como tal, incluidos los derechos y obligaciones.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 17 se basa en el primer párrafo al describir una consecuencia específica de la conexión entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Describe, en términos más precisos, las implicaciones de la expresión “en las que todos los Estados tienen un interés jurídico” que figura en el primer párrafo. Esta consecuencia es que todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras utilizadas en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 17 siguen el texto del artículo 48 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que dispone que “todo Estado [...] tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado [...] si [...] la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”<sup>870</sup>. Aunque el proyecto de conclusión 17 se refiere a “la responsabilidad de otro Estado”, se

<sup>865</sup> Véase el capítulo III de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en especial el párrafo 4) del comentario general a ese capítulo, en el que se afirma que “el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional” es un aspecto “que tiene una relación directa” con las obligaciones *erga omnes*, y el párrafo 7) del comentario general, en el que la Comisión afirma que “hay por lo menos una coincidencia sustancial entre” las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>866</sup> Véanse, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4 (1996), pág. 63; I. Scobbie, “The invocation of responsibility for the breach of ‘obligations under peremptory norms of general international law’”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 5 (2002), pág. 1210 (donde se afirma que, tras la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Comisión viene considerando que las normas imperativas y las obligaciones “para con la comunidad internacional en su conjunto” son básicamente dos caras de la misma moneda); F. Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), pág. 353; S. Villalpando, *L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États* (París, Presses Universitaires de France, 2005), pág. 106; C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate...” (nota 728 *supra*), pág. 430; A. Pellet, “Conclusions”, en Tomuschat y Thouvenin (*ibid.*).

<sup>867</sup> Véanse, por ejemplo, Villalpando (nota 866 *supra*) y Forrest Martin (nota 866 *supra*).

<sup>868</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte.

<sup>869</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 180 (“todos los Estados tienen un interés jurídico en proteger ese derecho”); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 805 *supra*), pág. 32, párr. 33 (“puede entenderse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección”).

<sup>870</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 1 b).

entiende sin perjuicio de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Cabe recordar que, en virtud del artículo 49 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, un Estado o una organización internacional tienen derecho a invocar la responsabilidad de una organización internacional que haya violado una obligación que existe para con la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

6) Con arreglo al segundo párrafo del proyecto de conclusión 17, el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) deberá ejercerse de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Con esta precisión se pretende poner de relieve la diferencia entre la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado y la invocación de la responsabilidad por cualquier otro Estado. Con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el derecho de un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe ejercerse de conformidad con el artículo 42; mientras que los terceros Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por esa violación con arreglo al artículo 48<sup>871</sup>. Al invocar la responsabilidad de otro Estado en calidad de Estado lesionado, el Estado lesionado tiene derecho a reclamar todas las formas de reparación previstas en el capítulo II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, un Estado que, no siendo un Estado lesionado, invoque la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) solo podrá reclamar “la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición”<sup>872</sup>. Un Estado que no sea un Estado lesionado solo podrá reclamar reparaciones “en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, y no en su propio beneficio<sup>873</sup>.

### **Conclusión 18**

#### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y circunstancias que excluyen la ilicitud**

No podrá alegarse ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en relación con cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 18 aborda las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con la violación de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Por regla general, hay determinadas circunstancias que pueden servir para excluir la ilicitud de un hecho de un Estado que, de otro modo, sería ilícito<sup>874</sup>. El proyecto de conclusión 18 establece una excepción a esta regla general sobre la responsabilidad del Estado al disponer que, cuando la violación en cuestión se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se podrán invocar circunstancias que excluyan la ilicitud.

2) El proyecto de conclusión 18 se basa en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que impide invocar los motivos que excluyen la ilicitud enunciados en el capítulo V de la primera parte de los artículos con respecto a cualquier hecho que no esté en conformidad con una obligación

<sup>871</sup> *Ibid.*, párrafo 1) del comentario al artículo 48.

<sup>872</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 2 a).

<sup>873</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 2 b).

<sup>874</sup> *Ibid.*, véase, en general, la primera parte, capítulo V. En el párrafo 1) del comentario general al capítulo V de la primera parte se afirma que la existencia de estos motivos “constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de no mediar esa defensa, estaría bien fundada”.

que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Esta regla tiene por efecto que, cuando se invoque la responsabilidad de un Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Estado contra el que se invoque la violación no podrá tratar de eludir su responsabilidad alegando ninguna circunstancia que normalmente podría excluir la ilicitud. Así ocurrirá incluso cuando la circunstancia que excluya la ilicitud está relacionada en sí misma con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Como ha afirmado anteriormente la Comisión, no podrá invocarse un genocidio para justificar la comisión de otro genocidio<sup>875</sup>.

3) El proyecto de conclusión 18 se entiende sin perjuicio de la invocación de tales circunstancias por organizaciones internacionales y otras entidades. El artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales también dispone que no se excluirá la ilicitud de un hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por la invocación de una circunstancia que excluya la ilicitud de ese hecho.

### **Conclusión 19**

#### **Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

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

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. La violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable.

4. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 19 se refiere a las consecuencias particulares de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se basa en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El proyecto de conclusión 19 se refiere únicamente a las “consecuencias adicionales” de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>876</sup>. No se ocupa de las consecuencias de las violaciones de normas de derecho internacional que no sean de carácter imperativo ni de las consecuencias de las violaciones de normas imperativas que no sean graves.

2) La primera consecuencia particular de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se indica en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19. Este párrafo, que se basa en el párrafo 1 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, establece que los Estados cooperarán para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La obligación de “cooperar[r] para poner fin, por medios lícitos,” a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general

<sup>875</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 26.

<sup>876</sup> *Ibid.*, párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte.

(*ius cogens*) se basa en la obligación general de cooperar prescrita en el derecho internacional<sup>877</sup>. Aunque, cuando se aprobaron sus artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión expresó algunas dudas sobre si la obligación enunciada en el párrafo 1 del artículo 41 constituía derecho internacional consuetudinario<sup>878</sup>, en la actualidad la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) está reconocida en el derecho internacional. La Cámara de los Lores del Reino Unido en la causa *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, por ejemplo, se refirió de manera explícita a la obligación de derecho internacional de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, y citó el artículo 41 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*<sup>879</sup>. La Comisión ha reconocido la obligación, aunque solo en términos generales, en su proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre<sup>880</sup>. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, ha determinado, después de la aprobación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la existencia de una obligación de cooperar para poner fin a las violaciones de “obligaciones de respetar el derecho [...] a la libre determinación, y algunas [...] obligaciones de derecho internacional humanitario”<sup>881</sup>, normas que son ampliamente citadas como imperativas. La Corte determinó que una de las obligaciones derivadas de la violación de esas obligaciones era la obligación de los demás Estados de “velar, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, por que se ponga fin a cualquier impedimento resultante de” las violaciones<sup>882</sup>. Asimismo, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte determinó que todos los Estados “deben cooperar con las Naciones Unidas” para poner fin a la violación de obligaciones que emanen del derecho a la libre determinación<sup>883</sup>. Del mismo modo, en el caso *La Cantuta Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló el “deber de cooperación interestatal para” los efectos de erradicar las violaciones como una consecuencia en sí misma de la violación de

<sup>877</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1 (“Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”).

<sup>878</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>879</sup> *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, sentencia de la Cámara de los Lores de 8 de diciembre de 2005 [2006] 1 All ER 575, párr. 34.

<sup>880</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre con sus comentarios (informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrafo 1) del comentario al artículo 7 (“El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales”).

<sup>881</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 155.

<sup>882</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>883</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 182.

obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>884</sup>.

3) La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) debe cumplirse “por medios lícitos”. Esto significa que la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no puede servir de justificación para la violación de otras normas de derecho internacional. Aunque el derecho internacional no prohíbe la adopción de medidas unilaterales para poner fin a la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) si esas medidas unilaterales son compatibles con el derecho internacional, el primer párrafo del proyecto de conclusión 19 se centra en las medidas colectivas. En ello radica la esencia de la “cooperación”<sup>885</sup>.

4) Según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido. Por esta razón, al constatar una violación de la “libre determinación” y de los “principios básicos del derecho humanitario”, la Corte Internacional de Justicia afirmó que “las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían estudiar qué otras medidas son necesarias para poner fin a la situación ilegal”<sup>886</sup>. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte mencionó la obligación de “todos los Estados Miembros” de “cooperar con las Naciones Unidas” para poner fin a la violación en cuestión<sup>887</sup>. También podrán adoptarse medidas colectivas en el marco de otras organizaciones internacionales con un mandato al respecto para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Otro ejemplo de organización cuyo mandato le permite adoptar medidas para poner fin a las violaciones de normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) es la Unión Africana<sup>888</sup>. No obstante, no solo se pueden adoptar medidas en el marco de mecanismos de cooperación institucionales. La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) también puede cumplirse mediante una cooperación no institucional, como, por ejemplo, la adopción de disposiciones especiales por un grupo de Estados que actúen de consuno para poner fin a la violación de una norma imperativa<sup>889</sup>. En efecto, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, parece indicar que, más allá de la acción colectiva, cada Estado tiene la obligación de esforzarse por poner fin a las situaciones creadas por la violación<sup>890</sup>. En esa opinión, además de hablar de las medidas que podían adoptar la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, la Corte afirmó que “incumbe también a todos los Estados” adoptar medidas para poner fin a la violación de una norma imperativa

<sup>884</sup> Caso *La Cantuta Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 (“Según 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>885</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones”).

<sup>886</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 160.

<sup>887</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 182.

<sup>888</sup> Véase el artículo 4 h) del Acta Constitutiva de la Unión Africana (2000), que permite a la Unión Africana intervenir para poner fin al incumplimiento de la prohibición del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

<sup>889</sup> Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>890</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 159.

de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, es necesario que esas medidas sean compatibles con el derecho internacional<sup>891</sup>.

5) La obligación de los Estados de actuar colectivamente para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene consecuencias particulares para la cooperación dentro de los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Significa que, en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones. Así pues, cuando una organización internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19.

6) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 19 establece que los Estados no “reconocerá[n] como lícita” una situación creada por la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni “prestará[n] ayuda o asistencia” para mantener esa situación. Este párrafo, que se deriva del párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, contiene dos obligaciones distintas. La primera es la obligación de no reconocer como lícitas las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*). La segunda es la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*). Si bien estas dos obligaciones son distintas y específicas, están relacionadas en el sentido de que la obligación de no prestar asistencia es una consecuencia lógica de la obligación de no reconocer una situación como lícita. A diferencia de la obligación enunciada en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19, los deberes de no reconocer y no prestar asistencia son deberes negativos. En otras palabras, mientras que el primer párrafo del proyecto de conclusión 19 exige a los Estados que hagan algo, es decir, que cooperen para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), los deberes de no reconocer y no prestar asistencia del segundo párrafo exigen a los Estados que se abstengan de actuar. Por consiguiente, los deberes establecidos en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 19 son menos onerosos.

7) Ya en 2001, la Comisión había reconocido que los deberes de no reconocer y no prestar asistencia formaban parte del derecho internacional consuetudinario<sup>892</sup>. En la causa *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*, la Cámara de los Lores del Reino Unido se negó a reconocer validez jurídica a los actos resultantes de la invasión de Kuwait por el Iraq, que constituían una violación de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) relativa al uso de la fuerza<sup>893</sup>. La obligación de no reconocer se ha afirmado en decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en la práctica de los Estados que actúan en organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, por ejemplo, la Corte recordó que la

<sup>891</sup> *Ibid.* (“Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”) (sin cursiva en el original).

<sup>892</sup> Véanse los párrafos 6), 11) y 12) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>893</sup> *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others* (núms. 4 y 5) [2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883, párr. 29. Véase también *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department* (nota 879), párr. 34.

“calificación de una situación como ilegal no basta de por sí para ponerle fin”<sup>894</sup>. La Corte sostuvo que los terceros Estados tenían la obligación de “reconocer que la continuación de la presencia de Sudáfrica es ilegal y nula de pleno derecho”<sup>895</sup>. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte determinó que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante” del incumplimiento de una obligación ampliamente reconocida como imperativa<sup>896</sup>. El Consejo de Seguridad también ha afirmado la obligación de los Estados de no reconocer la situación creada por el incumplimiento de la prohibición del *apartheid* y de la obligación de respetar la libre determinación<sup>897</sup>. La obligación de no reconocer los actos que incumplan obligaciones que emanen de las normas imperativas del derecho a la libre determinación y la prohibición del *apartheid* también se enuncia en la resolución de la Asamblea General por la que se pide que no se reconozcan los bantustanes creados por Sudáfrica para promover el *apartheid* en violación del derecho a la libre determinación<sup>898</sup>. La obligación de no prestar asistencia ni ayuda para el mantenimiento de una situación creada por la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa también se ha reconocido en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en resoluciones de las Naciones Unidas<sup>899</sup>.

8) Si bien la obligación de no reconocer está bien establecida, su cumplimiento no debe ir en detrimento de la población afectada ni privarla de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional<sup>900</sup>. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, la Corte Internacional de Justicia declaró que las consecuencias de la falta de reconocimiento no debían afectar negativamente ni desfavorecer a la población afectada y que, por lo tanto, los actos que atañían a la población civil, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse a pesar de la violación<sup>901</sup>.

9) Las obligaciones a las que se hace referencia en el proyecto de conclusión 19 son de aplicación únicamente en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el tercer párrafo del proyecto de conclusión 19 se define la violación grave como aquella que “implica el incumplimiento flagrante o sistemático de [la] obligación [en cuestión] por el Estado responsable”. Esta definición se ha tomado del artículo 40, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>902</sup>. Se expresó la opinión de que la palabra “grave” debía omitirse del texto del proyecto de conclusión 19, entre otras cosas porque los deberes de no reconocer y no prestar asistencia no eran onerosos.

10) El cuarto párrafo del proyecto de conclusión 19 dispone que las obligaciones enunciadas en el proyecto de conclusión 19 se entenderán sin perjuicio de las demás consecuencias que las violaciones graves puedan generar según el derecho internacional<sup>903</sup>.

<sup>894</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), párr. 111.

<sup>895</sup> *Ibid.*, párr. 119.

<sup>896</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 159.

<sup>897</sup> Véase la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 30 de enero de 1970.

<sup>898</sup> Resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975, párr. 3.

<sup>899</sup> Véase, por ejemplo, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), párr. 119, donde se afirma que los Estados tienen la obligación de “abstenerse de prestar a Sudáfrica cualquier apoyo o cualquier forma de asistencia con respecto a su ocupación de Namibia”. Véanse también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párr. 159; y la resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, párr. 3.

<sup>900</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), párr. 125.

<sup>901</sup> *Ibid.*

<sup>902</sup> Los párrafos 7) y 8) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen una explicación detallada de los elementos de la gravedad, es decir, de las violaciones flagrantes o sistemáticas.

<sup>903</sup> Véase, en general, el párrafo 13) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.



Por ejemplo, el proyecto de conclusión 19 no aborda específicamente las consecuencias de la violación para el Estado responsable. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado sistemáticamente que el Estado responsable tiene una obligación de cesación<sup>904</sup>. En los capítulos I y II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos pueden encontrarse otros ejemplos de consecuencias de las violaciones de obligaciones de derecho internacional que no se abordan<sup>905</sup>. Aunque no se abordan en el presente proyecto de conclusiones, esas otras consecuencias de la responsabilidad siguen siendo de aplicación.

11) Al igual que en el caso de los proyectos de conclusión 17 y 18, el proyecto de conclusión 19 se entiende sin perjuicio de los deberes que impone a las organizaciones internacionales<sup>906</sup>.

### **Conclusión 20**

#### **Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Cuando parezca que puede haber oposición entre una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y otra norma de derecho internacional, esta deberá interpretarse y aplicarse, en la medida de lo posible, de manera que esté en consonancia con aquella.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 20 contiene una regla de interpretación aplicable en caso de posible oposición entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y otras normas de derecho internacional. Los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16 establecen la nulidad o inexistencia de las normas de derecho internacional que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La cuestión de si una norma de derecho internacional está o no en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe determinarse mediante la interpretación. Lo dispuesto en el proyecto de conclusión 20 es de aplicación en el contexto del proceso previsto por las reglas de interpretación aplicables.

2) El proyecto de conclusión 20 no es de aplicación en todos los casos en que haya que interpretar una norma o determinar su contenido. Solo deberá aplicarse en los casos limitados en que “parezca que puede haber oposición” entre una norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo y una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En tal caso, se indica a los interesados que han de interpretar la norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “en la medida de lo posible” que figuran en el proyecto de conclusión tienen por objeto poner de relieve que, en el ejercicio de interpretación de las normas de derecho internacional en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), no se pueden exceder los límites de la interpretación. Dicho de otro modo, no se puede atribuir a la norma en cuestión un sentido o contenido distintos de los que se derivarían de la aplicación normal de las reglas y la metodología de interpretación para lograr la consonancia.

<sup>904</sup> Véanse, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 863 *supra*), párr. 178; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párrs. 149 y ss.; y *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), párr. 118.

<sup>905</sup> Véase, en general, la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Cabe citar, entre otras consecuencias, la cesación y la no repetición (art. 30) y la reparación (art. 31). Las reparaciones a su vez pueden adoptar diferentes formas, como la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36), la satisfacción (art. 37) y los intereses (art. 38).

<sup>906</sup> Véanse, con respecto a las organizaciones internacionales, los artículos 41 y 42 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos con sus comentarios se reproduce en el *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88. Los artículos propiamente dichos figuran en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.



3) El proyecto de conclusión 20 utiliza las palabras “interpretarse y aplicarse”. La interpretación y la aplicación de una norma son conceptos interrelacionados, pero distintos. Las palabras “interpretación y aplicación” se utilizan también en el párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, donde se habla de ese efecto interpretativo de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se reconoce que, en algunos casos, lo que puede estar en juego no es la interpretación de la norma en cuestión, sino su aplicación. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando una norma está, a primera vista, en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pertinente, pero su aplicación de una manera concreta sería contraria a la norma imperativa pertinente.

4) En el contexto de las normas de los tratados, la regla enunciada en el proyecto de conclusión 20 puede considerarse una aplicación del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, que dispone que, para la interpretación de los tratados, “habrá de tenerse en cuenta” “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son normas de derecho internacional aplicables en las relaciones principalmente entre Estados y organizaciones internacionales y, por lo tanto, han de tenerse en cuenta, cuando proceda, para la interpretación de los tratados<sup>907</sup>.

5) Aunque la regla de interpretación del proyecto de conclusión 20 constituye una aplicación específica del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, es aplicable no solo en relación con los tratados, sino también con la interpretación y aplicación de todas las demás normas de derecho internacional. A este respecto, la Comisión ha afirmado que “[c]uando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá [...] las normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes”<sup>908</sup>.

6) Como se señala en el párrafo 2) del presente comentario, las palabras “en la medida de lo posible” tienen por objeto indicar que la regla enunciada en este proyecto de conclusión no permite que se rebasen los límites de la interpretación. Cuando no sea posible interpretar la norma que no tiene carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma que no tiene carácter imperativo se anulará de conformidad con los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

7) La expresión “otra norma de derecho internacional” en el proyecto de conclusión 20 debe entenderse en el sentido de que hace referencia a las obligaciones de derecho internacional, dimanantes ya sea de un tratado, del derecho internacional consuetudinario, de un principio general del derecho, de un acto unilateral o de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 20

<sup>907</sup> Véase, por ejemplo, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 857 *supra*), párr. 414. Así se hizo, por ejemplo, en *Consejo de la Unión Europea c. Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, asunto núm. C-104/16 P, sentencia de 21 de diciembre de 2016, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 53/19 (20 de febrero de 2017), párr. 88 y ss., especialmente párr. 114, en el que el Tribunal, tras haber determinado que el principio de libre determinación era “uno de los principios esenciales del derecho internacional” y que establecía obligaciones *erga omnes* (párr. 88), pasó a interpretar el tratado entre la Comisión Europea y Marruecos de manera que se respetara esa norma (“Por tanto, en el momento de su conclusión, el Acuerdo de Liberalización no podía entenderse en el sentido de que su ámbito de aplicación territorial incluía el territorio del Sáhara Occidental” (párr. 114)).

<sup>908</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Véase la conclusión 42 de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (*Anuario...*, 2006, vol. II, segunda parte, párr. 251); véase también Mik (nota 845 *supra*), págs. 73 y ss.

es de aplicación para la interpretación de las normas u obligaciones establecidas en los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

## **Conclusión 21**

### **Requisitos de procedimiento**

1. El Estado que invoque una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como causa de nulidad o de terminación de una norma de derecho internacional deberá notificar su pretensión a los otros Estados interesados. La notificación deberá hacerse por escrito y en ella habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto a la norma de derecho internacional en cuestión.

2. Si ninguno de los otros Estados interesados formula objeción alguna en un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, el Estado que haya invocado la norma podrá adoptar la medida que haya propuesto.

3. Si cualquier Estado interesado formula una objeción, los Estados interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

5. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas pertinentes relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia u otras disposiciones aplicables en materia de solución de controversias acordadas por los Estados interesados.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 21 se refiere al procedimiento de invocación y fundamentación de la nulidad de normas de derecho internacional, incluidos tratados, por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Es importante recordar que, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, los Estados en general apoyaban las disposiciones relativas a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y que las preocupaciones que plantearon en relación con los artículos 53 y 64 obedecían a su inquietud por que los Estados pudieran abusar del derecho a alegar la nulidad de tratados invocando de forma unilateral dichos artículos y poner así en peligro la estabilidad de las relaciones convencionales<sup>909</sup>. Para responder a esa inquietud, la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de someter a un proceso de arreglo judicial toda fundamentación en los artículos 53 y 64<sup>910</sup>. En el contexto del presente proyecto de conclusiones, la invocación de las reglas establecidas en la tercera parte sin algún tipo de mecanismo que permita evitar la adopción de medidas unilaterales suscita preocupaciones similares a las planteadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>909</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 726 *supra*), 4 de mayo de 1968, declaraciones de Francia, 54ª sesión, párr. 29 (“[e]l texto actual no da ninguna indicación sobre la manera en que puede reconocerse una regla de derecho como perteneciente al *ius cogens* respecto a cuyo contenido se han presentado interpretaciones divergentes e incluso contradictorias. [...] Por otra parte, no se ha previsto ningún control jurisdiccional al que hubiera de someterse la elaboración de un concepto tan nuevo e impreciso”); y Noruega, 56ª sesión, párr. 37 (“[e]ste artículo deja en la oscuridad varias cuestiones importantes, en especial, la de saber cuáles son las actuales normas de *ius cogens* y cómo se crean. El texto de la Comisión [...], más que dar una definición de las normas, indica sus efectos, de modo que existe el riesgo de que surjan entre los Estados graves conflictos a este respecto; no prevé tampoco ningún medio eficaz para resolver esos conflictos”).

<sup>910</sup> *Ibid.*

2) No obstante, la formulación de una disposición apropiada a los efectos del presente proyecto de conclusiones no está exenta de dificultades. La principal dificultad es que los tratados contienen disposiciones detalladas en materia de solución de controversias cuyo funcionamiento no es el mismo que el de una norma de derecho internacional consuetudinario. Así, en lo que respecta a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Convención de Viena de 1969 contiene un detallado marco de solución de controversias<sup>911</sup>. Con arreglo a este marco, un Estado parte que alegue que un tratado es nulo por cualquier motivo, entre ellos por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, deberá notificar su pretensión a los otros Estados partes. Si, después de un plazo determinado, no se reciben objeciones a su notificación, podrá darse efecto a las consecuencias de la nulidad. No obstante, si hay una objeción, la Convención de Viena de 1969 exige que los Estados partes interesados busquen una solución por los medios previstos en la Carta de las Naciones Unidas. Estos medios son, entre otros, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos regionales u otros medios pacíficos<sup>912</sup>. Si la pretensión de nulidad se basa en una oposición con una norma imperativa en el sentido del artículo 53 o el artículo 64 y no se encuentra una solución a la oposición por esos medios, cualquiera de las partes en la controversia podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia a menos que, en lugar de ello, se convenga en someterlo a arbitraje.

3) En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que “ambas partes convienen en que los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si no codifican el derecho consuetudinario, al menos reflejan con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen determinados principios de procedimiento que se basan en la obligación de actuar de buena fe”<sup>913</sup>. Esta observación de la Corte se refiere principalmente al proceso de consulta previo a toda terminación del acuerdo. Con ello la Corte no determinó que existiera una norma de derecho internacional consuetudinario sobre el establecimiento de la competencia de la Corte para la solución de controversias relativas a la nulidad de los tratados sobre la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). No puede decirse que las disposiciones de los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena de 1969, en particular las que se refieren al sometimiento de una controversia a la Corte Internacional de Justicia, reflejen el derecho internacional consuetudinario. Como disposiciones de un tratado, no pueden imponerse a los Estados que no sean parte en la Convención de Viena de 1969. Además, incluso entre los Estados que son parte en la Convención, varios han formulado reservas a la aplicación del mecanismo de solución de controversias, en particular en lo que respecta al sometimiento de controversias a la Corte Internacional de Justicia y a arbitraje (artículo 66 a) de la Convención de Viena de 1969)<sup>914</sup>.

4) Al formular una disposición para la solución de controversias en relación con la nulidad de normas de derecho internacional en razón de su incompatibilidad con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión tenía que asegurarse de que no pretendiera imponer normas convencionales a los Estados que no estuvieran obligados por esas normas y, al mismo tiempo, de que se tuvieran en cuenta las preocupaciones relativas a la necesidad de evitar la anulación unilateral de normas. En el proyecto de conclusión 21 se establecen requisitos de procedimiento para lograr ese

<sup>911</sup> Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 65 y 66.

<sup>912</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Artículo 33, párrafo 1.

<sup>913</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 741 *supra*), pág. 66, párr. 109.

<sup>914</sup> En abril de 2019, de un total de 116 Estados partes, 23 Estados habían formulado reservas al marco de arreglo de controversias. De esos Estados, 15 deseaban excluir la aplicación del artículo 66 a) relativo al sometimiento de controversias a la Corte Internacional de Justicia en relación con alegaciones de nulidad por motivos de oposición con normas imperativas (Arabia Saudita, Argelia, Armenia, Belarús, Brasil, China, Cuba, Eslovaquia, Federación de Rusia, Guatemala, Hungría, República Checa, Túnez, Ucrania y Viet Nam); y 4 Estados han declarado que las disposiciones de los artículos 53 y 64 no serán de aplicación en las relaciones entre ellos y los Estados que hayan formulado reservas respecto de la aplicación del marco de arreglo de controversias (Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Portugal). Otros 4 Estados han declarado que las disposiciones del artículo 66 no limitan la competencia de la Corte Internacional de Justicia si esta se ha establecido en virtud de otro instrumento (Alemania, Canadá, Nueva Zelanda y Reino Unido).

equilibrio. No todos los aspectos del procedimiento detallado establecido en el proyecto de conclusión 21 constituyen derecho internacional consuetudinario.

5) Los tres primeros párrafos del proyecto de conclusión 21 se inspiran en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. El primer párrafo general exige que el Estado que desee impugnar una norma de derecho internacional por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) notifique su pretensión a los otros Estados. Si bien este párrafo se inspira en el texto de la Convención de Viena de 1969, habla de “una norma de derecho internacional” para dar a entender que los requisitos de procedimiento son de aplicación a los tratados y a otras obligaciones internacionales derivadas de otras fuentes del derecho internacional. Por consiguiente, el párrafo se refiere a los “Estados interesados” para indicar que la notificación puede ir dirigida a otros destinatarios además de las partes en un tratado. El primer párrafo del proyecto de conclusión 21 también dispone que en la notificación habrán de indicarse las medidas propuestas para solucionar la oposición. Esas medidas pueden ser las mencionadas en los proyectos de conclusión 10 a 13 del proyecto de conclusiones. El requisito de especificar las medidas propuestas está en consonancia con el objetivo de la notificación, a saber, permitir que otros Estados respondan adecuadamente, en caso necesario. La notificación puede hacerse llegar a otros Estados por diversos medios, entre ellos por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 establece que, si ningún otro Estado formula una objeción a la notificación, el Estado que afirma su pretensión podrá adoptar la medida que ha propuesto. No obstante, el derecho a adoptar esa medida solo podrá ejercerse tras “un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a 3 meses”. Esto significa, en primer lugar, que en la notificación mencionada en el párrafo 1 se debe señalar un plazo para formular objeciones a la notificación. El plazo debe ser razonable y la Comisión determinó que, por regla general, un mínimo de 3 meses era razonable. En segundo lugar, el Estado que invoca la nulidad de un tratado no podrá adoptar la medida propuesta hasta que haya expirado dicho plazo, y si no ha habido objeciones al respecto. Puede haber circunstancias en que un plazo de 3 meses sea demasiado largo. Teniendo esto en cuenta, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 prevé la posibilidad de acortarlo “en casos de especial urgencia”. En el proyecto de conclusiones no se definen los “casos de especial urgencia”, que se determinarán en función de los hechos en cada caso concreto. No obstante, se puede decir que los “casos de especial urgencia” serán aquellos en los que el tiempo apremie. Se expresó la opinión de que no había fundamento para afirmar que ese plazo de 3 meses (o el plazo de 12 meses indicado en el párrafo 4 del proyecto de conclusión) se derivaba del derecho internacional consuetudinario.

7) En el párrafo 3 del proyecto de conclusión 21 se abordan los casos en que cualquier Estado interesado formula una objeción contra la pretensión de que una norma de derecho internacional es nula por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si se plantea tal objeción, el Estado que haya invocado la norma no podrá aplicar unilateralmente las medidas propuestas. En tal caso, los Estados interesados, así como el Estado que haya invocado la norma, estarán obligados a buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas de su elección.

8) En el párrafo 4 del proyecto de conclusión 21 se establece que, si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia. En el párrafo 4 se abordan los casos en que los Estados interesados no pueden encontrar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión partió de la base de que la invocación de la nulidad de una norma de derecho internacional por su incompatibilidad con una norma imperativa de derecho internacional general no podía servir, como tal, de fundamento para

establecer la competencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>915</sup>. No obstante, con el fin de evitar toda unilateralidad, la Comisión consideró apropiado alentar el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia sin obligar a ello.

9) El proyecto de conclusión 21 es una disposición de carácter procedimental que no tiene implicación alguna para la legalidad de las medidas que puedan adoptarse. Si, una vez vencido el plazo de 12 meses, los otros Estados interesados no se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, las disposiciones procedimentales del proyecto de conclusión 21 ya no impedirán al Estado que haya invocado la norma adoptar la medida. Es importante destacar que esta disposición no impone obligación alguna de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia ni establece la competencia obligatoria de esta. En cambio, la disposición impide que el Estado que haya invocado la nulidad adopte las medidas propuestas si los otros Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia. En caso de que se haga tal ofrecimiento de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la nulidad no tendrá derecho a adoptar las medidas propuestas hasta que se resuelva la controversia y de conformidad con la determinación por la Corte de que las medidas están justificadas con arreglo al derecho internacional.

10) El párrafo 5 es una cláusula sin perjuicio. Como se ha explicado anteriormente, el proyecto de conclusión 21 no establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia, ni impone a ningún Estado la obligación de someter un asunto a la Corte o de aceptar la competencia de la Corte. Del mismo modo, el proyecto de conclusión 21 no afecta a ningún fundamento para establecer la competencia que pueda existir en virtud de cualquier otra norma de derecho internacional, como los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención de Viena de 1969 u otras disposiciones de solución de controversias aplicables convenidas por los Estados interesados (incluido el Estado que haya invocado la norma como causa de nulidad).

#### **Cuarta parte** **Disposiciones generales**

##### **Conclusión 22** **Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo**

El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

#### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 22 es una cláusula sin perjuicio. Establece que el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

2) En lo que respecta a su alcance, el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 1, el presente proyecto de conclusiones no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Además de la metodología y el proceso para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el proyecto de conclusiones

<sup>915</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 699 *supra*), pág. 32, párr. 64 (“Lo mismo cabe decir de las relaciones entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y el establecimiento de la competencia de la Corte: el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga aquel carácter, como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí mismo constituir una base para establecer la competencia de la Corte”).

también aborda, en general, las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se trata, entre otras, de las consecuencias para las normas de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los actos unilaterales y las resoluciones, decisiones u otros actos vinculantes de organizaciones internacionales. El contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puede tener en sí consecuencias jurídicas distintas de las consecuencias jurídicas generales señaladas en el presente proyecto de conclusiones. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 22 tiene por objeto indicar que el proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de otro modo de determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) El presente proyecto de conclusiones no se refiere a las consecuencias derivadas de una oposición entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

4) Un caso en el que se ha planteado la cuestión de las consecuencias jurídicas de determinadas normas imperativas es el de las consecuencias de los crímenes cuya comisión está prohibida por normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), como la prohibición del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en particular las posibles consecuencias para la inmunidad y la competencia de los tribunales nacionales. Esas consecuencias no son consecuencias generales de las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), sino que se refieren a determinadas normas imperativas de derecho internacional general. Por tanto, no se abordan en el presente proyecto de conclusiones.

### **Conclusión 23**

#### **Lista no exhaustiva**

Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 1 establece el alcance del presente proyecto de conclusiones al señalar que se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 1 y en el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 22, el presente proyecto de conclusiones es de carácter metodológico y no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no pretende establecer una lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La elaboración de una lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), incluida una lista no exhaustiva, requeriría un estudio detallado y riguroso de muchas posibles normas para determinar, en primer lugar, cuáles de ellas cumplen los criterios establecidos en la segunda parte del presente proyecto de conclusiones y, en segundo lugar, cuáles de las normas que cumplen esos criterios deben incluirse en una lista no exhaustiva. Ello escapa al alcance del ejercicio de elaborar un proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2) Aunque la identificación de determinadas normas que tengan carácter imperativo queda fuera del alcance del presente proyecto de conclusiones, la Comisión ha decidido incluir en un anexo una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas de carácter imperativo. El proyecto de conclusión 23 se refiere a ese anexo. Establece, en primer lugar, que el anexo se entiende sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La expresión “[s]in perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” tiene por objeto indicar que la inclusión de la lista en el anexo no excluye en modo alguno la existencia en la actualidad de otras normas que puedan tener carácter imperativo o la aparición en el

futuro de otras normas que tengan ese carácter. En segundo lugar, el proyecto de conclusión 23 dispone, como afirmación fáctica, que las normas que figuran en el anexo son aquellas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que han obtenido estatus imperativo. Por último, el proyecto de conclusión 23 afirma que la lista que figura en el anexo no es exhaustiva, lo que sirve para destacar el hecho de que esta lista se entiende sin perjuicio de otras normas que tengan el mismo carácter<sup>916</sup>. No es exhaustiva en dos sentidos. No es exhaustiva, en primer lugar, en el sentido de que, más allá de las normas indicadas en la lista, existen o pueden existir otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En segundo lugar, no es exhaustiva en el sentido de que, además de las normas enumeradas en el anexo, la Comisión también se ha referido anteriormente a otras normas como normas de carácter imperativo. Por lo tanto, no se debe considerar que el anexo excluye el carácter imperativo de esas otras normas.

3) El hecho de que el anexo mencionado en el proyecto de conclusión 23 contenga normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente tiene dos implicaciones para la lista. En primer lugar, la formulación de cada norma se basa en una formulación empleada anteriormente por la Comisión. Por lo tanto, la Comisión no ha intentado reformular las normas de la lista. Como se verá en los siguientes párrafos del comentario al proyecto de conclusión 23, en algunos casos la Comisión ha utilizado formulaciones diferentes en sus trabajos anteriores. La segunda implicación es que no se ha intentado definir el alcance, el contenido o la aplicación de las normas señaladas. El anexo se limita a enumerar normas identificadas anteriormente por la Comisión, utilizando las mismas formulaciones y sin tratar de abordar ningún aspecto del contenido de las normas.

4) En sus trabajos anteriores, la Comisión ha utilizado diferentes expresiones para calificar las normas a las que se ha referido. En su comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, utilizó las palabras “ejemplo patente” y “ejemplo”, respectivamente, al referirse a dos de las normas<sup>917</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión se refirió a las normas de su lista como aquellas “claramente aceptadas y reconocidas”<sup>918</sup>, mientras que, en el comentario al artículo 40 de los mismos artículos, utilizó la expresión “se conviene generalmente” para calificar de imperativa la norma de la prohibición de la “agresión”, y dijo que “parece haber un amplio acuerdo” respecto de otras normas enumeradas en ese párrafo<sup>919</sup>.

5) La primera norma que figura en el anexo es la prohibición de la agresión. La Comisión se refirió a la prohibición de la agresión en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>920</sup>. En 1966, la Comisión afirmó que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”<sup>921</sup>. Aunque no es estrictamente un texto de la Comisión en sí, también cabe

<sup>916</sup> Véase también el párrafo 6) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que se habla del carácter no exhaustivo de las normas a que se hace referencia en esos artículos (“Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53. Estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53”).

<sup>917</sup> Véanse los párrafos 1) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>918</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>919</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 40.

<sup>920</sup> *Ibid.* (“Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa”). Véase también el párrafo 5) del comentario al artículo 26 (“Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión”).

<sup>921</sup> Véase el párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, párr. 38. En el párrafo 3) de ese comentario, la Comisión habló del “uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta”.

destacar la labor realizada en 2006 por su Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional. Al igual que en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a la prohibición de la agresión como norma imperativa<sup>922</sup>. El informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, tras referirse a la identificación por la Comisión de la prohibición de la agresión, incluyó “la prohibición del uso agresivo de la fuerza” en su lista de “reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*”<sup>923</sup>.

6) La segunda norma que figura en el anexo es la prohibición del genocidio. La Comisión ha utilizado sistemáticamente la misma formulación para referirse a la prohibición del genocidio en toda su labor al respecto. En particular, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, tanto en el comentario al proyecto de artículo 26 como en el comentario al proyecto de artículo 40, se hace referencia a la prohibición del genocidio<sup>924</sup>. En las conclusiones y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se habla de la prohibición del genocidio<sup>925</sup>.

7) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad es la tercera norma incluida en el anexo. El cuarto párrafo del preámbulo del proyecto de artículos de 2019 sobre los crímenes de lesa humanidad recuerda que “la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>926</sup>. En el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión no se refirió a la prohibición de los crímenes de lesa humanidad por separado, sino a la prohibición de los “delitos contra la humanidad y [la] tortura”<sup>927</sup>. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad también se menciona en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional como una de las “reglas más frecuentemente citadas” para adquirir el rango de *ius cogens*<sup>928</sup>.

8) La Comisión habla de las normas básicas del derecho internacional humanitario, la cuarta norma del anexo, en su comentario al artículo 40 de sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>929</sup>. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a las normas básicas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados<sup>930</sup>. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se habla de “la prohibición de las hostilidades contra la población civil (‘normas básicas del derecho internacional humanitario’)”<sup>931</sup>.

9) La quinta norma del anexo es la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*. La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid* se menciona en el

<sup>922</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>923</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374. Cabe señalar que en el informe del Grupo de Estudio también se hace referencia, como norma específica, al derecho de legítima defensa.

<sup>924</sup> Véanse el párrafo 5) del comentario al artículo 26 y el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>925</sup> Conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 863 *supra*) e informe del Grupo de Estudio (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>926</sup> Preámbulo, proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, capítulo IV del presente informe.

<sup>927</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>928</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>929</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>930</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>931</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.



comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>932</sup>. No obstante, en el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos solo se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial, sin mención alguna del *apartheid*<sup>933</sup>. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*<sup>934</sup>. Sin embargo, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se menciona la prohibición del *apartheid* junto con la tortura, y no se habla de la discriminación racial<sup>935</sup>.

10) El anexo también incluye la prohibición de la esclavitud como sexta norma de la lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a las que la Comisión se ha referido anteriormente. La Comisión se refirió a la prohibición de la esclavitud como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>936</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se hace referencia a la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos<sup>937</sup>. En el comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, por su parte, se habla de la prohibición de la trata de esclavos<sup>938</sup>.

11) La prohibición de la tortura es la séptima norma del anexo. La Comisión se refiere a la prohibición de la tortura en el comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>939</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión habla de la prohibición de los “delitos contra la humanidad y [la] tortura”<sup>940</sup>. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se hace referencia a la prohibición del “*apartheid* y la tortura”<sup>941</sup>.

12) La última norma que figura en el anexo es el derecho a la libre determinación. Al describirla como norma de carácter imperativo, la Comisión, en sus textos en inglés, ha utilizado la formulación “*the right of self-determination*”, aunque a veces ha hablado de “*the right to self-determination*”<sup>942</sup>.

<sup>932</sup> Véase el párrafo 4) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>933</sup> *Ibid.*, párrafo 5) del comentario al artículo 26.

<sup>934</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>935</sup> Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>936</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>937</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 40. Esa es también la formulación empleada en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>938</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>939</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*, párr. 374) también se hace referencia a la prohibición de la tortura como ejemplo de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>940</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>941</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>942</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que la Comisión menciona la “obligación de respetar el derecho a la libre determinación”. Véanse también la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*) y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 857 *supra*), párr. 374. En el párrafo 3)

13) Como se explica en el párrafo 2), la lista no es exhaustiva, no solo en el sentido de que no pretende abarcar todas las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) que puedan existir o que puedan surgir en el futuro, sino también en el sentido de que no refleja todas las normas a las que la Comisión se ha referido de alguna manera como normas de carácter imperativo. Esto incluye las normas que la Comisión ha examinado en sus deliberaciones. Por ejemplo, en el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión se refiere, entre otras cosas, a la prohibición de la piratería y al principio de “igualdad [soberana] de los Estados”, que es un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas<sup>943</sup>. La Comisión también ha hecho referencia al importante papel de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las disposiciones de la Carta que establecen los propósitos y principios de las Naciones Unidas, para el desarrollo de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1976 en relación con el tema “Responsabilidad del Estado”, la Comisión también hizo referencia a las obligaciones “de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”, como normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>944</sup>.

14) Las normas contenidas en el anexo no siguen ningún orden determinado. Su orden no indica en modo alguno una jerarquía entre ellas.

#### Anexo

- a) La prohibición de la agresión;
- b) La prohibición del genocidio;
- c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- f) La prohibición de la esclavitud;
- g) La prohibición de la tortura;
- h) El derecho a la libre determinación.

---

del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión habla del “principio de la libre determinación”. En el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión hace referencia al derecho a la libre determinación.

<sup>943</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>944</sup> Proyecto de artículo 19, párrafo 3 d), del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, Anuario..., 1976, vol. II (segunda parte), pág. 94, leído conjuntamente con los párrafos 17) y 18) del comentario al proyecto de artículo 19 (*ibid.*, págs. 100 y 101).