



Asamblea General

Distr. general
8 de marzo de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio
a 12 de agosto de 2016

Primer informe sobre el *jus cogens*

Preparado por Dire Tladi, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	3
II. Debate sobre el tema en la Sexta Comisión	4
III. Enfoque metodológico	7
IV. Evolución histórica del concepto de <i>jus cogens</i>	9
A. Período anterior a la Segunda Guerra Mundial.....	9
B. Período posterior a la Segunda Guerra Mundial, antes de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	15
V. Naturaleza jurídica del <i>jus cogens</i>	25

* El Relator Especial desea manifestar su agradecimiento a la Fundación Alemana para la Investigación Científica y, en particular, al Profesor Georg Nolte, gracias a cuya generosa invitación el Relator Especial pudo redactar este informe en calidad de becario del Grupo de Investigación Berlín Postdam sobre el Estado de Derecho Internacional de la Universidad Humboldt de Berlín. Agradece particularmente a Julian Kulaga, estudiante auxiliar del grupo de investigación, que voluntariamente tradujo varios de los textos alemanes mencionados en este informe. El Relator Especial también desea agradecer a las siguientes personas por sus invaluable investigaciones sobre diversos aspectos que se tratan en el presente informe: Emily Buist-Catherwood (Universidad de Nueva York); Manar Mohsen (Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra); Mawuse Vormawor (Universidad de Harvard); Tjasa Tanko y Evelyn Mogere (Instituto Max Planck de Derecho Procesal, Luxemburgo); Aniel de Beer (Universidad de Pretoria); Romain Pinchon (Universidad de Aix-Marseille, Consejo de Europa); Marija Đorđeska (Facultad de Derecho George Washington); Christina Hioureas, Amy Belsher y Aldana Rohr (Universidad de Buenos Aires); y Annelize Nienaber (Universidad de Pretoria). También agradece a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos por la ayuda prestada en la investigación del tema, así como a todos los que leyeron las primeras versiones del informe y formularon observaciones.



A.	Lugar del <i>jus cogens</i> en el derecho internacional.....	26
B.	Fundamento teórico de carácter imperativo del <i>jus cogens</i>	33
C.	Elementos básicos del <i>jus cogens</i>	41
VI.	Forma del producto de la labor de la Comisión	49
VII.	Conclusiones	49
	Proyecto de conclusión 1	
	Alcance del tema	49
	Proyecto de conclusión 2	
	Modificación, suspensión y abrogación de las normas de derecho internacional	50
	Proyecto de conclusión 3	
	Naturaleza general de las normas de <i>jus cogens</i>	50
VIII.	Labor futura	50

I. Introducción

1. En su 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema *Jus cogens* en su programa de trabajo a largo plazo¹. La Asamblea General, en su sexagésimo noveno período de sesiones, tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión². En su 67º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar a un Relator Especial. Desde entonces, la Asamblea General ha tomado nota de ello³.

2. Este primer informe tiene dos objetivos primordiales y en él se proponen tres proyectos de conclusión en los que se determina el alcance del tema y se describe la naturaleza general del derecho internacional de *jus cogens*. El primer objetivo del informe es presentar el enfoque general del Relator Especial respecto del tema y, sobre esa base, recabar las opiniones de la Comisión en cuanto al enfoque preferido. El segundo objetivo es ofrecer un panorama general de las cuestiones conceptuales relativas al *jus cogens*. Tanto el enfoque general como las cuestiones conceptuales serán necesariamente provisionales. Será preciso reevaluarlos y quizá ajustarlos a medida que avance la labor sobre el tema. En otras palabras, la labor sobre el tema deberá ser necesariamente fluida y flexible para poder realizar ajustes a medida que avance el proyecto.

3. El primer objetivo del informe tiene que ver con cuestiones metodológicas relacionadas con el examen general del tema, varias de las cuales responden la naturaleza de este. La primera de ellas es el orden cronológico en el que se examinarán las principales cuestiones mencionadas en la sinopsis⁴. La segunda está ligada al distinto valor que se asignará a los diversos materiales. Hay mucha más doctrina que práctica de los Estados o jurisprudencia sobre el tema del *jus cogens*, con lo cual se plantea la cuestión de cómo debería examinar los materiales la Comisión a fin de extraer conclusiones. Hay una tercera cuestión metodológica respecto a si el proyecto debería intentar proporcionar, como se indica en la sinopsis, una lista ilustrativa de normas que actualmente pueden calificarse de *jus cogens* o si sería mejor no incluirla. Por último, el informe abarcará también, como cuestión metodológica, el programa de trabajo.

4. El segundo objetivo, ofrecer un panorama general de las cuestiones conceptuales, es más sustantivo. Tiene que ver, principalmente, con la naturaleza del *jus cogens* y su definición. Si bien hay otras cuestiones conceptuales que se podrían haber tratado en el presente informe, como la relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* y entre el *jus cogens* y la inderogabilidad, el Relator Especial consideró prudente tratar esas cuestiones en informes posteriores. La

¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014), Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), párr. 268 y anexo. El Sr. Andreas Jacovides había presentado anteriormente una propuesta para incluir el tema en el programa de trabajo de la Comisión, la cual se puede consultar en el Anuario ... 1993, vol. II (primera parte), A/CN.4/454, pág. 238.

² Véase el párr. 8 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014.

³ Véase el párr. 7 de la resolución 70/236 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015.

⁴ En la sinopsis se propone examinar cuatro cuestiones principales, a saber: a) la naturaleza del *jus cogens*; b) los requisitos para la identificación del *jus cogens*; c) una lista ilustrativa de normas; y d) las consecuencias o los efectos del *jus cogens*. Véase la nota 1, anexo, párr. 13.

relación entre las obligaciones *erga omnes* y el *jus cogens* se analizará en el marco de las consecuencias o los efectos del *jus cogens*, mientras que la cuestión de las cláusulas de inderogabilidad en los tratados de derechos humanos se tratará en el segundo informe sobre la identificación de normas de carácter imperativo. El presente informe, por tanto, se limita a determinar la naturaleza esencial del *jus cogens*. Esta cuestión se examinará partiendo de un breve estudio histórico del *jus cogens*, la práctica de los Estados, la labor previa de la Comisión, la jurisprudencia y la doctrina. Como ya se ha señalado, a medida que se avance en el proyecto y se evalúen más prácticas, será preciso volver a examinar la cuestión de la definición y, en particular, de la naturaleza del *jus cogens*.

5. Antes de tratar las cuestiones mencionadas y a fin de proporcionar un contexto importante, en la sección II del informe se examinarán brevemente las opiniones vertidas por los Estados en cuanto a la inclusión de este tema en el programa de la Comisión. A continuación, en la sección III del informe, se mencionarán brevemente las cuestiones metodológicas ya señaladas. En la sección IV se reseñará la evolución histórica del *jus cogens*, con miras a determinar su naturaleza actual y sus principales elementos. En la sección V se proporcionará una síntesis general de la naturaleza del *jus cogens* y se ofrecerá una definición de trabajo. En la sección VII se propondrán tres proyectos de conclusión, en tanto en la sección VIII se presentará el futuro programa de trabajo.

II. Debate sobre el tema en la Sexta Comisión

6. Conviene comenzar señalando que, en general, los Estados acogieron con beneplácito la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir el tema, primero, en su programa de trabajo a largo plazo y, posteriormente, en su programa de trabajo actual. Por ejemplo, en 2014, los Estados expresaron su apoyo a la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo en 13 de las 18 declaraciones al respecto, cifra que representa a 48 Estados. Dos Estados fueron ambiguos al respecto. Sin expresar una opinión sobre el tema actual, Polonia propuso un nuevo tema relacionado con el *jus cogens*, el deber de no reconocimiento como lícitas de las situaciones creadas por una violación grave por un Estado de una obligación dimanante de una norma imperativa de *jus cogens*, mientras que el Japón expresó tanto escepticismo como interés en el tema. Solo tres Estados, a saber, Francia, los Países Bajos y los Estados Unidos de América, expresaron dudas en cuanto a si era viable y apropiado que la Comisión tratara el tema⁵.

7. Del mismo modo, en 2015 un gran número de Estados expresó su apoyo en la Sexta Comisión a la inclusión del tema en el programa de la Comisión de Derecho Internacional⁶. Sin embargo, algunos Estados siguieron expresando reservas en

⁵ Estados Unidos “no cree que sea productivo que la Comisión incluya el tema del *jus cogens* en su programa”, A/C.6/69/SR.20, párr. 123. Francia expresó su escepticismo “en cuanto a la posibilidad de llegar a un consenso sobre el tema”, A/C.6/69/SR.22, párr. 37. En opinión de los Países Bajos “resulta difícil determinar una necesidad específica de los Estados en cuanto a la codificación o el desarrollo progresivo de la noción de *jus cogens*”, A/C.6/69/SR.20, párr. 13.

⁶ Véanse, por ejemplo, las declaraciones formuladas por el Ecuador (en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), A/C.6/70/SR.17, párr. 32; el Perú, A/C.6/70/SR.17, párr. 51; Rumanía, A/C.6/70/SR.17, párr. 96; el Reino Unido, A/C.6/70/SR.18, párr. 9; el Japón, A/C.6/70/SR.18, párr. 23, y El Salvador, A/C.6/70/SR.18, párr. 50.

cuanto a la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa⁷. Otros, incluidos los que en general apoyaban el tema, señalaron que la Comisión debía abordarlo con cautela⁸.

8. Un número considerable de Estados señaló que, si bien el concepto de *jus cogens* gozaba de aceptación general, seguía sin estar claro cuál era su alcance y contenido precisos⁹. Muchos de estos Estados opinaron que el estudio que la Comisión hiciera sobre el tema podía ayudar a impartir precisión respecto al derecho internacional relacionado con el *jus cogens*¹⁰. Se echaron de ver, no obstante, algunas diferencias en los aspectos destacados por los oradores. Algunos Estados opinaron que debían examinarse los cuatro elementos enumerados en la sinopsis¹¹. Muchos Estados consideran que la mayor contribución que la Comisión podría ofrecer al estudio del *jus cogens* consistiría en determinar los requisitos para que una norma alcance el rango de norma de *jus cogens*¹².

9. No obstante, se observó una mayor discrepancia en cuanto a si la Comisión debía proporcionar una lista ilustrativa. Varios Estados, incluidos los que en general respaldaban el tema, manifestaron cierta preocupación por la lista ilustrativa. Si bien tomaron nota de que la Comisión había advertido que, por definición, una lista ilustrativa no sería exhaustiva, los Estados nórdicos expresaron su preocupación por que una lista ilustrativa entrañara el riesgo de otorgar de hecho un rango inferior a otras normas igualmente importantes del derecho internacional¹³. En el mismo sentido, España señaló que la elaboración de una lista, por mucho que se indicara el carácter meramente ilustrativo de esta, acabaría considerándose *numerus clausus*¹⁴. En su declaración, Sudáfrica planteó la cuestión de si una lista ilustrativa, aunque fuera

⁷ Además de los tres Estados que expresaron reservas en el sexagésimo noveno período de sesiones, véase la declaración de Israel, A/C.6/70/SR.18, párr. 6. Véase también la declaración de China, A/C.6/70/SR.18, párr. 19, en la que solicita a la Comisión que “recopil[e] información sobre la práctica de los Estados antes de emprender un estudio en profundidad del tema”.

Véanse, también, las declaraciones de los Países Bajos, A/C.6/70/SR.17, párr. 78; Francia, A/C.6/70/SR.20, párr. 25, y los Estados Unidos, A/C.6/70/SR.19, párr. 17.

⁸ Véase, por ejemplo, la declaración de España, A/C.6/70/SR.18, párr. 60.

⁹ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Austria, A/C.6/69/SR.19, párr. 110; Finlandia (en nombre de los Estados nórdicos), A/C.6/69/SR.19, párr. 86; el Japón, A/C.6/69/SR.20, párr. 50, y la República Eslovaca, A/C.6/69/SR.20, párr. 76. Sudáfrica afirmó que “el concepto de las normas de *jus cogens* es impreciso”, A/C.6/69/SR.20, párr. 109. Francia observó que existía “desacuerdo sobre los fundamentos teóricos del *jus cogens*, [y que] los desacuerdos sobre su ámbito de aplicación y su contenido siguen siendo generalizados”, A/C.6/69/SR.22, párr. 36.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la declaración de los Estados nórdicos, *ibid.*, párr. 86. Véanse, también, las declaraciones del Reino Unido (“La labor de la Comisión contribuirá a esclarecer lo que engloba el concepto de *jus cogens* (e, igualmente importante, lo que no)”, A/C.6/69/SR.19, párr. 178; El Salvador, A/C.6/69/SR.20, párr. 91; Sudáfrica, *ibid.*, párr. 109; Nueva Zelanda, A/C.6/69/SR.20, párr. 33, y Chipre, A/C.6/69/SR.24, párr. 69).

¹¹ Véanse, por ejemplo, la declaración de Austria (nota 5), párr. 110, y la del Reino Unido, *ibid.*, párr. 178. Véase también la declaración de Rumania, A/C.6/69/SR.19, párr. 146.

¹² Véase la declaración de Sudáfrica (nota 9), párr. 109. Véase también la declaración de los Estados nórdicos (nota 9), párr. 86 (La labor futura de la Comisión sobre el tema podría contribuir a “aclarar exactamente el contenido jurídico del *jus cogens*, incluido el proceso por el que las normas internacionales podrían considerarse normas imperativas”). Si bien no apoyaron el proyecto, los Países Bajos señalaron que “[q]uizá sería útil proporcionar un panorama amplio de la forma en que se determina que cierta norma adquiere carácter de *jus cogens*”, declaración de los Países Bajos (nota 5), párr. 14.

¹³ Declaración de los Estados nórdicos (nota 9), párr. 87.

¹⁴ Declaración de España, A/C.6/69/SR.21, párr. 42.

fiable en el momento de su publicación, con el tiempo perdería exhaustividad¹⁵. No obstante, varios Estados consideraron que la preparación de una lista ilustrativa sería una contribución importante al derecho internacional. Eslovaquia afirmó que “espera con interés que las normas de *jus cogens* se determinen”¹⁶. Austria también propuso que la Comisión “establezca una lista ilustrativa de las normas que han alcanzado la condición de *jus cogens*”¹⁷. Para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, además de determinar qué normas habían alcanzado el rango de *jus cogens*, igualmente importante era determinar cuáles no lo habían hecho¹⁸. Nueva Zelandia, por su parte, adoptó una actitud de espera y señaló que la labor básica respecto a los requisitos para que una norma alcanzara el rango de *jus cogens* podía “servir de base para evaluar si sería productivo elaborar una lista ilustrativa de normas que hayan alcanzado la condición de *jus cogens*, una tarea que resulta más difícil aún”¹⁹.

10. Muchas delegaciones reflexionaron sobre la expansión de la jurisprudencia referente al tema del *jus cogens*. En la declaración que formuló en nombre de los Estados nórdicos, Finlandia se refirió a las decisiones “en los planos internacional y nacional” en las que se invocaba el *jus cogens*²⁰. Se consideró que, al examinar el tema, la Comisión ayudaría a los jueces, especialmente los de los tribunales nacionales, a comprender el concepto de *jus cogens*, que se invocaba cada vez más²¹. No obstante, la cuestión de la práctica judicial plantea un importante interrogante en cuanto a la metodología a seguir. Algunos Estados propusieron que el examen del tema se basara en la práctica pertinente de los Estados, y no en la práctica judicial. Justamente, la declaración formulada por los Estados Unidos, en la que manifestó que no apoyaba el proyecto, descansaba en la noción de que, si bien la sinopsis del tema presentaba un panorama general útil del tratamiento del *jus cogens* por la Corte Internacional de Justicia, hacía referencia a algunos ejemplos de la práctica de los Estados²². Esto podría indicar que, si la Comisión emprendía efectivamente un estudio del tema, este debería basarse en la práctica real de los Estados y no únicamente en su práctica judicial. Otros Estados, en particular los Estados nórdicos, opinaron que el examen del tema debería basarse en la práctica judicial, en particular en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia²³.

11. La mayoría de los Estados reconocieron que, dada la importancia del tema, era preciso que la Comisión lo abordara con cuidado y delicadeza. Trinidad y Tabago, por ejemplo, si bien acogió con beneplácito la inclusión del proyecto en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, destacó que este debía “abordarse con el

¹⁵ Declaración de Sudáfrica (nota 9), párr. 113.

¹⁶ Declaración de la República Eslovaca (nota 9), párr. 76.

¹⁷ Declaración de Austria (nota 9), párr. 110.

¹⁸ Declaración del Reino Unido (nota 10), párr. 178.

¹⁹ Declaración de Nueva Zelandia, (nota 10), párr. 33.

²⁰ Declaración de los Estados nórdicos (nota 9), párr. 85. Para consultar otras declaraciones que sugieren que existe jurisprudencia relativa al *jus cogens*, véanse las declaraciones de Sudáfrica (nota 9), párrs. 108 a 110; la República de Corea, A/C.6/69/SR.20, párr. 46, y los Estados Unidos (nota 5), párr. 123.

²¹ Véanse las declaraciones de los Estados nórdicos (nota 9), párr. 85, y Sudáfrica (nota 9), párr. 86. Véase también la declaración de Rumania (nota 11), párr. 146.

²² Véase la declaración de los Estados Unidos (nota 5), párr. 123.

²³ Véase la declaración de los Estados nórdicos (nota 9), párr. 85.

debido cuidado y cautela”²⁴. El Relator Especial coincide con esa advertencia y pondrá sumo cuidado para que sus informes reflejen la práctica actual y no se aparten del tema adentrándose en teorías que no han sido corroboradas. En particular, cabe destacar que el estudio del tema que llevará adelante la Comisión no tendrá como finalidad resolver debates teóricos, aunque necesariamente habrán de mencionarse, sino más bien formular un conjunto de conclusiones que reflejen el estado actual del derecho internacional en lo que se refiere al *jus cogens*.

III. Enfoque metodológico

12. En la sinopsis se mencionan cuatro elementos sustantivos que examinará la Comisión, a saber, la naturaleza del *jus cogens*, los requisitos para que una norma alcance el rango de *jus cogens*, la creación de una lista ilustrativa de normas de *jus cogens* y las consecuencias o los efectos del *jus cogens*. De alguna manera, todas estas cuestiones están relacionadas entre sí. Sin duda alguna, la naturaleza del *jus cogens* repercutirá en los requisitos. Los fundamentos teóricos del *jus cogens* incidirán en las reglas aplicables para que una norma alcance el rango de *jus cogens*. Es de presumir que un enfoque iuspositivista, por ejemplo, esté vinculado con la denominada “teoría del doble consentimiento”²⁵, mientras que un enfoque iusnaturalista probablemente se funde en valores ajenos a la voluntad de los Estados²⁶. Además, tanto la naturaleza del *jus cogens* como los requisitos para que una norma alcance el rango de *jus cogens* son elementos fundamentales para determinar qué normas constituyen *jus cogens*. No obstante, mucho podría aprenderse acerca de la naturaleza y los requisitos del *jus cogens* si se analizaran algunas normas que cumplen los requisitos para considerarlas *jus cogens*. Como se verá claramente en el presente informe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define el *jus cogens* en función de sus consecuencias: se trata de una “norma que no admite acuerdo en contrario”²⁷. Por tanto, la cuestión de las consecuencias influye también en los otros tres elementos y estos, a su vez, influyen en ella.

13. La interrelación que existe entre los elementos mencionados en la sinopsis plantea un interrogante metodológico en cuanto a saber qué secuencia se ha de seguir durante el estudio del tema. Bien podría decirse que la cuestión de la secuencia depende de si se adopta un enfoque deductivo o inductivo. En opinión del Relator Especial, es innecesario adoptar un enfoque firme sobre esta cuestión

²⁴ Declaración de Trinidad y Tabago, A/C.6/69/SR.26, párr. 118. Véanse, también, las declaraciones del Japón, A/C.6/69/SR.20, párr. 50 (“Por lo tanto, la [Comisión] debe proceder con prudencia y sobre bases sólidas”); Nueva Zelandia, (nota 10), párr. 33 (en la que pidió “que la Comisión realizara un examen detenido y detallado”); y la República de Corea (nota 20), párr. 46.

²⁵ Véase, por ejemplo, Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, 1988), pág. 12 (“El art. 53 requiere el ‘doble consentimiento’”). Véase Jure Vidmar, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?” en Erika de Wet y Jure Vidmar (compiladores), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, 2012), pág. 25.

²⁶ Véase, por ejemplo, Mark Janis, “The Nature of Jus Cogens” en Larry May y Jeff Brown (compiladores), *Philosophy of Law: Classical and Contemporary Readings* (Chichester, 2010).

²⁷ Art. 53 de la Convención de Viena. Véase Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens* (Oxford, 2015), pág. 2 (“En otras palabras, el *jus cogens* se define a partir de una característica particular de la norma en cuestión, es decir, el hecho jurídico de que es inderogable”).

metodológica. Más bien, reconociendo la interrelación que existe entre los elementos, el Relator Especial tiene previsto adoptar un enfoque flexible y fluido. En ocasiones, será preciso volver a examinar los proyectos de conclusión que se hayan propuesto o aprobado, teniendo en cuenta las nuevas conclusiones derivadas del análisis posterior de otros elementos. Para evitar complicaciones inútiles, los proyectos de conclusión pueden adaptarse antes de su adopción en primera lectura. Teniendo esto en cuenta, el Relator Especial tiene previsto analizar los elementos siguiendo la secuencia propuesta en la sinopsis.

14. Una de las cuestiones metodológicas que surge de los debates de la Sexta Comisión es la relativa a saber si la labor de la Comisión de Derecho Internacional debería basarse en la jurisprudencia, la doctrina o la práctica de los Estados. Como se indicó anteriormente, la cuestión de la importancia de la práctica de los Estados podría explicar, al menos en parte, la renuencia de algunos Estados a acoger plenamente el tema²⁸. En opinión del Relator Especial, no hay necesidad de apartarse del método de trabajo habitual de la Comisión, que debería seguir la práctica habitual de examinar una variedad de materiales y fuentes de manera integrada. Como de costumbre, la Comisión se aproxima al tema realizando un análisis exhaustivo de la práctica de los Estados en todas sus formas²⁹, la práctica judicial, la doctrina y cualquier otro material pertinente. Al igual que con otros temas, la Comisión deberá determinar el valor que se corresponde asignar a los diversos materiales.

15. Como ya se ha señalado, las delegaciones expresaron opiniones divergentes en el seno de la Sexta Comisión en relación con la propuesta de elaborar una lista ilustrativa. Algunos Estados manifestaron su preocupación por el hecho de que una lista ilustrativa, por más que la Comisión explicara claramente que se trataría de una lista meramente ilustrativa, de todos modos terminaría considerándose exhaustiva. Sin embargo, el Relator Especial opina que la Comisión no debería abstenerse de elaborar una lista ilustrativa simplemente porque, a pesar de las claras explicaciones en contrario, esta pudiera malinterpretarse y considerarse exhaustiva.

16. No obstante, podría haber otros motivos para reconsiderar la elaboración de la lista ilustrativa. El tema, como se propone en la sinopsis, está intrínsecamente relacionado con el proceso y la metodología, más que con el contenido de reglas y normas concretas. En otras palabras, al igual que el examen del tema del derecho internacional consuetudinario que lleva adelante la Comisión, no está orientado a las normas sustantivas. El presente tema se refiere más bien al proceso para determinar qué normas constituyen *jus cogens* y cuáles son sus consecuencias. Una lista ilustrativa podría tener el efecto de desdibujar la naturaleza del tema, orientado fundamentalmente al proceso, al desviar el debate hacia la condición jurídica de normas concretas, en lugar de centrarse en determinar los requisitos y los efectos del *jus cogens* en general.

²⁸ Véase la declaración de los Estados Unidos (nota 5), párr. 123.

²⁹ Con arreglo al proyecto de conclusión 6 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobado por el Comité de Redacción, las “formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento relativo a las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento relativo a los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento relativo a operaciones ‘sobre el terreno’; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales”. Véase A/CN.4/L.869.

17. No obstante, incluso si no se elabora una lista ilustrativa, sería preciso que la Comisión proporcionara ejemplos de normas de *jus cogens*, a fin de dar cierta orientación acerca de qué normas constituyen *jus cogens*. En otras palabras, al abarcar diversos elementos del tema, como la naturaleza del *jus cogens*, los criterios para que una norma alcance el rango de *jus cogens* y las consecuencias del *jus cogens*, la Comisión tendría que mencionar, en los comentarios, ejemplos que confirmaran sus conclusiones. De esta manera, habría una lista ilustrativa, aunque sea indirectamente. Al concluir su examen del tema, la Comisión podría incluso decidir recopilar los ejemplos utilizados en los comentarios de las normas de *jus cogens* e incluirlos en un anexo a modo de compilación ilustrativa de las normas mencionadas. El Relator Especial agradecería recibir las opiniones de la Comisión, y en efecto de los Estados Miembros, sobre esta importantísima cuestión. En particular, los comentarios podrían centrarse en si corresponde o no incluir dicho anexo, y si se decidiera incluir ese anexo, en cómo determinar a qué ejemplos hacer referencia, por ejemplo, si solo a las normas que la Comisión consideró cumplían los criterios de *jus cogens*, a todas las normas utilizadas por la Comisión para ejemplificar aspectos del *jus cogens* o a las normas mencionadas en sentencias en las que se hubiera basado la Comisión.

IV. Evolución histórica del concepto de *jus cogens*

A. Período anterior a la Segunda Guerra Mundial

18. La naturaleza del *jus cogens* en el derecho internacional actual está determinada por una historia que podría considerarse abundante. Algunos autores consideran que el nacimiento del *jus cogens* en el derecho internacional se remonta a la primera mitad del siglo XX, y a menudo hacen referencia a la influyente obra de Alfred Verdross³⁰. Sin embargo, tanto el concepto, o la noción, como el principio de que el derecho internacional contiene en su seno las normas fundamentales inderogables, se remota a mucho más tiempo atrás³¹. En este sentido, es necesario

³⁰ Markus Petsche, “*Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order*” (2010), *Penn State International Law Review*, vol. 29, págs. 233 y ss., en especial págs. 238 y 239. Véase, también, Levan Alexidze, “The Legal Nature of *Ius Cogens* in Contemporary International Law” (1981-III), *Recueil de Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 172, págs. 229 y ss., en especial pág. 228, quien señala que “en la teoría del derecho internacional el término *jus cogens* surgió hace relativamente poco tiempo (desde el comienzo de la década de los años treinta)”. Véase Alfred Verdross, “Forbidden Treaties in International Law” (1937), *American Journal of International Law*, vol. 31, págs. 571 y ss. Sin embargo, véase Paul B Stephan, “The Political Economy of *Jus Cogens*” (2011), *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, págs. 1073 y ss., en especial pág. 1081, nota 21, quien indica que la referencia más antigua al *jus cogens* en la base de datos de Westlaw corresponde a Ernest G Lorenz, “Commercial Arbitration – International and Interstate Aspects” (1934), *Yale Law Journal*, vol. 43, págs. 716 y ss. Véase, también, Jochen Frowein, “*Ius Cogens*” en Rudiger Wolfrum (compilador), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2012, edición en línea), pág. 1, quien afirma que “desde la perspectiva del derecho internacional de la primera parte del siglo XX, el *jus cogens* parecía prácticamente inconcebible, puesto que en ese momento la voluntad de los Estados era considerada primordial”.

³¹ Para conocer la historia pormenorizada del concepto, o la noción, y la expresión *jus cogens*, véase Carnegie Endowment for International Peace “The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law” en *Papers and Proceedings: Report of a Conference in Lagonisi, Grecia, abril de 1966* (Ginebra, 1976), pág. 18.

hacer una salvedad. Si bien el análisis histórico que figura a continuación podría ser importante, en cierta medida, al momento de determinar algunos elementos del *jus cogens*, la principal finalidad de esta reseña histórica es únicamente la de determinar qué fenómenos han contribuido a la evolución del *jus cogens*. Algunos de estos fenómenos, aunque tal vez se le parezcan, no constituyen *jus cogens* y no debe llegarse a la conclusión de que son, en sí mismos, ejemplos de normas imperativas del derecho internacional, sino que más bien han sentado las bases para la aceptación de las normas imperativas en el derecho internacional.

19. Al parecer, la noción de normas jurídicas inderogables tiene sus antecedentes en el derecho romano clásico. El propio término *jure cogente* (*jus cogens*) apareció por primera vez, aunque en un contexto diferente, en el *Digesto* de Justiniano³². Sin embargo, el concepto mismo de normas inderogables se remonta al derecho romano. En varios pasajes del *Digesto* figura la observación “*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”, que literalmente significa “el derecho público no puede modificarse por pactos privados”³³. Según Kaser, la expresión “*jus publicum*” tiene un significado más amplio que “derecho público” y se refiere a todas aquellas normas que las personas no pueden dejar de lado mediante acuerdo separado³⁴. Dicho de otra manera, el *jus publicum* se refería a las normas que no podían derogarse, ni siquiera por acuerdo, esto es, lo que podría denominarse *jus cogens*³⁵. Del mismo modo, el Código de Justiniano afirma: “*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*”³⁶, que significa “los acuerdos contrarios a las leyes o las constituciones, o contrarios a las buenas costumbres, carecen de validez”. La idea de que los acuerdos contrarios a las buenas costumbres carecen de validez incidió en el nacimiento del *jus cogens*.

20. En un informe de 1965 preparado por juristas de renombre, entre ellos Eric Suy, se afirma que la expresión *jus cogens* no se encuentra “en ningún texto anterior al siglo XIX”, pero que la noción de un derecho superior, e inderogable, aparece “como hilo conductor a lo largo de toda la teoría y filosofía del derecho”³⁷. En el informe se indica que la expresión *jus cogens* fue utilizada por primera vez por los pandectistas, un movimiento alemán del siglo XIX dedicado al estudio del *Digesto* de Justiniano (también conocido como pandectismo o pandectística), quienes consideraron “evidente la diferencia entre *jus cogens* y *jus dispositivum*”³⁸.

21. Sin embargo, la idea de que existen algunas normas de derecho internacional que se aplican independientemente de la voluntad de los Estados existía mucho antes del siglo XIX y a menudo se atribuye a juristas como Hugo de Groot (comúnmente conocido por los juristas internacionales como “Grocio”), Emer de Vattel y Christian Wolff³⁹. Esos juristas representaban el pensamiento del derecho

³² Véase D. 39.25 Pr 1.29, en el que Papiniano afirma: “*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*” (que más o menos podría traducirse así: “Se entiende como donado todo aquello que se concede sin que el Derecho obligue a hacerlo”).

³³ D. II 14.38. La cita también figura en D. XI 7.

³⁴ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Múnich, 1955), págs. 174 y 175.

³⁵ Carnegie Endowment (nota 31), pág. 18.

³⁶ *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus*, 2.3.6.

³⁷ Carnegie Endowment (nota 31), pág. 19.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Véase Alexidze (nota 30), pág. 228, que señala: “los padres de la ciencia burguesa del derecho internacional, a saber, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Ayala Balthazar, Alberico Gentili

natural, el cual a su vez se remonta a la filosofía griega, que presuponia la existencia de un “conjunto de leyes” que era “fundamental e inalterable y a menudo no escrito”⁴⁰. El primer capítulo del primer libro de *De Jure Belli Ac Pacis*, de Grocio, está repleto de referencias al derecho inmutable, que, en su opinión, era el derecho natural⁴¹. En un pasaje citado a menudo, Grocio afirmó que “la ley natural es tan inalterable que ni Dios mismo puede modificarla. Así, pues, como ni Dios puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea”⁴². Grocio no solo señala que la ley natural es inmutable, sino que es también “justa” y “universal”⁴³. Vattel, basándose en la doctrina de Grocio, afirma que “el derecho natural necesario es inmutable” y que, por ello, los Estados “no pueden introducir ningún cambio en él mediante sus convenciones, prescindir de él en su propia conducta, ni eximirse recíprocamente de su observancia”⁴⁴. Señala, asimismo, que este “es el principio por el que podemos distinguir las convenciones o los tratados legítimos de los ilegítimos, y las costumbres inocentes y racionales de las que son injustas o censurables”⁴⁵. Los pensadores del derecho natural, que dominaron el panorama de la doctrina del siglo XVII, aceptaron sin inconveniente la idea de que el derecho natural era inmutable y que el derecho positivo (el derecho de los tratados y el derecho internacional consuetudinario) debía estar en consonancia con el derecho natural⁴⁶.

22. Con el auge del enfoque positivista del derecho internacional en el siglo XIX nació el concepto de la soberanía y la voluntad de los Estados como teoría dominante para comprender el derecho internacional y su fuerza vinculante⁴⁷. A su vez, las teorías del derecho natural, y con ellas la noción del derecho inmutable,

y Hugo Grocio, subrayaron el carácter imperativo de las normas del derecho natural, ubicándolo por encima del derecho positivo”. Véase, también, A. Jacovides, “Treaties Conflicting with Peremptory Norms of International Law and the Zurich-London Agreement” en Andrew Jacovides (compilador), *International Law and Diplomacy* (La Haya, 2011), pág. 18.

⁴⁰ Para conocer toda la historia de la evolución del *jus cogens*, véase Lord Lloyd of Hampstead y M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (Londres, 1985), págs. 106 y ss.

⁴¹ Hugo Grocio, *The Rights of War and Peace in Three Books* (París, 1652, traducido por J Barbeyrag, 1738).

⁴² *Id.*, Libro 1, Capítulo I, Sección X.5. Véase, también, Libro 1, Capítulo I, Sección XVII (“de ello se desprende que lo que la ley permite no puede ser incompatible con el derecho natural”).

⁴³ *Id.*, Libro 1, Capítulo I, Sección XVII.1 (“dado que el derecho natural [...] es perpetuo e inmutable, nada podría ordenar Dios, quien puede ser injusto, que fuera contrario a este derecho”); Libro 1, Capítulo I, Sección X.6 (“aunque el derecho natural, que siempre es el mismo, no cambia, aquello que el derecho determine [podría ser objeto de algunos cambios]”); Libro 1, Capítulo I, Sección III.1 (“Ahora bien, es injusto aquello que se opone a la naturaleza de la sociedad de las criaturas razonables”); Libro 1, Capítulo I, Sección XII (“El derecho natural, [el cual] suelen considerar [universal] todas o, al menos, la mayoría de las naciones civilizadas. Puesto que para que exista un efecto universal se requiere una causa universal. Y no puede asignarse a esta opinión general ninguna otra causa más que la denominada sentido común”).

⁴⁴ Emer de Vattel, *Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (1758, traducido por C. G. y J. Robinson, Londres, 1797), párr. 9.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Véase J.L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford, sexta edición, editada por Humphrey Waldock, 1963), págs. 18 a 20.

⁴⁷ Respecto al auge del positivismo en el derecho internacional y su influencia en la legislación, véase Dire Tladi y Polina Dlagnekova, “The Will of the State, State Consent and International Law: Piercing the Veil of Positivism” (2006), *SA Public Law*, vol. 21, págs. 111 y ss., en especial págs. 112 y ss.

fueron pasando gradualmente a un segundo plano. No obstante, los enfoques iusnaturalistas del derecho internacional, incluso en la era del positivismo, no se habían erradicado por completo y podían detectarse en la bibliografía jurídica de los siglos XIX y XX⁴⁸. Hannikainen hace referencia a juristas que, en el siglo XIX, se basaron en ideas del derecho natural, o al menos en elementos ajenos al derecho positivo, así como aquellos que tomaron del derecho positivo la idea de que existían normas de derecho internacional que amparaban los intereses de la comunidad internacional y que no podían dejarse de lado, es decir, que eran inderogables⁴⁹. Por otra parte, incluso con el auge del positivismo, persistía la idea de que había ciertas reglas que promovían el interés común⁵⁰. Con ese fin, Alexidze señala que los “positivistas de los siglos XIX y XX, con excepción de los más radicales, no aceptaban la total autonomía de voluntad de los Estados que celebraban un tratado y consideraban que los principios básicos del derecho internacional ‘reconocidos universalmente por los Estados civilizados’ tenían carácter imperativo”⁵¹. En 1880, Georg Jellinek afirmó que un tratado puede ser inválido si sus obligaciones son imposibles de cumplir y que la imposibilidad puede ser tanto física como moral⁵².

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico* (México, 1982), págs. 5 y 6, en el que se hace referencia a la doctrina de Christian Friedrich Glück y Bernhard Windscheid.

⁴⁹ Hannikainen (nota 25), págs. 45 a 48. Según Hannikainen, entre los juristas que proponen explicaciones del derecho natural, o basadas en este, para las normas inderogables, cabe destacar a Phillimore, *Commentaries upon IL*, vol. I y II (1879); Von Martens, *Precis de Droit de gens* (1864), y Kolhler, *Grundlagen des Volkerrechts* (1918), y, entre los juristas que explican la noción de normas obligatorias basándose en doctrinas del derecho positivo, cabe destacar a Ottfried Nippold, *Der Völkerrechtliche Vertrag – seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das international recht* (1894).

⁵⁰ Hannikainen (nota 25), pág. 35. Véase, también, Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise* (Londres, 1905), pág. 528 y William Hall, *A Treatise on International Law* (octava edición, 1924, publicado originalmente en 1884), págs. 382 y 383 (en el que afirma que “los principios fundamentales del derecho internacional” podrían “invalidar [...], o al menos tornar anulables” acuerdos internacionales contradictorios). Véase, también, Christian Tomuschat, “The Security Council and *Jus Cogens*” en Enzo Cannizzaro (compilador), *The Present and Future of Jus Cogens* (Roma, 2015), pág. 11, quien afirma con más cautela que “incluso durante el siglo XIX, cuando las justificaciones del derecho natural se habían abandonado definitivamente y se arraigaba cada vez más la doctrina del positivismo, en el sentido de que el derecho internacional nace de la voluntad coordinada de los Estados, algunos autores sostuvieron que existía una serie de normas jerárquicamente superiores que limitaba la facultad de los Estados de celebrar tratados”.

⁵¹ Véase Alexidze (nota 30), pág. 229. Véase, por ejemplo, Antoine Pillet, “Le Droit International Public, Ses Éléments Constitutifs, Son Domaine, Son Object” (1894), *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 1, págs. 1 y ss., en especial pág. 20, quien invoca “un derecho absoluto e imperativo”, que constituye “el derecho común de la humanidad”. Antoine Pillet (págs. 13 y 14) no equipara este derecho común de la humanidad con el derecho natural clásico, en parte debido a “la práctica de las naciones siempre ha reconocido y observado” el derecho común de la humanidad). Véase también Antoine Rougier, “La Théorie de l’intervention d’humanité” (1910), *Revue Générale de Droit International Public*, pág. 468, cuya postulación sobre “la existencia de una norma de derecho superior al derecho positivo: el derecho humano” podría parecer una invocación del derecho natural, afirma que la noción de derecho natural más moral que jurídica no permitía lograr la suficiente precisión para determinar qué actos están permitidos o prohibidos por la norma suprema”.

⁵² Georg Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag Zur Juristischen Construction des Volkerrechts* (Viena, 1880), págs. 59 y 60. (“[...] solo puede concluirse un tratado si existe una causa admisible. La razón por la que únicamente se debe desear lo legal y moralmente posible deriva fundamentalmente de la idea de que al permitir que lo jurídica y

En *The Pure Theory of Law*, Hans Kelsen explica acertadamente esta ambivalencia del positivismo frente al ideal de un “derecho inmutable”⁵³. Otfried Nippold, por ejemplo, reconoce que los tratados inmorales, como aquellos que permiten la esclavitud, serían inválidos en el derecho internacional⁵⁴. Sin embargo, esta conclusión se basa enteramente en el derecho positivo y los tratados vigentes⁵⁵. Tras analizar la doctrina de la época anterior al término de la Segunda Guerra Mundial, el propio Hannikainen formula la siguiente observación acerca de la noción de normas imperativas:

no puede concluirse que la doctrina ofrecía indicios de peso en cuanto a la ilicitud o invalidez de los tratados con un objeto ilícito. No obstante, se insistió mucho en la ilicitud o invalidez de estos tratados, lo cual pone de manifiesto la convicción de muchos juristas de que había ciertas normas de carácter absoluto que protegían los intereses comunes vitales de los Estados y el orden internacional y que podían derogarse⁵⁶.

23. La esencia del enunciado es que, si bien había muchas afirmaciones doctrinales sobre la ilicitud de los tratados fundamentadas en normas inderogables, había pocos ejemplos provenientes de la práctica de los Estados que corroboraran esas afirmaciones. No obstante, el relato de Hannikainen parece indicar que los escritos en los que se propone la inderogabilidad disminuyeron, tanto en términos de cantidad como de intensidad⁵⁷. Aunque puede que esto sea cierto, el propio Hannikainen señaló que ya en el siglo XIX “la prohibición de la piratería era una norma profundamente arraigada y los piratas se consideraban *hostis humani generis* (enemigos de la humanidad)”⁵⁸. Por consiguiente, se puede suponer que los Estados no podían concertar, ni siquiera en esa etapa, tratados dirigidos a facilitar la perpetración de la piratería. En cuando a la ejecución de tratados inmorales concluidos a lo largo de la historia como práctica de los Estados, Jellinek señala que “el efecto jurídico que de ello se deriva es tan insignificante como el efecto jurídico derivado, en el derecho privado, de la conclusión y ejecución de una infinidad de

moralmente imposible se incluya en el tratado se quita todo sustento al derecho internacional. Toda injusticia en el derecho internacional podría alcanzar el rango de ley si se le confiere el carácter de contenido jurídicamente vinculante de un tratado y [...] el derecho internacional en su conjunto podría convertirse en nada más que un espejismo. En lo que respecta a lo moralmente posible, su permisibilidad exclusiva como contenido de un tratado se deriva del carácter ético del derecho, el cual por su naturaleza no debe aprobar lo que la ética rechaza por completo”). Véase, también, Tomuschat (nota 50), pág. 11, que analiza la obra de Wilhelm Heffter, quien también se basó en la imposibilidad jurídica y moral como fundamento de derecho positivo para la invalidez de los tratados.

⁵³ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts* (1934), traducción de Charles H Wilson en *The Law Quarterly Review* (1934), vol. 50, págs. 474 y ss., en especial págs. 483 y 484 (Capítulo II, párr. 10) (“Ya no se presupone que el derecho sea, ciertamente, una categoría eterna o absoluta [...] La idea de un valor jurídico absoluto, no obstante, no se ha perdido, sino que subsiste en la noción ética de la justicia a la que sigue aferrándose la filosofía positivista [...] La ciencia del derecho aún no es completamente pero si predominantemente positivista”).

⁵⁴ Nippold (nota 49), pág. 187.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 187. “Los ejemplos, que deberían demostrar la validez de estos argumentos en virtud del derecho internacional, solo deben tomarse de tratados positivos. En cuanto se empieza a inventar ejemplos, se empieza a predicar - derecho natural”.

⁵⁶ Hannikainen (nota 25), págs. 48 y 49.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 36.

contratos que no son éticos”⁵⁹. Por tanto, incluso a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, antes de la Primera Guerra Mundial, época dominada por el derecho positivo, al parecer se aceptaba, al menos en la doctrina, la noción de normas que los Estados no podían dejar de lado mediante acuerdo.

24. Tras la Primera Guerra Mundial, resurgió la doctrina de las normas de mayor jerarquía. La aprobación del Pacto de la Sociedad de las Naciones tuvo gran importancia para la incorporación de la noción de normas inderogables como una importante corriente de pensamiento del derecho internacional. Hannikainen, por ejemplo, ofrece ejemplos de normas imperativas, o algo similar, al referirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones⁶⁰. Hay, naturalmente, una serie de disposiciones del Pacto que evocan nociones de imperatividad, lo cual no significa que constituyan *jus cogens*⁶¹. En primer lugar, como se desprende de la evolución histórica descrita, la idea de “comunidad” o “interés común” es un elemento importante para comprender el concepto de inderogabilidad, se base este en ideas del derecho natural o del derecho positivo. El artículo 11 del Pacto establece que “toda guerra o amenaza de guerra [...] interesa a la Sociedad entera”. Lo que es más importante, el artículo 20 dispone que el Pacto deroga toda obligación incompatible con sus términos y que sus miembros se comprometen a “no contraer” compromisos que sean incompatibles con los términos del Pacto. Por tratarse de una norma convencional, aplicable únicamente a las partes en el tratado y susceptible de ser modificada e incluso derogada por cualquier acuerdo posterior, el artículo 20 no podría proponerse como ejemplo de imperatividad, al menos en el sentido clásico del *jus cogens*. No obstante, se trata de un ejemplo importante de la evolución de la práctica de los Estados en lo que se refiere a la inderogabilidad basada en valores fundamentales de la comunidad internacional. En el período de entreguerras, Alfred Verdross plasmó esta evolución en su famoso artículo sobre los tratados prohibidos. Basando su enfoque en el derecho natural, afirmó que “ningún ordenamiento jurídico puede [...] admitir tratados entre sujetos jurídicos, que sean evidentemente contrarios a la ética de una determinada comunidad”⁶². De hecho, Verdross, que también fue miembro de la Comisión, afirmó que este artículo influyó en los textos de la Comisión sobre *jus cogens* en el proyecto de artículos⁶³. Stephan señala que fueron los horrores de la Segunda Guerra Mundial, y en particular las atrocidades cometidas por los nazi, lo que llevó a los juristas a “abordar el concepto de *jus cogens* como medio de lidiar” con estas atrocidades.⁶⁴

25. Además de la doctrina, y la escasa práctica de los Estados mencionada por Hannikainen, también hubo alguna práctica judicial que hacía referencia a las normas imperativas. En el voto que emitió en la *causa Oscar Chinn*, tramitada ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1934, el Magistrado Schücking se refirió expresamente al *jus cogens*⁶⁵. Determinó que un tratado era inválido por contradecir otra norma del derecho internacional, recogida en la Ley General de

⁵⁹ Jellinek (52), pág. 59.

⁶⁰ Hannikainen (nota 25), págs. 114 a 116.

⁶¹ Pacto de la Sociedad de las Naciones, aprobado en París el 29 de abril de 1919.

⁶² Verdross (nota 30), pág. 572.

⁶³ Véase Alfred Verdross, “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*” (1966), *American Journal of International Law*, vol. 60, págs. 55 y ss., en especial pág. 55.

⁶⁴ Stephan (nota 26), pág. 1081. Véase también Frowein (nota 30), pág. 1.

⁶⁵ Voto particular del Magistrado Schücking en la *causa Oscar Chinn*, fallo de 12 de diciembre de 1934, *Corte Permanente de Justicia Internacional*, Ser. A/B núm. 63, págs. 65 y ss., en especial pág. 148.

Berlín⁶⁶. En su voto particular, el Magistrado reconoce que “la doctrina del derecho internacional en lo que respecta a las cuestiones de este tipo no está muy desarrollada”⁶⁷. No obstante, afirma que es posible “crear un *jus cogens*, lo cual tendría el efecto de que, una vez que los Estados hubieran convenido en ciertas normas de derecho y hubieran acordado que estas normas solo podrían modificarse por unanimidad, toda ley adoptada en contravención de ese acuerdo sería automáticamente nula”⁶⁸. Si bien se trata de inderogabilidad sobre la base de un tratado, vinculante para los participantes de un tratado anterior y no universalmente, refleja una apertura a la figura de la inderogabilidad.

26. El *jus cogens* también se invocó en un laudo dictado por la Comisión de Reclamaciones franco-mexicana en el caso *Pablo Nájera*⁶⁹. En ese laudo, la Comisión de Reclamaciones consideró que el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, en el que se exigía la inscripción de los tratados, era una regla que tenía “le caractère d’une règle de droit à laquelle il n’est pas libre aux Etats, membres de la Société des Nations, de déroger par des stipulations particulières, entre eux (*jus cogens*).”⁷⁰. Naturalmente, la Comisión de Reclamaciones sostuvo que la norma solo se aplicaba entre los miembros de la Sociedad de las Naciones y no era aplicable a las relaciones entre sus miembros y quienes no lo eran⁷¹. Esta determinación de la Comisión de Reclamaciones, si bien no se basa en el sentido actual de las normas de *jus cogens*, es importante para su aceptación de la idea de que existen, como cuestión de principio, normas inderogables.

27. Si bien la práctica que apoyaba la noción de normas inderogables era escasa, y la práctica que puede encontrarse está vinculada con cláusulas de inderogabilidad contempladas en tratados y no la idea habitual que se tiene de *jus cogens*, la noción de que existían algunas normas que los Estados no podían dejar de lado mediante acuerdo gozaba de aceptación general, al menos en la doctrina, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial. Es posible que el fundamento del principio haya sido objeto de controversia, pero no el principio mismo.

B. Período posterior a la Segunda Guerra Mundial, antes de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

28. En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el acontecimiento más importante relativo al *jus cogens* fue la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la “Convención de Viena”)⁷², así como la labor de la Comisión que llevó a su aprobación. Al igual que el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 148.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, decisión núm. 30-A, de 19 de octubre de 1928, UNRIIAA, págs. 466 y ss., vol. V, pág. 470.

⁷⁰ *Ibid.* (El artículo 18 “tiene el carácter de norma que los Estados, miembros de la Sociedad de las Naciones, no son libres de derogar”).

⁷¹ *Ibid.*, pág. 472.

⁷² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 443.

es también un ejemplo de una disposición de inderogabilidad⁷³. Como se ha mencionado en relación con el Pacto, el artículo 103 constituye una norma convencional que especifica la jerarquía y no constituye en sí mismo una norma de *jus cogens*. No obstante, podría decirse que también refleja la aceptación de la jerarquía en el derecho internacional. Sin embargo, fue la labor de la Comisión, junto con la aprobación posterior de la Convención de Viena, la que consolidó el concepto de *jus cogens* como parte del *corpus* del derecho internacional. Por lo tanto, es importante describir brevemente la evolución de lo que, en última instancia, se convirtió en el artículo 53 de la Convención de Viena, a través de los debates mantenidos en el seno de la Comisión, las observaciones de los Estados sobre el texto de la Comisión y los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Si bien hay otras disposiciones de la Convención relativas al *jus cogens*, el artículo 64 (aparición de nuevas normas imperativas) y el artículo 66, apartado a) (controversias relativas a la interpretación y aplicación de los artículos 53 y 64), este primer informe conceptual se centra en el texto que se convirtió en el artículo 53, porque es esa disposición la que proporciona un marco para determinar la naturaleza del *jus cogens* en el sentido actual.

29. La expresión *jus cogens* apareció por primera vez en el tercer informe de Sir Gerald Fitzmaurice, el octavo informe sobre el derecho de los tratados en general⁷⁴. En ese informe, Fitzmaurice propuso dos disposiciones que invocaban el *jus cogens*. En el texto propuesto por Fitzmaurice se reconoció que para la validez de un tratado “es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios [...] de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique una infracción de tales principios”⁷⁵. En el texto se reconoció que siempre es posible que los Estados convengan, *inter se*, apartarse de las normas del derecho internacional: *jus dispositivum*⁷⁶. No obstante, solo sería posible apartarse de esas normas generales de derecho internacional cuando la norma general en cuestión no tuviera el carácter de *jus cogens*⁷⁷. Al explicar la norma, Fitzmaurice se refiere a la distinción entre las normas imperativas (*jus cogens*) y aquellas “cuya variación o modificación en virtud de un régimen convenido es lícita”, siendo estas últimas el *jus dispositivum*⁷⁸. En el comentario se explica que, como regla general, los Estados pueden acordar modificar normas de aplicación general en sus relaciones recíprocas⁷⁹, y que la cuestión de la invalidez de un tratado se plantea únicamente “en relación con aquellas normas de derecho internacional cuyo carácter sea absoluto y no facultativo (es decir, que no admiten ‘opción’)”⁸⁰.

30. Si bien en el informe de Fitzmaurice se hace referencia al *jus cogens*, la noción de la invalidez de un tratado por incompatibilidad con el derecho internacional se mencionó previamente en el cuarto informe sobre el tema: el primer

⁷³ El Artículo 103 de la Carta establece que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecerán sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional.

⁷⁴ Véase el Tercer informe sobre el derecho de los tratados, de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial, A/CN.4/115 y Corr.1, bajo el título “Licitud del objeto”, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 28.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 16, párr. 2), pág. 28.

⁷⁶ *Ibid.*, art. 17, pág. 28.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 76 del comentario, pág. 43.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.* (sin cursiva en el original).

informe de Sir Hersch Lauterpacht⁸¹. La disposición propuesta por Lauterpacht establecía que sería nulo todo tratado que, en primer lugar, supusiera la ejecución de un “acto considerado ilícito en el derecho internacional” y, en segundo lugar, cuando así lo afirmara la Corte Internacional de Justicia⁸². Si bien, en su comentario, Lauterpacht refleja la opinión de que el principio formulado goza de “aceptación general, o hasta universal”, aborda la cuestión con mucha prudencia⁸³. Lauterpacht se refiere a la cuestión de la invalidez de un tratado que viola los derechos de un tercero y llega a la conclusión de que “la verdadera razón” de la invalidez en esos casos es que esos tratados tienen como objeto “un acto que el derecho internacional consuetudinario considera ilícito”⁸⁴. No obstante, el tratado podría ser ilícito incluso cuando no afectara directamente los intereses de terceros Estados⁸⁵. Para Lauterpacht, la ilicitud se funda en el hecho de que esos tratados infringen normas que han adquirido “la naturaleza de normas de derecho internacional generalmente aceptadas y, como tales, consuetudinarias”⁸⁶. En ese sentido, la concepción de Lauterpacht sobre los tratados ilícitos es incompatible con el derecho internacional. No obstante, esto podría indicar que un tratado no puede apartarse de las normas de derecho internacional consuetudinario. Esta hipótesis no podría encontrar sustento en el derecho internacional. Para resolver esta aparente contradicción, Lauterpacht explica que el criterio para determinar la ilicitud “no es la incompatibilidad pura y simple con el derecho internacional consuetudinario”, sino más bien la “incompatibilidad con los principios primordiales del derecho internacional que podrían considerarse principios internacionales de orden público”⁸⁷.

31. Siguiendo los pasos de Fitzmaurice, Sir Humphrey Waldock, el último Relator Especial de la Comisión sobre el derecho de los tratados, propuso también un texto relativo a la ilicitud de un tratado debido a su incompatibilidad con las normas de *jus cogens*⁸⁸. En el proyecto de artículo respectivo, Sir Humphrey Waldock propuso que un tratado “será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*”⁸⁹. En el comentario de la disposición, Waldock observa que, si bien el concepto de *jus cogens* es controvertido⁹⁰, la “tesis de que en fin de cuentas no hay ningún orden público internacional —es decir, ninguna norma de la que no puedan apartarse libremente los Estados en sus acuerdos— se hace cada vez más difícil de sostener”⁹¹. No obstante, advierte que las normas con carácter de *jus cogens* son la excepción y no la norma⁹².

⁸¹ Informe sobre el derecho de los tratados, de H Lauterpacht, Relator Especial, A/CN.4/63, *Anuario ... 1953*, vol. II.

⁸² *Ibid.*, art. 15, pág. 154.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 155.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Segundo informe sobre el derecho de los tratados, de Humphrey Waldock, Relator Especial, A/CN.4/156 y Add 1 a 3, *Anuario ... 1963*, vol. II, pág. 41.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 13, pág. 60.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 1 del comentario del art. 13, pág. 60.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*, párr. 2 del comentario del artículo 13, pág. 61 (“Por lo demás, es innegable que la mayoría de las reglas generales de derecho internacional no tienen ese carácter y que los Estados pueden prescindir de ellas en sus tratados”).

32. Tanto fuera de la Comisión como en su seno, en general se acogió favorablemente la idea de que un tratado era nulo cuando resultaba incompatible con las normas fundamentales del derecho internacional⁹³. Los miembros de la Comisión consideraron importante el principio de la invalidez de un tratado por ser incompatible con el *jus cogens*⁹⁴. Si bien se observaron diferencias de opinión respecto a la redacción y el fundamento jurídico y teórico, la hipótesis básica en sí no se cuestionó⁹⁵. En 1966, expresando su satisfacción por que los Gobiernos habían aprobado los textos de la Comisión, el Sr. Yasseen observó que “el concepto de *jus cogens* en derecho internacional es irrefutable y [...] [n]ingún especialista en derecho internacional puede ya poner en duda la imposibilidad de que dos Estados concluyan un acuerdo para instituir la esclavitud o permitir la piratería, y que todo acuerdo formalmente celebrado con tal finalidad no puede ser sino nulo”⁹⁶. Como resultado de ello, en su comentario de la versión del texto que finalmente se convirtió en el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados⁹⁷, la Comisión señaló que “la *codificación* del derecho de los tratados debía *dar por sentado que existen* ciertas normas y ciertos principios de los cuales los Estados no pueden exceptuarse por arreglos convencionales”⁹⁸. De igual modo, en el comentario del proyecto de artículo 50, la Comisión señaló que la opinión de que “no hay ninguna norma de la cual no puedan prescindir a su arbitrio los Estados en

⁹³ Véase, por ejemplo, Alexidze (nota 30), pág. 230.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, el acta resumida de la 682ª sesión, *Anuario ... 1963*, párr. 18, pág. 57, en la que el Sr. Rosenne dijo que el principio era, desde un punto de vista político y moral, “de importancia fundamental”. Véase también el acta resumida de la 683ª sesión, en la que el Sr. Yasseen expresó que el principio era “tan importante como delicad[o]” (párr. 37, pág. 63); el Sr. Tabibi opinó que “ningún Estado puede ignorar determinadas normas de derecho internacional” (párr. 44, pág. 67); y el Sr. Pal señaló que “no puede haber duda alguna acerca de la existencia del orden público internacional y de algunos principios de derecho internacional con carácter de *jus cogens*” (párr. 64, pág. 69). Véase también el acta resumida de la 684ª sesión, párr. 6, pág. 72, en la que el Sr. Lachs observó que el concepto de *jus cogens* “es vital para el derecho internacional contemporáneo”.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *ibid.*, acta resumida de la 683ª sesión, párr. 29, pág. 61, en la que el Sr. Briggs cuestionó el uso de la expresión “*jus cogens*” y propuso que el texto del proyecto de artículo 13 se redactara de nuevo de la siguiente manera: “Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente”. Del mismo modo, el Sr. Amado sugirió que podía ser más apropiado referirse a una “norma jurídica [...] fundamental” (acta resumida de la 684ª sesión, párr. 16, pág. 73). Sobre la cuestión del fundamento filosófico, véase la declaración del Sr. De Luna, acta resumida de la 684ª sesión, párr. 58 y ss., pág. 76. Véase, asimismo, el acta resumida de la 685ª sesión, párr. 19, en la que el Sr. De Luna, tras escuchar los debates sobre el fundamento filosófico del *jus cogens*, formuló las siguientes observaciones: “Se reconoce generalmente que el *jus cogens* forma parte del derecho positivo, pero el desacuerdo en cuanto al contenido del derecho positivo origina el equívoco. Si el término ‘derecho positivo’ significa las normas establecidas por los Estados, entonces el *jus cogens*, por definición, no es derecho positivo. Pero si el ‘derecho positivo’ significa las normas vigentes en la práctica de la comunidad internacional, entonces el *jus cogens* es realmente derecho positivo”. Véase también Evan Criddle y Evan Fox-Decent, “A Fiduciary Theory of Jus Cogens” (2009), *The Yale Journal of International Law*, vol. 34, págs. 331 y ss., en especial pág. 337.

⁹⁶ Acta resumida de la 828ª sesión, *Anuario ... 1966*, vol. I (primera parte), párr. 26, pág. 40.

⁹⁷ Véase el párr. 1 del comentario del proyecto de artículo 37 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado provisionalmente por la Comisión, en *Anuario ... 1963*, vol. II, párr. 17, pág. 231.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 1 del comentario del proyecto de artículo 37 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (sin cursiva en el original).

sus acuerdos, resulta cada vez más difícil de sostener”⁹⁹. Por tanto, la Comisión claramente procuró indicar que el texto que estaba proponiendo no era *lege ferenda*, sino *lege lata*.

33. Durante la labor de la Comisión y en la Conferencia de Viena, los Estados coincidieron ampliamente con la opinión de la Comisión de que el derecho internacional vigente al momento de la aprobación del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados reconocía la existencia de normas generales de derecho internacional que eran inderogables. En sus observaciones a la Comisión, por ejemplo, los Países Bajos “apoy[aron] el principio” que informaba la disposición¹⁰⁰. Del mismo modo, Portugal consideró que la posición adoptada por la Comisión era “equilibrada”¹⁰¹. Si bien es imposible reproducir todas las observaciones de apoyo, se puede afirmar que casi todos los Estados expresaron su apoyo.

34. Si bien los comentarios de los Estados fueron, en general, de apoyo, algunos Estados expresaron reservas. Solo un Estado objetó la disposición¹⁰². El Reino Unido, por ejemplo, si bien no objetó la idea de ilicitud por incompatibilidad con una norma imperativa, advirtió que “su aplicación debe ser muy limitada”¹⁰³. Por su parte, el Iraq señaló que la dificultad de transponer la jerarquía de las normas del derecho interno al derecho internacional, consistía en que “el valor de una norma no se determina por el hecho de que sea convencional o consuetudinaria”¹⁰⁴. Sin embargo, afirmó que, no obstante la necesidad de proceder con prudencia, “la noción de *jus cogens* es indiscutible” en el derecho internacional¹⁰⁵. Solo un Estado, Luxemburgo,

⁹⁹ Párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 195 y ss., en especial pág. 271. En el mismo párrafo del comentario también se señala lo siguiente: “la codificación del derecho de los tratados debía partir de que existen ciertas normas de las cuales los Estados no pueden exceptuarse en modo alguno por arreglos convencionales y que sólo pueden ser modificadas por otra norma del mismo carácter”.

¹⁰⁰ Véase el quinto informe sobre el derecho de los tratados, de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, A/CN.4/183 y Add.1 a 4, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 1 y ss., en especial pág. 22.

¹⁰¹ *Ibid.* Véanse, también, a modo de ejemplo, las opiniones de los Estados Unidos, pág. 23 (“el concepto que figura en este artículo, de aplicarse debidamente, favorecería substancialmente el régimen de derecho en las relaciones internacionales”); Argelia, pág. 23 (“[l]a delegación argelina apoya el criterio de la Comisión con respecto al *jus cogens*”); el Brasil, pág. 23 (“sean cuales fueren las divergencias doctrinales [...], la evolución de la sociedad internacional después de la Segunda Guerra Mundial demuestra que es indispensable reconocer el carácter imperativo de ciertas normas”); Checoslovaquia, pág. 23, (“la norma encuentra apoyo considerable en la práctica de los Estados y en el derecho internacional, y la suscriben muchos tratadistas”); Ecuador, pág. 23 (“aprueba la iniciativa de la Comisión de incluir la violación del *jus cogens* como causa de nulidad de los tratados”); Francia, pág. 23 (“es una de las disposiciones clave del proyecto de artículos”); Ghana, pág. 23 (“aprueba la posición adoptada por la Comisión con respecto al concepto del *jus cogens*”); y Filipinas, pág. 24 (“se muestra complacida de que la Comisión haya decidido reconocer la existencia de normas imperativas en derecho internacional”).

¹⁰² Véase el párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 50 (nota 99) (“[p]or otra parte, aunque algunos gobiernos han expresado dudas sobre la conveniencia del presente artículo, a menos que incluya una disposición relativa a la decisión de un órgano independiente, solo un gobierno discute la existencia de normas de *jus cogens* en el derecho internacional contemporáneo”).

¹⁰³ *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 22.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 24.

¹⁰⁵ *Ibid.*

expresó que no aprobaba la disposición¹⁰⁶, pues consideró que probablemente causaría confusión¹⁰⁷. Afirmó que consideraba que la disposición se había concebido para “introducir como causa de nulidad los criterios de moral y de ‘orden público’ que se empleaban en el derecho interno” y dudó de que “tales conceptos puedan transponerse a la vida internacional que se caracteriza por la ausencia de toda autoridad, política o judicial, capaz de imponer a todos los Estados normas de justicia y moral internacionales”¹⁰⁸. Aparte de Luxemburgo, ningún otro Estado puso en duda la hipótesis básica planteada por la Comisión de que el derecho internacional vigente en ese momento preveía la nulidad de los tratados que fueran incompatibles con algunas normas fundamentales. Sobre la base del apoyo abrumador que recibió la postura, la Comisión aprobó el proyecto de artículo 50, que disponía lo siguiente:

Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que solo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

35. El texto del proyecto de artículo 50 redactado por la Comisión es el precursor del actual artículo 53 de la Convención de Viena. El apoyo sistemático al principio en el que se sustenta el proyecto de artículo 50 se puede comprobar en el historial de negociación del posterior artículo 53 de la Convención de Viena. La Unión Soviética, por ejemplo, afirmó que los “tratados que estén en oposición con [el *jus cogens*] deben ser considerados nulos *ab initio*” y observó que esta noción fue reconocida no solo por la Comisión, sino también por “juristas eminentes”¹⁰⁹. Del mismo modo, México señaló que el “carácter de [*jus cogens*] está fuera de toda duda”¹¹⁰,

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 22. Véase la opinión en contrario de Grigory Tunkin, “*Jus Cogens* in Contemporary International Law” (1971), *University of Toledo Law Review*, vol. 3, págs. 107 y ss., en especial pág. 112 (“Sin embargo, las observaciones de los Gobiernos de los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y algunos otros países [...] indicaban que esos Gobiernos en realidad se oponían al artículo relativo al *jus cogens*”).

¹⁰⁷ *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 22.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Declaración del Sr. Khlestov (Unión Soviética), *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas Resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11)*, 52ª sesión, 4 de mayo de 1968, párr. 3.

¹¹⁰ Declaración del Sr. Suárez (México), *ibid.*, párrs. 6 a 8. Véase también la declaración del Sr. Castrén (Finlandia), *ibid.*, párr. 11 (“el artículo 50 enuncia acertadamente un principio importante que debe mantenerse en el proyecto”); la declaración del Sr. Yasseen (Iraq), *ibid.*, párr. 21 (“el contenido del artículo 50 constituye un elemento esencial de toda convención sobre el derecho de los tratados. El artículo expresa una realidad al enunciar las consecuencias, en el ámbito del derecho de los tratados, de la existencia de normas de *jus cogens*. La existencia de tales normas es indiscutible. Ningún jurista negará que un tratado que infrinja normas como la prohibición de la trata de esclavos es nulo y está desprovisto de efectos”); la declaración del Sr. Mwendwa (Kenya), *ibid.*, párr. 28 (“al incluir en el proyecto una disposición sobre *jus cogens*, la Comisión de Derecho Internacional ha reconocido un hecho evidente y, al mismo tiempo, ha contribuido positivamente a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional”); la declaración del Sr. Fattal (Líbano), *ibid.*, párr. 42 (“casi todos los juristas y casi todos los Estados están de acuerdo en reconocer la existencia de una serie de normas fundamentales de derecho internacional que no admiten excepción y en las cuales se funda la organización de la sociedad internacional”); la declaración del Sr. Ogundere (Nigeria), *ibid.*, párr. 48 (“[l]a moral internacional se ha convertido en un concepto aceptado como elemento vital del derecho internacional y algunos juristas eminentes han afirmado el principio de la

mientras que Israel afirmó que “se acepta el concepto de *jus cogens* como elemento del derecho internacional positivo contemporáneo”¹¹¹.

36. No obstante, algunos Estados, si bien apoyaron el texto, manifestaron, expresa o tácitamente, algunas dudas en cuanto a si constituía *lege lata*¹¹². En general, sin embargo, los Estados presentes en la Conferencia de Viena aceptaron la idea del *jus cogens* como parte del derecho internacional y los debates se refirieron más bien al fundamento del *jus cogens* y las deliberaciones sobre propuestas de redacción. Como observó Checoslovaquia, el desacuerdo respecto al artículo 50 del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados giraba en torno de “cómo puede definirse el *jus cogens* para proteger la estabilidad de las relaciones contractuales”¹¹³. La mayoría de las modificaciones al proyecto de artículo propuestas, y por ende gran parte de las deliberaciones, se centraron en las reglas sustantivas y procesales utilizadas para identificar las normas de *jus cogens*. Francia, por ejemplo, que a menudo es considerada como el principal opositor del *jus cogens* durante la Conferencia de Viena, no se opuso al principio, sino que insistió en la claridad¹¹⁴. Apoyando inequívocamente la noción de *jus cogens*, Francia manifestó durante la Conferencia de Viena que “la esencia del *jus cogens* es algo que representa la expresión indiscutible de la conciencia universal, el denominador común de aquello que los hombres de cualquier nacionalidad consideran como intangible, a saber, el

existencia del *jus cogens*, fundado en el reconocimiento universal de un orden público internacional duradero derivado del principio de una norma imperativa de derecho internacional general”); la declaración del Sr. Ruiz Varela (Colombia), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 26 (“todo el mundo admite en principio la existencia de un orden público internacional integrado por ciertas reglas que los Estados no pueden derogar”); la declaración del Sr. Nahlik (Polonia), *ibid.*, párr. 32 (“[I]a jerarquía de las normas en derecho internacional [...] es una consecuencia lógica de la evolución moderna del derecho internacional [y] ya no se puede poner en tela de juicio”); la declaración del Sr. Jacovides (Chipre), *ibid.*, párr. 68 (“[a]l reconocer la existencia de la norma correspondiente en derecho internacional público, la Comisión de Derecho Internacional ha hecho una contribución muy importante no solo a la codificación del derecho internacional sino también a su desarrollo progresivo”); la declaración del Sr. De la Guardia (Argentina), *ibid.*, 54ª sesión, párr. 22 (“la existencia del *jus cogens* es discutida en doctrina. Sin embargo, [el orador] está dispuesto a admitir la existencia efectiva de un derecho internacional general del que los Estados no pueden apartarse; reconocer la existencia de normas internacionales de *jus cogens* no es más que reconocer una realidad”); la declaración del Sr. De Castro (España), *ibid.*, 55ª sesión, párr. 1 (“la existencia de normas imperativas de derecho internacional parece tan evidente que su mención podría considerarse superflua. Pero la Comisión de Derecho Internacional ha hecho bien en [incluir el artículo 50 en el proyecto de convención] porque hay una tendencia que, aunque minoritaria, se empeña en [negar la existencia del *jus cogens*] o en disminuir su alcance”); y la declaración del Sr. Fleischhauer (Alemania), *ibid.*, párr. 31 (“son pocos los oradores que han negado la existencia de ciertas normas de *jus cogens* en derecho internacional y [...] su delegación comparte también la opinión de que esas normas existen en dicho ordenamiento”).

¹¹¹ Declaración del Sr. Rosenne (Israel), *ibid.*, 54ª sesión, párr. 36.

¹¹² Declaración del Sr. Álvarez Tabío (Cuba), *ibid.*, 52ª sesión, párr. 34 (“el artículo 50 representa una importante contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional y, por ello, su delegación lo apoya plenamente”); declaración del Sr. Fattal (Líbano), *ibid.*, 52ª sesión, párr. 42 (“[a] pesar de las dificultades de orden ideológico, se está dando nacimiento a un concepto común de los valores”); declaración del Sr. Ratsimbazafy (Madagascar), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 21 (“tal noción, una vez establecida y reconocida como tal, tendrá una importancia cada vez mayor en el derecho y en la vida de la comunidad internacional”).

¹¹³ Declaración del Sr. Smejkal (Checoslovaquia), *ibid.*, 55ª sesión, párr. 24.

¹¹⁴ Declaración del Sr. De Bresson (Francia), *ibid.*, 54ª sesión, párr. 27 (Francia “no puede formular objeciones a [dicho *jus cogens*]”).

respeto y la protección de los derechos de la persona humana”¹¹⁵. Las inquietudes de Francia respecto al proyecto de artículo 50 de la Comisión, que eran compartidas por otras delegaciones, guardaban relación principalmente con los criterios para identificar estas normas, a fin de evitar el uso abusivo del *jus cogens* mediante la invocación unilateral¹¹⁶. En ese sentido, las inquietudes de los Estados Unidos también sirven de orientación. Los Estados Unidos aceptaron “el principio de *jus cogens* y la inclusión del mismo en la convención”¹¹⁷. En su opinión, sin embargo, “un Estado no puede aspirar a desligarse de un tratado adoptando súbitamente un concepto unilateral de *jus cogens* en sus normas internacionales, ni pretender imponer frente a otros Estados su propia opinión acerca de la moral superior enunciada en el *jus cogens*”¹¹⁸. Al igual que Francia, había propuesto, por tanto, modificar el artículo para establecer más explícitamente los criterios para identificar normas de *jus cogens*. Del mismo modo, el Reino Unido “no discute que el derecho internacional actualmente contiene algunas normas imperativas, en el sentido en que este término se utiliza en el artículo 50”¹¹⁹. No obstante, vio “con preocupación las incertidumbres a que puede dar lugar el artículo 50 por no haberse precisado debidamente los medios de identificar estas

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 32.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 28 (“[e]l problema que se plantea, en efecto, en una esfera que se encuentra en la incierta frontera de la moral y el derecho, es el de saber a qué principios quiere reconocerse efectos tan graves como es el de hacer ilícitos, al margen de la voluntad de los Estados que los han celebrado, ciertos acuerdos internacionales”); párr. 29 (“[e]l texto actual no da ninguna indicación sobre la manera en que puede reconocerse una regla de derecho como perteneciente al *jus 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”). Véase también la declaración del Sr. Rey (Mónaco), *ibid.*, 56ª sesión, párr. 32 (“Mónaco acoge con satisfacción el nacimiento del *jus cogens* en el derecho internacional positivo, pero le inquieta el uso que de él puede hacerse”); la declaración del Sr. Dons (Noruega), *ibid.*, 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 *jus 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. Con ello, compromete seriamente la estabilidad y la seguridad de las relaciones internacionales”), y la declaración del Sr. Evrigenis (Grecia), *ibid.*, 52ª sesión, párr. 18 (“[I]a existencia de un *jus cogens* correspondiente a una etapa determinada de la evolución del derecho internacional es universalmente reconocida, pero subsisten dudas en cuanto a su contenido”). Véase, sin embargo, la declaración del Sr. Bolinteanu (Rumania), *ibid.*, 54ª sesión, párr. 58 (quien “no considera fundados los argumentos según los cuales sería difícil determinar objetivamente el contenido del *jus cogens* y existe el riesgo de que cada Estado fije arbitrariamente dicho contenido”) y la declaración del Sr. Koutikov (Bulgaria), *ibid.*, párr. 70 (al cual “le ha sorprendido que algunas delegaciones hayan vacilado en admitir el principio enunciado en el artículo 50 por la simple razón de que todavía se desconocen los límites de su campo de aplicación. Nunca se ha dado el caso de que uno de los grandes principios que rigen la vida internacional haya tenido que esperar, para ser proclamado como principio, a que se efectuase un minucioso inventario de todas sus posibles aplicaciones específicas”). Del mismo modo, el Sr. Fattal (Líbano) (nota 112), párr. 45, en respuesta al temor de que se abusara del concepto, afirmó que esto “no es nuevo; toda norma de derecho internacional puede ser utilizada con ese pretexto”.

¹¹⁷ Declaración del Sr. Sweeney (Estados Unidos), *ibid.*, 52ª sesión, párr. 16.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 15.

¹¹⁹ Declaración del Sr. Sinclair (Reino Unido), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 53.

normas imperativas”¹²⁰. Por ello, si bien ciertamente se debatió bastante y se expresó cierta preocupación respecto a la disposición relativa al *jus cogens*, la cuestión que se intentaba determinar era más bien los detalles y la aplicación de la norma consagrada en el texto más que la propia norma. Para responder a la preocupación planteada por algunos Estados respecto a la incertidumbre que podía generarse, la Conferencia de Viena aprobó el artículo 66, apartado a), que permite que las partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de una disposición relacionada con el *jus cogens* en la Convención de Viena, “[sometan la controversia] a la decisión de la Corte Internacional de Justicia”.

37. Hubo, no obstante, un puñado de Estados en la Conferencia de Viena que expresaron sus reservas acerca del principio mismo de *jus cogens*. En ese entonces, la postura de Turquía era que la noción de *jus cogens* y la manera en que se había articulado en el proyecto de artículos de la Comisión eran “totalmente nuevos”¹²¹. En su opinión, el proyecto de artículo 50 no guardaba relación con “una norma sólidamente establecida sino [...] una norma nueva mediante la cual se intenta introducir en el derecho internacional, por la vía convencional, el concepto de orden público”¹²². Por este motivo, Turquía afirmó que no podía apoyar que se incluyera la disposición¹²³. Del mismo modo, Australia, tras señalar la ausencia de práctica respecto al *jus cogens*, afirmó que “[a] falta de una enumeración completa o de una definición clara —siquiera mediante ejemplos— de las normas de derecho internacional general que pudieran tener carácter de *jus cogens*, el Gobierno de Australia ha llegado a la conclusión de que sería desacertado incluir el artículo, en su forma actual, en un proyecto de convención sobre el derecho de los tratados”¹²⁴.

38. De la reseña anterior, se desprende claramente que, cuando se aprobó la Convención de Viena, tanto los miembros de la Comisión como los Estados, con pocas excepciones, en general aceptaban el concepto de *jus cogens*. Por otra parte, los juristas de aquel momento también aceptaban, en general, que existían algunas normas de derecho internacional general que los Estados no podían dejar de lado. Cinco años antes de que se aprobara el proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados, McNair, por ejemplo, observó que era “difícil imaginar una sociedad [...] con un derecho que no estableciera límite alguno a la autonomía contractual”¹²⁵. Lo mismo puede decirse, continuó, del derecho internacional, incluso “aunque las fuentes judiciales y arbitrales no proporcionen mucha orientación respecto a la aplicación de estos principios”¹²⁶.

39. Además, incluso antes de que se aprobara el proyecto de artículos de la Comisión o la Convención de Viena, hubo casos en los que los Estados invocaron la fuerza del *jus cogens*. En 1964, por ejemplo, Chipre impugnó, sobre la base de la noción de normas imperativas, la validez del Tratado de Garantía, de 1960,

¹²⁰ *Ibid.* Véase también la declaración del Sr. Fujisaki (Japón), *ibid.*, 55ª sesión, párr. 30 (“[I]a delegación del Japón cree firmemente que no debe permitirse a ningún Estado que recurra al artículo 50 sin aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte”).

¹²¹ Declaración del Sr. Miras (Turquía), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 1.

¹²² *Ibid.*, párr. 6.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Declaración del Sr. Harry, *ibid.*, 55ª sesión, párr. 13.

¹²⁵ McNair, *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), págs. 213 y ss.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 214.

celebrado entre Chipre, el Reino Unido, Grecia y Turquía¹²⁷. Por otra parte, si bien la Corte Internacional de Justicia no había aplicado el *jus cogens* en ese entonces, estaba claro que era un concepto que tenía presente. La propia Corte, sin pronunciarse sobre el *jus cogens*, se refirió al concepto en las *Causas de la plataforma continental del mar del Norte*¹²⁸. Por otra parte, los magistrados de la Corte Internacional de Justicia han invocado expresamente el concepto de *jus cogens* en sus votos. El Magistrado Fernandez, por ejemplo, afirmó, como excepción a la regla de *lex specialis*, que varias “reglas *jure cogente* prevalecen sobre cualquier norma especial”¹²⁹. En su voto en disidencia en las *Causas relativas al África Sudoccidental (segunda fase)*, el Magistrado Tanaka afirmó que “puede considerarse que el derecho relativo a la protección de los derechos humanos pertenece al *jus cogens*”¹³⁰. Incluso hay ejemplos de causas tramitadas ante tribunales nacionales en las que se invocó el *jus cogens* poco antes de que se aprobara la Convención de Viena¹³¹.

40. Luego de extensas deliberaciones que demuestran el apoyo general del que goza la noción de normas imperativas, la Conferencia de Viena aprobó el artículo 53, una versión ligeramente modificada del texto de la Comisión¹³²:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹²⁷ Hannikainen (nota 25), pág. 148. Para un análisis completo, véase Jacovides (nota 39), en especial págs. 39 y ss.

¹²⁸ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands)*, fallo de 20 de febrero de 1969, *ICJ Reports* 1969, pág. 3, párr. 72 (“sin intentar adentrarse, y menos aún pronunciarse, sobre cualquier cuestión del *jus cogens*, es bien sabido que, en la práctica, las normas del derecho internacional pueden, mediante acuerdo, dejarse de lado en casos determinados, o entre partes determinadas”).

¹²⁹ *Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v. India)* (fondo), fallo de 12 de abril de 1960, *ICJ Reports* 1960, pág. 6, voto en disidencia del Magistrado *ad hoc* Fernandez, párr. 29.

¹³⁰ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (segunda fase), fallo de 18 de julio de 1966, *ICJ Reports* 1966, pág. 6, voto en disidencia del Magistrado Tanaka, pág. 298. Véase también *North Sea Continental Shelf Cases* (nota 118), voto en disidencia del Magistrado Tanaka, pág. 182, en el que afirma que las reservas contrarias a un principio de *jus cogens* serían nulas de nulidad absoluta; y véase también el voto particular del Magistrado Moreno Quintana en *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo de 28 de noviembre de 1958, *ICJ Reports* 1958, págs. 55 y ss., en especial págs. 106 y 107, en el que reconoce una serie de normas que “tienen carácter imperativo y alcance universal”.

¹³¹ Véase, por ejemplo, *Beschluß des Zweiten Senats*, de 7 de abril de 1965, BVerfGE, vol. 18, págs. 441 y ss., en especial pág. 449, en el que el Tribunal Constitucional de Alemania confirmó la validez de un tratado, entre otras cosas, porque una norma invocada para impugnar una disposición “würde nicht zu den zwingenden Regeln des Völkerrechts gehören” (“no pertenecería a la categoría de normas imperativas de derecho internacional”).

¹³² La Comisión también incluyó el artículo 64 (aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y el artículo 71 (consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general).

41. Este breve análisis histórico pone de manifiesto que, al menos hasta que se aprobó la Convención de Viena en 1969, la noción de normas imperativas de derecho internacional formaba parte del derecho internacional. Los Estados que dudaban de incluirla en la Convención de Viena no lo hacían por considerar que las normas imperativas no formaran parte del derecho internacional, sino porque les preocupaba la falta de claridad en cuanto a las normas concretas que habían alcanzado el rango de *jus cogens*. Como se indica en el párrafo 36, ese problema en particular se solucionó al incluir una disposición sobre solución de controversias que permite recurrir a la Corte Internacional de Justicia en el caso de que se plantee una controversia que guarde relación con el *jus cogens*. Ha sobrevivido a las diversas fases del desarrollo del derecho internacional y ha resistido diferentes concepciones filosóficas propuestas para explicar el fundamento del derecho internacional y su carácter vinculante. El análisis histórico también indica, no obstante, que ha sido difícil definir el contenido de las normas imperativas y los criterios para identificarlas, en particular durante la etapa de codificación que condujo a la aprobación de la Convención de Viena.

V. Naturaleza jurídica del *jus cogens*

42. Si bien la noción de *jus cogens* como parte del derecho internacional, es decir, como *lege lata*, no se cuestiona mucho¹³³, existen opiniones divergentes en cuanto a los criterios para identificarlas y determinar su contenido. Las diferencias de opinión en cuanto a los criterios para identificar las normas de *jus cogens* y algunas de las normas que constituyen *jus cogens* se derivan principalmente de una diferencia filosófica en cuanto a los fundamentos del *jus cogens* y a distintas interpretaciones acerca de su contenido. Para explicar el *jus cogens*, se han propuesto una serie de fundamentos, que van desde la doctrina del derecho natural al positivismo. Si bien ni el presente informe ni el examen del tema tienen como finalidad resolver los debates teóricos sobre el *jus cogens*, cualquier intento de extraer criterios para su identificación, y de hecho sus consecuencias, debe basarse en el reconocimiento del debate teórico que rodea su fundamento. Los debates, por consiguiente, no pueden eludirse. Además, aunque no sea “la solución” al debate teórico, la labor de la Comisión debe basarse en un entendimiento sólido y práctico de la naturaleza del *jus cogens*, para lo cual es preciso estudiar algunos de los fundamentos teóricos mencionados. Teniendo ello en cuenta, en la presente sección se reseña el debate teórico sobre el *jus cogens*.

43. La naturaleza jurídica del *jus cogens* va más allá de los fundamentos teóricos o filosóficos del concepto. Comprende, además, la importancia del *jus cogens* en un marco distinto del de la Convención de Viena, lo cual ya ha sido reconocido por la Comisión¹³⁴. Si bien el *jus cogens* goza de aceptación general como parte del derecho

¹³³ Pavel Šturma, “Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law”, en Pavel Šturma, Narcisco Leandro Xavier Baez (compiladores), *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness* (Baviera, 2015), pág. 12.

¹³⁴ Véanse, por ejemplo, los artículos 26 y 40 de los Artículos relativos a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo; el comentario del proyecto de directriz 3.1.5.4 y 4.4.3 de la 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)*; el párr. 374 del *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la*

internacional, aún hay quienes dudan del lugar que ocupa en el derecho internacional positivo¹³⁵. Por tanto, es preciso referirse brevemente al lugar que este concepto ocupa en el derecho internacional, teniendo en cuenta la evolución histórica desde que se aprobó la Convención de Viena.

A. Lugar del *jus cogens* en el derecho internacional

44. Las críticas y objeciones en relación con el *jus cogens* se han examinado en diversas publicaciones¹³⁶. Si bien, como ya se ha señalado, el número de quienes cuestionan el concepto viene disminuyendo con rapidez, todavía es necesario aclarar que el *jus cogens* está firmemente establecido como parte del derecho internacional vigente¹³⁷. Los argumentos que se esgrimen para demostrar que no es y, en algunos casos, que no debiera ser, parte del derecho internacional acusan una gran diversidad. Por ejemplo, Orakhelashvili menciona, entre los argumentos en contra del *jus cogens*, la ausencia de una práctica¹³⁸ y el temor de que vaya en desmedro de la santidad de los tratados y la incompatibilidad con el principio *pacta sunt servanda*¹³⁹. De modo semejante, Kolb menta, como objeciones contra el *jus cogens*, la crítica de que la idea del *jus cogens* simplemente es incompatible con la naturaleza y estructura del derecho internacional¹⁴⁰, que no está reconocido en el

Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional, de 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682, y conclusión 33 de las *Conclusiones de los Trabajos 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.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, Michael Glennon, “De l’absurdité du Droit Imperatif (*Jus Cogens*)” (2006), *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 11, pág. 529; Arthur M Weisburd “The Emptiness of the Concept of Jus Cogens as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina” (1995), *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, pág. 1; Gordon Christenson, “Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society” (1988), *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, pág. 585. Robert Barnidge, “Questioning the Legitimacy of *Jus Cogens* in the Global Legal Order” (2008), *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 38, pág. 199. Véase también el voto en disidencia del Magistrado *ad hoc* Sur en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports* 2012, pág. 422, párr. 4 (“tomemos la referencia al *jus cogens* que figura en los argumentos, la cual es totalmente superflua y no contribuye a la solución de la controversia, como se verá más adelante. El propósito de esta observación incidental es reconocer una noción controvertida, cuyo contenido aún no se ha establecido, y darle peso jurídico”).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Kolb (nota 27), págs. 15 a 29. Véase, también, Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (2006), págs. 32 a 35.

¹³⁷ Ulf Linderfalk, “The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did you Ever Think About the Consequences?” (2008), *European Journal of International Law*, vol. 18, págs. 853 y ss., en especial pág. 855.

¹³⁸ Orakhelashvili (nota 136), pág. 32, donde cita a Guggenheim.

¹³⁹ *Ibid.* donde cita a Schwarzenberger.

¹⁴⁰ Véase Kolb (nota 27), págs. 15 a 22. Kolb, en verdad, hace referencias a varias críticas que en su totalidad parecen ser una variante de la objeción de incompatibilidad. Esas objeciones las siguientes: en primer lugar, la idea del *jus cogens* presupone “una autoridad superior encargada de la tarea de hacer cumplir esas normas”, cosa que no sucede en el derecho internacional (págs. 16 a 18); en segundo lugar, el *jus cogens* presupone que existe una distinción entre el “legislador general” y los “sujetos” del derecho internacional, que no existe en el derecho internacional, pues el legislador, esto es, los Estados, también es un sujeto del derecho internacional (págs. 18 a 21); la idea del *jus cogens* presupone una jerarquía de normas, y el

orden jurídico internacional¹⁴¹, que, desde un punto de vista práctico, carece de todo efecto real¹⁴² y que bien puede socavar los fundamentos del orden jurídico internacional¹⁴³.

45. Huelga hacer afirmaciones teóricas en respuesta a las diversas críticas que, en todo caso han, sido idóneamente abordadas por otros autores¹⁴⁴. Lo importante, a los efectos de la labor de la Comisión, es saber si el *jus cogens* encuentra asidero en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, que constituyen el fundamento esencial de esa labor¹⁴⁵. Aunque las opiniones expresadas en la bibliografía ayudan a interpretar la práctica y pueden servir de marco para su sistematización, por lo que deberíamos guiarnos es por la práctica de los Estados y por la práctica judicial. Como se indicó en la sección anterior, la opinión generalizada de los Estados era que el *jus cogens* formaba parte del derecho internacional al tiempo de la aprobación de la Convención de Viena.

46. Desde la aprobación de la Convención de Viena, probablemente debido a su aprobación, las referencias al *jus cogens* por los Estados y en las decisiones judiciales se han multiplicado. Las referencias explícitas al *jus cogens* en el marco de la práctica judicial de la Corte Internacional de Justicia por sí solas han sido elocuentes. Desde la aprobación de la Convención de Viena en 1969 ha habido 11 referencias explícitas al *jus cogens* en fallos por mayoría o providencias de la Corte Internacional de Justicia, en todos los cuales se ha supuesto (o al menos se da la impresión de suponer) la existencia de *jus cogens* como parte del derecho

derecho internacional todavía está muy poco desarrollado para poseer esa jerarquía normativa (págs. 21 a 22).

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 23.

¹⁴² *Ibid.*, págs. 23 y 24.

¹⁴³ *Ibid.*, págs. 25 a 27. Kolb observa que esta crítica del *jus cogens* consta de varias vertientes, entre otras que “conlleva el riesgo de que algunas élites, con sus propios programas encubiertos, pretendan hablar en nombre de la comunidad internacional (escondiendo así sus propios intereses detrás de nobles palabras) e imponer su propia visión de una ideología apropiada tras el pretexto indulgente y permisivo de las normas imperativas. Véase, también, la declaración de Sudáfrica (A/C.6/66/SR/13, párr. 7, (“Como han señalado algunos especialistas en temas jurídicos, los conceptos de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes*, que son elementos esenciales del principio de la jurisdicción universal, suelen utilizarse en la práctica como instrumentos en la lucha por lograr la hegemonía”) Cf. Tomuschat (nota 50), donde sugiere que “los Estados poderosos nunca se han mostrado partidarios del *jus cogens*. Comprenden que las consecuencias del *jus cogens* pueden conducir a un cambio en el equilibrio de poder en favor de la justicia internacional ...”. Es interesante observar que, al expresar su objeción a la formulación del texto de la Comisión relativo al *jus cogens*, Francia sugirió que la falta de claridad obraría en detrimento de los Estados “más débiles”. Véase la declaración del Sr. de Bresson (Francia), *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, sesión 54^a, párr. 28.

¹⁴⁴ Véanse Kolb (nota 27), págs. 15 y ss., y Orakhleshvili (nota 136), págs. 32 y ss.

¹⁴⁵ Véase la declaración de los Estados Unidos (nota 7) en el párr. 20 (dada la relativa escasez de jurisprudencia sobre el tema, el orador insta a la Comisión a centrar su atención en la práctica de los tratados, en particular con arreglo a las normas recogidas en la Convención de Viena, y otro tipo de práctica de los Estados que arroje luz sobre la naturaleza y el contenido del *jus cogens*, los criterios para su formación y las consecuencias derivadas de ello. Solo la investigación y el análisis rigurosamente basados en las opiniones expresadas por los Estados pueden añadir un valor considerable a los numerosos comentarios académicos sobre el tema).

internacional moderno¹⁴⁶. En la causa *Actividades militares y paramilitares*, por ejemplo, la Corte, sin hacer explícitamente suya la idea del *jus cogens*, afirmó que ambos Estados y la Comisión consideraban de *jus cogens* la prohibición del uso de la fuerza¹⁴⁷. En la medida en que haya ambivalencia en la declaración de la Corte sobre el *jus cogens*, parece estar más encaminada a determinar si la prohibición constituye *jus cogens* que a la propia idea del *jus cogens*¹⁴⁸. La opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* constituye otro ejemplo de la aceptación del *jus cogens* por la Corte sin pronunciarse a su respecto¹⁴⁹. Aunque afirma que “no hay necesidad de que la Corte se pronuncie sobre este asunto”, esto es explícitamente, porque a juicio de la Corte, la cuestión que tenía ante sí no la obligaba a responder a “la pregunta del carácter del derecho internacional humanitario que se aplicaría al empleo de las armas nucleares”¹⁵⁰. Sin embargo, al discurrir explícitamente sobre el *jus cogens*, la Corte parece aceptarlo como parte del derecho internacional¹⁵¹. La Corte fue mucho más inequívoca en su aceptación del *jus cogens* como parte del derecho internacional vigente en la *Causa relativa a las actividades armadas en el territorio del Congo*, en la que, a más de referirse al *jus cogens*, señaló que la prohibición del genocidio “indudablemente” tenía el carácter de *jus cogens*¹⁵².

47. Además de las menciones expresas en las decisiones u opiniones por mayoría de la Corte Internacional de Justicia, ha habido, en total, 78 menciones expresas del *jus*

¹⁴⁶ Para referencias recientes de la Corte al *jus cogens* véanse las causas siguientes: *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, fallo de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports* 2007, pág. 43, párrs. 147 a 184; *Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *ICJ Reports* 2010, pág. 403; *Jurisdictional Immunities of the State (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, *ICJ Reports* 2012, pág. 99, en párr. 92 y ss.; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal)*, fallo de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports* 2012, pág. 422, párrs. 99 y 100. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia c. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015, *ICJ Reports* 2015, párr. 87.

¹⁴⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, *ICJ Reports*, 1986, pág. 14, párr. 190 (el *jus cogens* “es mencionado frecuentemente en declaraciones de los representantes del Estado, no solo como un principio de derecho internacional consuetudinario, sino también como principio fundamental de dicho derecho ... [y] la Comisión de Derecho Internacional en el curso de su labor sobre la codificación del derecho de los tratados, expresó la opinión de 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 *jus cogens*’”).

¹⁴⁸ Cf. James Green, “Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force” (2011) *Michigan Journal of International Law*, págs. 215 y ss., en especial pág. 223 (“el autor es de opinión de que la Corte llegó aquí a la conclusión de que la prohibición del empleo de la fuerza era una norma imperativa, aunque cabe decir que otros autores hacen una interpretación distinta de ese pasaje”).

¹⁴⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *ICJ Reports* 1996, pág. 226.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.* (“la cuestión de saber si una norma forma parte del *jus cogens* tiene que ver con el carácter de la norma”).

¹⁵² *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, fallo de 3 de febrero de 2006, *ICJ Reports* 2006, pág. 6, párr. 64.

cogens en los votos de los magistrados de la Corte¹⁵³. También se lo ha reconocido explícitamente en la jurisprudencia de otros cortes y tribunales internacionales¹⁵⁴. En la causa *Kayishema*, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda declaró que “la [prohibición del] crimen de genocidio se considera parte del derecho internacional consuetudinario y, además, una norma de *jus cogens*”¹⁵⁵. Análogamente en *Nyiramasuhuko*, la Sala de Apelaciones del Tribunal observó que la discreción del Consejo de Seguridad en cuanto a la definición de los crímenes de lesa humanidad estaba “sujeta al respeto de las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*)”¹⁵⁶. El *jus cogens* también encuentra expresión en las decisiones de los

¹⁵³ Entre los ejemplos de votos particulares desde la aprobación de la Convención de Viena, cabe mencionar el voto particular del Magistrado Ammoun en *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Bélgica c. España)*, segunda fase, fallo de 5 de febrero de 1970, *ICJ Reports* 1970, pág. 3 y ss., en especial pág. 304 (“Así pues, a través de una práctica ya de larga data de las Naciones Unidas, el concepto de *jus cogens* adquiere un mayor grado de eficacia, mediante la ratificación, como norma imperativa del derecho internacional, de los principios que se consignan en el preámbulo de la Carta”); voto particular del Vicepresidente Ammoun en la causa *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *ICJ Reports* 1971, pág. 16, en especial págs. 77 y ss. (“... si se lo interpreta como corresponde, el acto de recurrir al uso de la fuerza con el objeto de frustrar el derecho a la libre determinación es un acto de agresión, tanto más grave cuando que el derecho a la libre determinación es una norma que tiene la naturaleza de *jus cogens*, que no se puede suspender bajo ninguna circunstancia.”); voto en disidencia del Magistrado Schwebel en *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, fallo de 26 de noviembre de 1984, *ICJ Reports* 1984, pág. 392, párr. 88 (“si bien apenas hay acuerdo en cuanto al alcance del *jus cogens*, es importante recordar que en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados hubo acuerdo general en que si el *jus cogens* tiene algún fundamento consensuado ese fundamento plasma en el párrafo 4 del artículo 2.”); voto particular del Magistrado Lauterpacht en *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, providencia de 13 de septiembre de 1993, *ICJ Reports* 1993, pág. 325, párr. 100 (“... ello se debe a que la prohibición del genocidio ... ha sido generalmente aceptada en el sentido de que no ostenta la jerarquía de una norma ordinaria de derecho internacional, sino la de una norma de *jus cogens*. En verdad, la prohibición del genocidio se ha considerado de larga data como uno de los pocos ejemplos indudables de *jus cogens*.”); voto particular del Magistrado Ranjeva en *Case Concerning East Timor (Portugal c. Australia)*, fallo de 30 de junio de 1995, *ICJ Reports* 1995, págs. 90 y ss., en especial pág. 45 (“el *jus cogens* se ubica en el ámbito del derecho positivo”); y voto en disidencia del Magistrado Cançado Trindade en *Jurisdictional Immunities of the State (Alemania c. Italia)*, reconvencción, providencia de 6 de julio de 2010, *ICJ Reports* 2010, pág. 310 (“El principio fundamental de la igualdad ante la ley y la no discriminación caracteriza a toda la operación del poder del Estado, y en la actualidad ha entrado en el ámbito del *jus cogens*.”).

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1), 10 de diciembre de 1998 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) y *Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, laudo arbitral, 31 de julio de 1989, UNRIIAA, vol. XX, pág. 119.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Kayishema et al.* (ICTR -95-1), sentencia de primera instancia, 21 de mayo de 1999 (Tribunal Penal Internacional para Rwanda), párr. 88.

¹⁵⁶ *Prosecutor v. Nyiramasuhuko* (ICTR-98-42), fallo de segunda instancia, 14 de diciembre de 2015, párr. 2136.

tribunales nacionales¹⁵⁷. En la causa *Yousuf v. Samantar*, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos declaró que “como cuestión de derecho internacional y derecho nacional, las violaciones del *jus cogens* son, por definición, actos que no están oficialmente autorizados por el soberano”¹⁵⁸. De manera similar, el Tribunal Superior de Kenya, en la causa *Kenya Section of the International Commission of Jurists v Attorney General*, constató que “el deber de enjuiciar los crímenes internacionales ha pasado a ser *jus cogens* y derecho internacional consuetudinario”¹⁵⁹. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica, por su parte, señaló que “la obligación del Estado de prevenir la impunidad ... es especialmente pronunciada en relación con normas que, como la prohibición de la tortura, de manera general se consideran imperativas y, por lo tanto, no admiten acuerdo en contrario”¹⁶⁰. La idea de las normas imperativas de derecho internacional regional se refleja asimismo en la práctica judicial y cuasijudicial regional¹⁶¹. En el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación era *jus cogens*¹⁶².

¹⁵⁷ Véase la renombrada causa *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), 24 de marzo 1999, Cámara de los Lores, [2000] 1 AC, pág. 147.

¹⁵⁸ *Yousuf v. Samantar*, fallo de 2 de noviembre de 2012 del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 699 F.3d 763, 776–77 (4th Cir. 2012), 19). Véase, también, *Farhan Mahamoud Tani Warfaav Yusuf Abdi Ali*, fallo de 1 de febrero de 2016 del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito, núm. 14-1880, 18, en que no se hace lugar al recurso para revocar la decisión en la causa *Samantar*.

¹⁵⁹ *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General & Another*, fallo del 28 de noviembre de 2011 del Tribunal Superior de Kenya, [2011] E-Kenyan Law Reports, 14.

¹⁶⁰ *National Commissioner of the South African Police Service v. the Southern African Human Rights Litigation Centre and Others*, fallo de 30 Octubre de 2014 del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 2014 (12) BCLR 1428 (CC), párr. 4. Véase, también, *East German Expropriation case: Mr. van der M*, fallo de 26 de octubre de 2004 del Tribunal Constitucional de Alemania, *B v R 955/00 ILDC 66 (DE)*, párr. 97 (“la Ley Fundamental consagra el reconocimiento gradual de la existencia de disposiciones obligatorias ... que no son susceptibles de discusión por parte de los Estados (*jus cogens*)”); *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo Helénico, causa núm. 11/2000, en la que se decide que los crímenes cometidos por la unidad de las SS contra poblaciones civiles de una aldea griega violaron normas de *jus cogens*. Véase además *Ferrini v. Republica Federale di Germania*, sentencia de 11 de marzo de 2004 del Tribunal de Casación de Italia, causa núm. 5044, en que el Tribunal aceptó que la deportación y el trabajo forzoso eran delitos internacionales que entraban en la categoría de *jus cogens*.

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *Al-Adsani v. UK* (Application No. 35763/97), sentencia de 21 de noviembre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; véase, también, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands*, App No. 65542/12 (ECHR 2013), sentencia de 11 de junio de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 4.3.9; “(En relación con el derecho a la nacionalidad, el Tribunal reitera que el *jus cogens* requiere que el estado (sic) ... se abstenga de establecer normas reglamentarias discriminatorias ...)”; véase, también, *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v. The Republic of Djibouti* (Communication 383/10), decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párr. 179. Para un examen detallado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Šturma 134) (nota 133), págs. 15 y ss.

¹⁶² *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 28 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase, también, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 199 (“En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia

48. Los Estados también se han fundado sistemáticamente en el *jus cogens* o en las normas imperativas en diversos foros. Más allá de las declaraciones específicamente relacionadas con la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados, ha habido muchas declaraciones, por ejemplo, en la Asamblea General, en particular en la Sexta Comisión¹⁶³. Del mismo modo, los Estados también han apelado habitualmente al *jus cogens* en sus declaraciones ante el Consejo de Seguridad¹⁶⁴. Las exposiciones ante las cortes y tribunales internacionales, en que los Estados suelen estar más motivados por el interés en lograr un resultado concreto, se deben examinar con cierta cautela. Ello no obstante, es significativo que los Estados se refieran muchas veces al *jus cogens* en sus alegatos ante la cortes y tribunales internacionales, y el Relator Especial no tiene conocimiento de ningún caso en que, en una causa ante una corte o tribunal internacional, un Estado haya objetado al concepto del *jus cogens* como parte del derecho internacional actual¹⁶⁵. Más significativo, sin embargo, es que, incluso cuando habría redundado en su

en el sentido de que la prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional.”).

¹⁶³ Son innumerables, claro está, las declaraciones sobre el *jus cogens* en el contexto de la labor de la Comisión, en particular su labor sobre el derecho de los tratados. Sin embargo, el *jus cogens* ha ocupado un lugar prominente en otros contextos. Véase, por ejemplo, la declaración de Kazajstán, A/C.6/63/SR.7, párr. 55 ([La delegación de Kazajstán] es partidaria del respeto estricto e incondicional de las normas imperativas del derecho internacional, que constituyen el fundamento del orden mundial moderno, y apoya la labor de la comunidad internacional para solucionar importantes problemas actuales sobre la base del derecho internacional.); la declaración de Azerbaiyán, A/C.6/63/SR.8, párr. 12; y la declaración de Chipre, A/C.6/69/SR.24, párr. 16.

¹⁶⁴ Véanse, por ejemplo, la declaración del Sr Nisirobu (Japón), 2350ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 3 de abril de 1982 (“... recalamos que este no es solamente uno de los principios más fundamentales de la Carta, sino una de las normas más importantes del derecho internacional en general, y la comunidad internacional no permite su derogación en ningún caso. En otras palabras, el principio de la no utilización de la fuerza es una norma perentoria del derecho internacional.”); la declaración del Sr. Elaraby (Egipto), en la 3505ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 28 de febrero de 1995 (S/PV.3505) (“Desde el punto de vista jurídico, hay un consenso en la comunidad internacional en el sentido de que existen normas de derecho internacional que tienen carácter prioritario (sic), conocidas como *jus cogens*. Estas normas no se pueden infringir ... ”); la declaración del Sr. Kostunika (Serbia y Montenegro), en la 5289ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 24 de octubre de 2005 (S/PV.5289) (“... no estamos examinando las obligaciones que no son jurídicamente obligatorias de los Estados, sino las normas más estrictas del derecho internacional —las normas *jus cogens*— cuyo respeto es la condición sine qua non para que la comunidad internacional en su conjunto pueda funcionar.”); la declaración del Sr. Adekanye (Nigeria), en 5474ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 22 de junio de 2006 (S/PV.5474) (“una situación en la que las personas o entidades estén incluidas en una lista sin que antes se le haya informado al Estado afectado, va en contra de las normas imperativas del juicio imparcial y del principio del Estado de derecho. Por consiguiente, Nigeria se opone a cualquier violación de esas normas imperativas”); la declaración del Sr. Mayoral, 5679ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 22 de mayo de 2007 (S/PV.5679) (“... la lucha contra el terrorismo debe enmarcarse en los mecanismos legales basados en el derecho penal internacional y sus principios básicos. Son normas, recordemos, de *jus cogens* del derecho internacional y como tales no pueden soslayarse”); la declaración del Sr. Al-Nasser (Qatar), en la 5779ª sesión del Consejo de Seguridad (S/PV.5779) (“El Artículo 103 de la Carta establece que las obligaciones impuestas por la Carta prevalecerán sobre otras obligaciones, pero esto no significa que prevalezcan o sustituyan normas obligatorias del *jus cogens*”).

¹⁶⁵ Véase, por ejemplo, la exposición del abogado de Bélgica en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal)*, procedimiento oral, 13 de marzo de 2012(CR 2012/3), párr. 3.

beneficio negar el *jus cogens* en ciertas causas, los Estados no lo hayan hecho¹⁶⁶. Las referencias al *jus cogens* en la práctica no se han limitado únicamente a las declaraciones individuales. Los mismos órganos de las Naciones Unidas, en sus resoluciones, han hecho suyo el concepto como parte del derecho internacional. Excluidas las resoluciones relativas a la labor de la Comisión en las que se hace mención del *jus cogens*, la Asamblea General se ha referido al *jus cogens* como mínimo en 12 resoluciones, principalmente en relación con la tortura¹⁶⁷. Cabe asimismo señalar que, desde la aprobación del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la propia Comisión ha reconocido el *jus cogens* y sus efectos, incluso más allá del derecho de los tratados¹⁶⁸.

49. Por consiguiente, si bien puede haber debates académicos sobre la existencia del *jus cogens* en el derecho internacional actual, los propios Estados no han cuestionado su existencia. Incluso los tres Estados que no se mostraron persuadidos de que fuera apropiado que la Comisión examinara el tema no han puesto en tela de juicio la idea misma del *jus cogens*¹⁶⁹. Como señaló Paulus, “el concepto de *jus cogens* parece haber perdido su carácter controvertido” y “se dice que Francia, el último opositor coherente entre los Estados, está dispuesta a hacer las paces con el concepto”¹⁷⁰. A los efectos de la labor de la Comisión sobre el tema, aunque este debate puede contribuir a revelar algunas de las complejidades del *jus cogens*, no debiera eclipsar el punto de partida, a saber, que el derecho internacional reconoce que hay algunas normas que no admiten acuerdo en contrario.

¹⁶⁶ Por ejemplo, aunque Alemania intentó limitar los efectos del *jus cogens* en la causa *Jurisdictional Immunities*, en su propia exposición no solo no se cuestionaba la existencia del *jus cogens* sino que se afirmaba sin ambages que algunas normas eran de *jus cogens*. Véase, por ejemplo, la memoria de la República Federal de Alemania en la causa *Jurisdictional Immunities* (nota 146), de 12 de junio de 2009, párr. 86, en la que Alemania afirma que “[n]o cabe duda, por ejemplo, de que el *jus cogens* prohíbe el genocidio”. Véase, también, la exposición del Senegal en *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (nota 146), procedimiento oral, 15 de marzo de 2012 (CR 2012/4), párr. 39. Véase, también, la contramemoria del Senegal en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal)*, párr. 51.

¹⁶⁷ Véanse, por ejemplo, el párr. 3 del preámbulo de la resolución 68/156 de la Asamblea General relativa a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (“*Recordando también* que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional y que los tribunales internacionales, regionales y nacionales han reconocido que la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes forma parte del derecho internacional consuetudinario”); el párr. 3 del preámbulo de las resoluciones 60/148, 61/153 y 62/148 de la Asamblea General relativas a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (“*Recordando también* que varios tribunales internacionales, regionales y nacionales, entre ellos el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, han reconocido que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional y han sostenido que la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una norma del derecho internacional consuetudinario”).

¹⁶⁸ Véanse los ejemplos citados *supra* en la nota 134.

¹⁶⁹ Véase la sección II, *supra*.

¹⁷⁰ Andreas Paulus, “*Jus cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at Re-appraisal” (2005), *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, pág. 297 y ss., en especial págs. 297 y 298. Véase, sin embargo, Tomuschat (nota 50), pág. 18 (“Con todo, los artículos 53 y 64 siguen estando entre las pocas disposiciones controvertidas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que plasman la idea de desarrollo progresivo del derecho.”).

B. Fundamento teórico de carácter imperativo del *jus cogens*

50. Como claramente se desprende de lo antes expuesto, uno de los elementos más perdurables del debate sobre el *jus cogens* ha sido el fundamento teórico de la imperatividad de las normas de *jus cogens*. En distintos momentos de la evolución del concepto del *jus cogens*, se han propuesto diferentes enfoques teóricos para explicar el carácter imperativo de las normas de *jus cogens* en el derecho internacional. Hay dos escuelas principales que tratan de explicar el carácter del *jus cogens*, a saber, el derecho natural y el positivismo¹⁷¹. Además de esas teorías más generales, también se han propuesto otras. Con todo, las teorías del derecho natural y el derecho positivo han dominado el debate doctrinal, y es útil comenzar el análisis con una breve reseña y evaluación de esas teorías. El objetivo de este análisis no es resolver el debate entre derecho positivo y derecho natural. Del mismo modo que con el debate entre derecho positivo y derecho natural en el contexto del derecho internacional en general, es de presumir que no sea posible ni tampoco necesario resolverlo. Las diversas teorías postuladas para explicar el *jus cogens* se analizaron y sopesaron con miras a determinar el carácter fundamental del concepto de *jus cogens*. Cabe formular ahora una reserva: no hay una teoría iusnaturalista del *jus cogens*, como tampoco hay una teoría iuspositivista del *jus cogens*; en cambio, hay teorías iusnaturalistas y teorías iuspositivistas. Sin embargo, ni el tiempo ni el espacio permiten hacer una reseña detallada de cada una de ellas; en todo caso, el presente informe no tiene por objetivo ser un tratado de doctrina. En cambio, se hará una descripción muy general de cada escuela de doctrina.

51. Es útil comenzar con el enfoque del derecho natural, dado que el *jus cogens*, a no dudarlo, tiene sus raíces en el enfoque iusnaturalista del derecho internacional (véase la secc. IV.A, *supra*)¹⁷². Por otra parte, en la medida en que el *jus cogens* implica jerarquía, el derecho natural, que se basa en la idea de normas superiores, dimanantes de la divinidad, la razón o alguna otra fuente de moralidad, parecería ser un fundamento natural para el *jus cogens*¹⁷³. Entre los partidarios del enfoque

¹⁷¹ Asif Hameed, “Unravelling the Mystery of *Jus cogens* in International Law” (2014), en *British Yearbook of International Law*, vol. 84, pág. 52, sugiere que las teorías rivales bien se podrían considerar en dos categorías, a saber, “sustentadas en el consentimiento” y “no sustentadas en el consentimiento” y que el discurso contemporáneo se basa en un malentendido del positivismo en el derecho internacional. Véase, en especial, pág. 55.

¹⁷² Véase, también, Gennady Danilenko. *Law-Making in the International Community* (Dordrecht, 1993), pág. 214, y Bruno Simma, “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law” (1995), *European Journal of International Law*, vol. 6, págs. 33 y ss., en especial pág. 50. Véase, además, Orakhelashvili (nota 136), págs. 37 y 38, “Bien se puede sostener que ‘el concepto del *jus cogens* continuará siendo incompleta en tanto y en cuanto no se funde en una filosofía de los valores como el derecho natural’, pues el *jus cogens* se derivó de la escuela naturalista ... El *jus cogens* es similar al derecho natural por cuanto no es el producto de la voluntad de los Estados y, por ende, no es comprensible mediante un enfoque estrictamente positivista.”)

¹⁷³ En cuanto a la implicación de *jus cogens*, véase Danilenko, *ibid.*, pág. 211. Véase, también, Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, 2014), pág. 155 (“El concepto de una norma imperativa implica una jerarquía de normas: una norma de *jus cogens* por definición tiene primacía sobre una disposición contraria en un tratado”). Véase, también, Pierre-Marie Dupuy y Yann Kerbrat, *Droit International Public* (11^a edición, París, 2012), pág. 323, acerca de una nueva lógica (“[la lógica], revolucionaria, del objetivismo inherente a la noción de las normas imperativas, aquellas que se imponen a los Estados que pasan así a ser, en el sentido más literal, sujetos de un orden jurídico dotado de una jerarquía normativa, dominada por el *jus*

iusnaturalista se cuentan, entre otros, Mark Janis y Mary-Ellen O'Connell¹⁷⁴. Estos tratadistas señalan que la idea de normas internacionales, superiores y fuera del alcance del acuerdo de los Estados (o del libre albedrío del Estado) solo pueden explicarse con el concepto iusnaturalista de un derecho superior, que tiene su sustento en la moral y los valores.

52. Si bien el enfoque iusnaturalista, con sus nexos históricos con el nacimiento del *jus cogens* y su semejanza a este, es atractivo, no está exento de escollos¹⁷⁵. La principal dificultad sigue siendo la cuestión de quién determina el contenido del derecho natural. Como observa O'Connell, “[I]a teoría iusnaturalista contemporánea parece todavía adolecer de una dependencia subjetiva de las opiniones de tratadistas, jueces o funcionarios”¹⁷⁶. Asimismo, Kolb, en una crítica del enfoque de derecho natural, dice que “cada uno de nosotros puede postular normas de justicia [pero] la cuestión de saber si esas normas forman parte del derecho positivo [sigue] sin dirimirse”¹⁷⁷. Aparte de la cuestión de la indeterminación del derecho natural, los enfoques del *jus cogens* inevitablemente entran en colisión con el texto de la Convención de Viena, a menos que se acepte que ese texto normativo también es inválido. Como observa Kolb, al disponer que las normas imperativas únicamente se pueden modificar por otras normas imperativas, el artículo 53 reconoce que las normas de *jus cogens* no son “inmutables”, un elemento distintivo del derecho natural¹⁷⁸. Del mismo modo, si el derecho natural existía con independencia del tiempo y el espacio —inmutabilidad—, entonces el artículo 64 de la Convención de Viena, que reconoce que pueden surgir “nueva[s] norma[s] imperativa[s]” sería, como mínimo, curioso¹⁷⁹. Otra cuestión que se plantea en relación con los enfoques

cogens.” Véase, además, Raphaële Rivier, *Droit International Public* (segunda edición, París, 2013), pág. 565.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, Mark Janis, “The Nature of *Jus cogens*” (1987), *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, págs. 359 y ss., en especial pág. 361 (“[I]a esencia distintiva del *jus cogens* es de tal índole que, sostengo, puede incorporar el concepto en las nociones tradicionales del derecho natural”); Janis, *An Introduction to International Law* (Nueva York, 2008), págs. 66 y ss.; Louis Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than the State* (1981), *American University Law Review*, vol. 32, págs. 1 y ss., en especial págs. 14 y 15, en que califica al *jus cogens* de “prácticamente inmutable”, en términos reminiscentes de la doctrina del derecho natural. Dan Dubois, “The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?” (2009), 78 *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, págs. 133 y ss., pág. 134 (“... se llega a la conclusión de que, en toda teoría coherente de las normas imperativas, uno inevitablemente debe recurrir a una concepción del derecho natural”). Véase, también, Mary-Ellen O'Connell “*Jus cogens*: International Law's Higher Ethical Norms”, en Donald Childress (compilador), *The Role of Ethics in International Law* (Nueva York, 2012), en especial pág. 97.

¹⁷⁵ Para un examen de dichas dificultades, véase Kolb (nota 27), pág. 31. Véase, también, Prosper Weil “Le droit international en quête de son identité: cour général de droit international public” (1992), *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 237, págs. 11 y ss., en especial pág. 274; Maurice Kamto, “La volonté de l'Etat en droit international” (2004), *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310, pág. 133 y ss., en especial pág. 353.

¹⁷⁶ O'Connell (nota 174), págs. 86 y 87. En la pág. 79, al describir el criterio de muchos partidarios del derecho natural, dice que “[a]ctualmente parecería que jueces y tratadistas simplemente consultan sus conciencias cuando Determinan las normas del *jus cogens*”.

¹⁷⁷ Kolb (nota 27), pág. 31.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 33. En cuanto a la inmutabilidad, véanse las fuentes citadas en la nota 43.

¹⁷⁹ Matthew Saul, “Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges” (2015), *Asian Journal of International Law*, vol. 5, págs. 26 y ss., en especial pág. 31 (“... las teorías iusnaturalistas se centran en la determinación de ciertos valores inmutables del

iusnaturalistas del *jus cogens* puede ser el requisito establecido en el artículo 53 de que la norma esté “reconocida por la comunidad internacional de Estados”, que hace pensar que en la aparición de una norma de *jus cogens* hay algún elemento de “voluntad” de los Estados.

53. Muchos tratadistas contemporáneos, pues, consideran el *jus cogens* desde el punto de vista de la escuela positivista¹⁸⁰. El iuspositivismo, en su más pura acepción, reposa en la idea del libre albedrío de los Estados y de que el derecho internacional nace exclusivamente del consentimiento. En consecuencia, los Estados no pueden estar obligados por normas en las que no han consentido¹⁸¹. Con arreglo al enfoque iuspositivista del *jus cogens*, las normas solo pueden adquirir el rango de *jus cogens* cuando han sido de alguna manera aceptadas por los Estados. Sin embargo, ello parece contrario o al menos contradice la idea de un cuerpo normativo de superior jerarquía que no admite derogación, ni siquiera con el consentimiento o por la voluntad de los Estados¹⁸². El *jus cogens*, después de todo, ha sido incluso una revolución contra “el frío cinismo positivista”¹⁸³. Además, es difícil comprender, si los Estados tienen libre albedrío para adoptar normas, ¿por qué algunas normas no pueden derogarse por acuerdo en contrario?¹⁸⁴ Incluso si existe una forma de abordar la cuestión de la aparición de normas imperativas mediante acuerdo —o consenso—, no se echa de ver con claridad por qué los Estados que se han sumado al consenso no podrían luego retirar su consentimiento, en desmedro del consenso¹⁸⁵. La cuestión de saber si, como se ha sugerido, una aceptación del derecho internacional consuetudinario como base del *jus cogens* es una expresión de un enfoque iuspositivista, será el tema del segundo informe¹⁸⁶.

derecho natural, incluidos los relacionados con las necesidades humanas, en tanto se supone que el número y el carácter de las normas de *jus cogens* se desarrollan de conformidad con la cambiante naturaleza de la comunidad internacional”).

¹⁸⁰ Véase Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 339. Véase, por ejemplo, Tounkine (nota 106), pág. 115 (“Me parece que las normas del derecho internacional general que tienen el carácter de *jus cogens* se pueden establecer, y en realidad se establecen, mediante acuerdo entre los Estados, al igual que las demás normas del derecho internacional general.”)

¹⁸¹ Véase Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 339.

¹⁸² Véase, por ejemplo, Rivier (nota 173), pág. 565 (“la introducción del derecho imperativo en el derecho internacional es una revolución ... Con el derecho imperativo, el acuerdo de voluntades ya no es en todas las hipótesis un mecanismo creador de derecho. La validez de las relaciones depende también de su contenido. Se consagra así una definición sustantiva del derecho, y se pasa de una concepción tradicional del derecho internacional a un modelo objetivo en el cual el Estado soberano queda sujeto a exigencias sustantivas superiores a su voluntad.”)

¹⁸³ Alain Pellet, “Conclusions”, en Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin (compiladores), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Boston, 2005), pág. 419.

¹⁸⁴ *Ibid.* Al explicar la crítica que el derecho natural hace de los enfoques positivistas al *jus cogens*, Kolb (nota 27), en pág. 30, señala que “se trata precisamente de ese consentimiento o de esa voluntad de los Estados lo que el *jus cogens* limita o incluso deja de lado. Por lo tanto, sería un razonamiento circular explicar el *jus cogens* desde el punto de vista del consentimiento o la voluntad”. Véase, también, en general, Tladi y Dlagnekova (nota 41), pág. 112.

¹⁸⁵ Véase Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 342.

¹⁸⁶ En cuanto a la opinión de que el derecho internacional consuetudinario como fundamento del *jus cogens* implica necesariamente un enfoque de derecho positivo, véase *ibid.*, pág. 339 (“La principal teoría positivista del *jus cogens* interpreta que las normas imperativas constituyen derecho internacional consuetudinario que ha adquirido imperatividad mediante la práctica de los Estados y la *opinio juris*.”)

54. Poco ha de sorprender que el apoyo de ambos enfoques se manifieste en la práctica judicial. Los fallos mismos de la Corte Internacional de Justicia no han sido del todo claros en cuanto al fundamento del *jus cogens*. A veces, la Corte aparentemente ha favorecido un enfoque iusnaturalista del *jus cogens*, en tanto en otras ocasiones ha dado la impresión de sustentarse en ideas positivistas y fundadas en el consentimiento¹⁸⁷. Los votos individuales de los magistrados de la Corte han sido igualmente diversos. Muchos de esos votos han expresado el *jus cogens* como repudio del positivismo y aceptado el enfoque iusnaturalista inmutable, en tanto en otros votos se ha postulado un enfoque iuspositivista del *jus cogens*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Aunque la Corte en la opinión consultiva titulada *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, de 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports* 1951, págs. 15 y ss., en especial pág. 23, no describe como *jus cogens* la prohibición del genocidio, parece describir la prohibición en términos que sugieren que sí lo es y, por otra parte, de una forma que atribuye menos ponderación al consentimiento de los Estados como elemento del derecho (la Corte reconoce al “genocidio como ‘crimen de derecho internacional’ que implica una denegación del derecho a existir de grupos humanos enteros, una denegación que ultraja la conciencia de la humanidad y se traduce en grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la ley moral ... La primera consecuencia derivada de esta concepción es que los principios en que se sustenta la Convención son principios que las naciones civilizadas reconocen como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de una obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condenación del genocidio como de la cooperación imprescindible para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo. ... su objeto, por un lado, es salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por el otro, confirmar y convalidar los principios de moralidad más elementales”). Véase, también, la pág. 24, donde la Corte declara que la prohibición del genocidio “se funda en principios morales y humanitarios”. Véase también, *Prosecutor v. Jelisić* (IT-95-10-T), 14 de diciembre de 1999 (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), párr. 60, donde el Tribunal afirma que en la opinión consultiva titulada *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, la Corte Internacional de Justicia colocó el crimen de genocidio en la categoría de *jus cogens*. Sin embargo, la Corte, tal vez en su más clara invocación del *jus cogens*, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 146), párr. 99, adoptó lo que bien podría interpretarse como un enfoque de la determinación del *jus cogens* fundado en el consentimiento, al menos en la medida en que el derecho internacional consuetudinario se considera fundado en el consentimiento (“[e]sa prohibición se fundamenta en una práctica internacional generalizada y en la *opinio juris* de los Estados”). Del mismo modo, la referencia tentativa de la Corte a la prohibición del uso de la fuerza como parte del *jus cogens* en la causa *Military and Paramilitary Activities* (nota 146), pág. 190, se basa, además de la labor de la Comisión, sobre la aceptación de la prohibición por los Estados. En ese pasaje la Corte cita, además de la labor de la Comisión, referencias frecuentes al *jus cogens* por parte de los representantes de los Estados y el hecho de que ambas partes en la controversia aceptaban la prohibición como parte del *jus cogens*.

¹⁸⁸ Véanse, por ejemplo, la declaración del Magistrado Bedjaoui en la opinión consultiva sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 146), párr. 21 (“[u]na prueba de todos estos acontecimientos es el lugar que el derecho internacional otorga ahora a conceptos como las obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens* ... El enfoque decididamente positivista y voluntarista del derecho internacional que todavía tenía vigencia a principios del siglo ... ha sido reemplazado por una concepción objetiva del derecho internacional”); véase el voto en disidencia del Magistrado *ad hoc* Kreća en la causa *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections*, fallo de 11 de julio de 1996, *ICJ Reports* 1996, pág. 595, párr. 43 (“El *jus cogens* echa las bases para una transformación mundial en las relaciones de la soberanía del Estado con el ordenamiento jurídico en la comunidad internacional y para el establecimiento de condiciones en que el estado de derecho puede prevalecer sobre la libre voluntad de los Estados”); el voto particular del Magistrado Ranjeva, en la causa *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*

55. La jurisprudencia de otras cortes y tribunales internacionales carece igualmente de un signo definido en cuanto al carácter vinculante de las normas de *jus cogens*. En *Furundžija*, por ejemplo, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia vinculó el carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura con los valores en que se fundaba la prohibición¹⁸⁹. Por otra parte, las decisiones de ese Tribunal también han destacado la aceptación por los Estados de las normas de *jus cogens*¹⁹⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una de sus primeras decisiones en que invocó el *jus cogens*, adoptó un enfoque aparentemente iusnaturalista, pues yuxtapuso la “concepción voluntarista del derecho internacional” con “el ideal de construcción de una comunidad internacional más cohesionada ... a la luz del Derecho y en la búsqueda de la justicia”, en que esta última refleja un movimiento “del *jus dispositivum* al *jus cogens*”¹⁹¹. Análogamente, las decisiones anteriores de la Corte Interamericana sobre el carácter de *jus cogens* de la tortura se centraron en la naturaleza y la gravedad de la tortura, más que en un consentimiento de los Estado en la prohibición¹⁹². Sin embargo, en varias decisiones,

(*Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening*), fallo de 10 de octubre de 2002, *ICJ Reports* 2002, pág. 303, párr. 3 (“[s]olo los efectos de las normas de *jus cogens* pueden justificar una impugnación del principio del consenso.”); véanse el voto particular del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, fallo de 3 de febrero de 2006, *ICJ Reports* 2006, pág. 6, párr. 10; voto en disidencia del Magistrado Cançado Trindade en la causa *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim*, providencia de 6 de julio de 2010, *ICJ Reports* 2010, párr. 310, párrs. 134 y ss. y párr. 141 (“El consentimiento del Estado y el *jus cogens* no pueden ser más antitéticos.”). Se observa un enfoque decididamente positivista en el voto particular del Magistrado Schücking, en la causa *Oscar Chinn* (nota 61), pág. 149, donde el carácter de *jus cogens* de una norma se basa en un acuerdo de los Estados en relación con la norma de que se trate y un compromiso de que la norma no será alterada por algunos de ellos; véase, también, el voto particular del Magistrado Ammoun en la causa *Barcelona Traction* (nota 153), págs. 311 y 312. Véase, en particular, el voto en disidencia del Magistrado De Castro en la causa *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, fallo de 20 de diciembre de 1974, *ICJ Reports* 1974, págs 253 y ss., en especial pág. 388 (“[l]a idea de que el Tratado de Moscú, por su propia naturaleza, forma parte del derecho consuetudinario o el *ius cogens* bien puede ser objeto de duda por su carencia de universalidad”).

¹⁸⁹ Véase, por ejemplo, *Furundžija* (nota 154), párr. 153 ([d]ebido a los valores que [la prohibición de la tortura] ampara, este principio ha evolucionado hasta convertirse en una norma imperativa o de *ius cogens*”). Véase, también, *Prosecutor v. Galić* (IT-98-29-T), 5 de diciembre de 2003 (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), párr. 98. Véase, también, *Jelisić* (nota 187), párr. 60, donde el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia hizo suya la tipificación con fundamento axiológico de la prohibición del genocidio postulada por la tipificación del genocidio de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁹⁰ *Prosecutor v Stakić* (IT-97-24-T), 31 de julio de 2003 (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), párr. 500 (“[e]stá ampliamente aceptado que la normativa plasmada en la convención forma parte del derecho internacional consuetudinario y constituye *jus cogens*”). Véase, también, *Jelisić* (nota 187), párr. 60, donde, en relación con el delito de genocidio, la Corte señala que la Convención sobre el Genocidio ha pasado a ser “uno de los instrumentos internacionales de más amplia aceptación en materia de derechos humanos.”).

¹⁹¹ *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 1 de septiembre de 2001 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 38.

¹⁹² *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de septiembre de 2004 (CIDH), párr. 143 (“existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura ... régimen que pertenece hoy día al dominio del *jus cogens*.”); véase, también, *Hermanos Gómez Paquiyauri Brothers vs. el Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 112, y *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003,

la Corte Interamericana ha tendido a centrarse en el consentimiento y el consenso como fundamento del carácter de *jus cogens* de ciertas normas¹⁹³. Además, varias decisiones de la Corte Interamericana han sugerido que, contrariamente a la inmutabilidad del enfoque iusnaturalista, las normas de *jus cogens* evolucionan¹⁹⁴. El apoyo para los enfoques tanto del consentimiento como del derecho natural se manifiesta igualmente en la jurisprudencia nacional¹⁹⁵.

56. El análisis anterior pone de manifiesto que las cortes y tribunales internacionales han considerado que ninguna de las dos teorías dominantes que se

párr. 92. Puede observarse una tendencia similar en las primeras decisiones sobre el carácter de *jus cogens* de la prohibición de las desapariciones forzadas. Véase, por ejemplo, *Goiburú y otros vs. el Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 84 (“[a]nte la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas ... han alcanzado carácter de *jus cogens*”).

¹⁹³ *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, sentencia de 26 de noviembre de 2013 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 112, en la que la Corte determinó que la prohibición de la desaparición forzada había alcanzado carácter de *jus cogens* debido, entre otras cosas, a la “consolidación internacional”; *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 199, donde la Corte postuló, como fundamento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, “los tratados de alcance universal y regional” que “consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura”, así como “numerosos instrumentos internacionales [que] consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario”. Análogamente en la causa *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 99, la Corte llegó a la conclusión de que en 1973 había amplia evidencia de que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad ya era una norma de *jus cogens* sobre la base de varias resoluciones de la Asamblea General y del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 225 (“En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.”); véase, también, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 79. Véase, en particular, *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), párr. 5 (“Debiera llegar el día en que un gran consenso universal —que por ahora no parece cercano— establezca la proscripción de la pena capital en el marco del *jus cogens*, como ha sucedido ya con la tortura”).

¹⁹⁵ Para un enfoque aparentemente iusnaturalista, véase la causa *Siderman c. Argentina*, sentencia de 22 de mayo de 1992 del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 965 F.2d 699, pág. 715, en que se define y examina la naturaleza del *jus cogens* en derecho internacional, su relación con el derecho internacional consuetudinario y su diferenciación de este (*jus dispositivum*), particularmente el lugar del consentimiento (o la ausencia de este) en la formación de las normas de *jus cogens*, la primacía del *jus cogens* sobre otras normas del derecho internacional (“[a]unque están vinculados, el *jus cogens* y el derecho internacional consuetudinario se diferencian en un aspecto importante. El derecho internacional consuetudinario, como el derecho internacional dimanado de los tratados y otros acuerdos internacionales, se sustenta en el consentimiento de los Estados. Un Estado que de manera persistente objeta una norma de derecho internacional consuetudinario ... no está obligado por esa norma ... En cambio, el *jus cogens* ... se deriva de valores que la comunidad internacional considera fundamentales ... las normas fundamentales y universales que constituyen el *jus cogens* trascienden ese consentimiento”). Véase, también, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General & Another* (nota 161), pág. 14. En relación con lo que parece ser un enfoque más positivista, véase el voto de Lord Hope en la causa *Pinochet* (nota 161), pág. 247, que cita la causa *Siderman c. Argentina* como prueba “de un acuerdo generalizado” respecto del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura.

usan para explicar la naturaleza vinculante del *jus cogens* son, por sí solas, suficientes¹⁹⁶. Naturalmente, hay otras teorías que se han postulado para explicar la naturaleza del *jus cogens*¹⁹⁷. Algunas de ellas, con todo, no tratan tanto de explicar el carácter vinculante del *jus cogens* como de describir el tipo de normas que pueden tener el rango de *jus cogens*¹⁹⁸. Explicar el *jus cogens* como normas de orden público (*ordre public*), por ejemplo, dice menos acerca de la fuente de su imperatividad y más acerca de la naturaleza de las obligaciones en cuestión¹⁹⁹. Dicho de otra manera, describir la prohibición del genocidio o del uso de la fuerza como norma de orden público no nos dice por qué es imperativa, sino que esas normas reflejan valores fundamentales de la comunidad internacional. El carácter imperativo de las normas de orden público puede explicarse tanto por las teorías basadas en el consentimiento como por las que no reposan en el consentimiento.

57. Otras teorías, cuando se las examina más detenidamente, representan variantes de las teorías dominantes²⁰⁰. La teoría alternativa del *jus cogens* que postula Kolb, verbigracia, parece ser una aplicación del criterio positivista²⁰¹. Kolb presenta, como teoría alternativa, la idea de que el *jus cogens* es una “técnica jurídica impuesta por el órgano legislativo a una serie de normas internacionales a fin de protegerlas de la fragmentación en actos jurídicos discretos que gozan de aplicación prioritaria *inter partes* debido al principio de la *lex specialis*”²⁰². La cuestión de si los tipos o categorías discretos de normas de *jus cogens* identificadas por Kolb se justifican

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 332 (“[l]os afanes positivistas encaminados a vincular las normas imperativas con el consentimiento del Estado no son convincentes, pues no explican por qué una mayoría de Estados en el seno de la comunidad internacional puede imponer obligaciones jurídicas a una minoría disidente. Si bien eluden este problema del objetor persistente, las teorías iusnaturalistas se esfuerzan por especificar criterios analíticos para determinar las normas imperativas.”)

¹⁹⁷ Véase Kolb (nota 27), págs. 30 y ss.

¹⁹⁸ La más importante de estas teorías, la del *jus cogens* como normas de orden público (*ordre public*), se examina con más detalle *infra*. Otras teorías incluyen al *jus cogens* como normas de derecho constitucional internacional y como normas para resolver el conflicto de tratados sucesivos.

¹⁹⁹ Para un examen de la cuestión, véase Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 344.

²⁰⁰ Por ejemplo, pese a que Kolb sugiere que el Magistrado Caçado Trindade postula una teoría alternativa discreta de un nuevo *jus gentium*, en realidad, una lectura atenta de los votos particulares y la doctrina revela que ello se funda asimismo en una interpretación iusnaturalista del *jus cogens*. Véase, por ejemplo, Antônio Caçado Trindade “*Jus Cogens: The Material and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law*” (2008), *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, vol. 35 págs. 3 y ss., en especial pág. 6 (“[e]ste último [el *jus gentium*] no dimana de la “voluntad” de los Estados, sino, a mi juicio, de la conciencia humana”). Como ejemplo de los muchos votos en disidencia y particulares del Magistrado Caçado Trindade, véase el voto en disidencia en la causa *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 136), párr. 139 (“y nadie se atrevería hoy a negar que los “principios de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública” invocados por la cláusula Martens pertenecen al dominio de *jus cogens*”).

²⁰¹ Véanse, en general, Robert Kolb, “Conflicts Entre Normes de *Jus Cogens*”, en Nicolas Angelet (compilador), *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Mélanges Offerts à Jean Salmon* (Bruselas, 2007), y Kolb (nota 27).

²⁰² Kolb (nota 27), pág. 9. Cf. Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*” (2008), *European Journal of International Law*, vol. 19, págs. 491 y ss., en especial pág. 495 (“[s]ostener que el *jus cogens* no es nada más que una técnica jurídica encaminada a preservar la integridad formal del sistema mediante la caracterización como inderogables de algunas de sus normas de procedimiento equivale a hacer caso omiso de cuál había de ser la función del *jus cogens*.”)

tiene que ver con la identificación del *jus cogens*, que es el tema del segundo informe²⁰³. Más pertinente a los fines del presente análisis, esto es, para comprender la imperatividad o inderogabilidad de las normas de *jus cogens*, es que la teoría misma de Kolb presupone una decisión del “órgano legislativo” o los Estados y, por lo tanto, adopta una orientación iuspositivista o basada en el consentimiento²⁰⁴.

58. La teoría fiduciaria del *jus cogens* avanzada por Criddle y Fox-Decent, cuyo propósito declarado es desvincularse tanto del enfoque iusnaturalista como del enfoque iuspositivista, es igualmente cuestionable, tanto en términos de si realmente implica un distanciamiento de las teorías dominantes como en términos de su sustancia²⁰⁵. Según esa teoría, “un principio fiduciario rige la relación entre el Estado y su pueblo, y esta relación exige que el Estado observe las normas imperativas”²⁰⁶. En primer lugar, si bien la obligación fiduciaria tiene por objeto, entre otras cosas, abordar las “vagas nociones” de la “conciencia internacional” o de un “orden normativo superior”²⁰⁷, en sí misma es igualmente vaga. Más importante aún, la noción de que el *jus cogens* se basa en una relación fiduciaria entre un Estado y su pueblo simplemente no podría explicar muchas normas generalmente aceptadas de *jus cogens*, ya que estas prohíben actos no solo dirigidos contra el propio pueblo de un Estado. Por ejemplo, el genocidio no deja de ser una violación del *jus cogens* cuando se lo comete contra los nacionales de otro Estado. En toda justicia, cabe decir que Criddle y Fox-Decent sugieren que “los Estados tienen para con cada persona sujeta al poder del Estado una obligación fiduciaria de respetar sus derechos humanos”, pero ello no explica por qué esa obligación dimana del *jus cogens* ni tampoco explican de qué manera las violaciones del *jus cogens* que no constituyen *per se* violaciones de los derechos humanos están abarcadas por esta teoría²⁰⁸. Además, toda teoría que trate de explicar el *jus cogens* como una relación entre el Estado y la persona tendrá dificultad para explicar la prohibición del uso de la fuerza como *jus cogens*, ya que esa prohibición se refiere a las relaciones entre Estados y no, o por lo menos no directamente, las relaciones entre el Estado y las personas.

59. Ninguna teoría ha explicado adecuadamente todavía la singularidad del *jus cogens* en el derecho internacional, es decir, la imperatividad de ciertas obligaciones. Bien puede ser incluso, como lo sugiere Koskeniemi al postular una teoría general de las fuentes, que la fuerza vinculante y la imperatividad del *jus cogens* se entiendan mejor como una interacción entre derecho natural y

²⁰³ Kolb (nota 23), en pág. 46, distingue tres tipos de normas de *jus cogens* o, como dice, “en términos más claros, hay tres razones que pueden conducir a que una norma sea inderogable o infragmentable”. Esos tipos de normas son las normas de *jus cogens* de orden público, esto es, normas fundamentales de derecho internacional (aunque acepta este tipo de *jus cogens* con alguna vacilación); el *jus cogens* de utilidad pública y el *jus cogens* lógico. En otra parte, Kolb identificó cuatro tipos de *jus cogens*, siendo el tipo adicional el del derecho imperativo de la Carta de las Naciones Unidas enunciado en su Artículo 103. Véase Kolb (nota 201), pág. 486.

²⁰⁴ Kolb (nota 27), pág. 9. En verdad, incluso respecto del *jus cogens* de orden público, Kolb se refiere con sorna a “los sentimientos nobles y a veces la adoración de cuento de hadas de ‘las normas fundamentales de la comunidad internacional’” (pág. 47).

²⁰⁵ Véase, en general, Criddle y Fox-Decent (nota 95).

²⁰⁶ *Ibid.*, pág. 347.

²⁰⁷ *Ibid.*, pág. 248.

²⁰⁸ *Ibid.*, pág. 359. En la página 333, los autores aceptan que la prohibición de la “agresión militar” se considera como *jus cogens*, en particular cuando esa agresión no da lugar a violaciones de los derechos humanos.

positivismo²⁰⁹. Al hablar de las fuentes y el debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo, Koskenniemi dice que “[e]l iusnaturalismo necesita al positivismo para manifestar su contenido de manera objetiva”, en tanto “[e]l positivismo necesita al derecho natural a fin de responder a la pregunta “¿por qué el comportamiento, la voluntad o el interés crean una obligación vinculante?”²¹⁰”. En verdad, en el presente proyecto es innecesario resolver el debate teórico. No obstante, ese debate es importante porque permite descifrar los elementos básicos del *jus cogens*, esos elementos que son ampliamente compartidos entre las perspectivas doctrinales.

60. Esas cuestiones de carácter más teórico contribuirán, en futuros informes, a la comprensión de la práctica judicial y la práctica de los Estados.

C. Elementos básicos del *jus cogens*

61. El artículo 53 de la Convención de Viena plasma los elementos básicos del *jus cogens*. En primer lugar, una norma de *jus cogens* es una norma que no admite acuerdo en contrario. En segundo lugar, es una norma de derecho internacional general. En tercer lugar, una norma de *jus cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Además de estos elementos básicos, con todo, la práctica y la doctrina ponen de manifiesto un conjunto básico de elementos que imparten un mayor contenido al concepto del *jus cogens*.

²⁰⁹ Véase Martti Koskenniemi, “*From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument (Reissue with New Epilogue)*” (Cambridge, 2006), págs. 307 y ss., en especial pág. 308 (“... ninguna de las posiciones contrastantes se puede preferir sistemáticamente porque también dependen la una de la otra”). En la pág. 323, concretamente sobre el *jus cogens*, dice así: “Inicialmente, el *jus cogens* parece ser descendente, no consensualista. Parece ser vinculante para los Estados con independencia de su consentimiento. Sin embargo, un derecho que no hace ninguna referencia a aquello en lo que los Estados han consentido parecería colapsar en una moral natural [pero] la referencia al reconocimiento por ‘la comunidad internacional’ [lo hace] ascendente, consensualista”). Véase, también, Simma (nota 172), en pág. 34 (“Considero que ninguna de [las escuelas de filosofía del derecho] puede dar una explicación integral y definitiva o una justificación del fenómeno del derecho, pero también estoy persuadido de que no se excluyen mutuamente, y de que, por el contrario, cada una de ellas puede desvelar y elucidar los aspectos del derecho internacional que siguen siendo inaccesibles o ajenos a la otra”). Véase, también, Orakhelashvili (nota 136), pág. 49 (donde habla del “derecho positivo y la moral como dos conceptos separados pero mutuamente complementarios”).

²¹⁰ *Ibid.* En otro texto Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Oxford, 2011), pág. 52, ha afirmado que ni el consentimiento (positivismo) ni la justicia (derecho natural) están plenamente justificados por sí solos ... Los argumentos acerca del consentimiento deben explicar la pertinencia y el contenido en términos de lo que parece justo. Los argumentos acerca de la justicia deben demostrar su exactitud remitiéndose a aquello en lo que los Estados han consentido. Véase, también, Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (tesis doctoral inédita, Universidad de Cambridge, 2013), en pág. 3 (“[s]i bien las ‘consideraciones elementales de humanidad’ no son una fuente autónoma de obligación en el derecho internacional, pueden facilitar la determinación de aquellas normas y obligaciones en cuya integridad y aplicación la comunidad internacional tiene un gran interés”). Véase, también, Hameed (nota 171), pág. 54, quien postula una teoría no consensual del *jus cogens* que se sustenta en la moral y que, no obstante, parece fundarse en la aceptación de los Estados (“[e]n el presente ensayo se procurará demostrar cómo podemos explicar mejor la creación de *jus cogens* sin depender de la idea del consentimiento. Propongo que una norma existente de derecho internacional se convierte en *jus cogens* porque ciertos agentes jurídicos —principalmente los Estados— estiman que tiene primacía moral.”).

62. El elemento de inderogabilidad cumple una doble función. En primer lugar, es una consecuencia de la imperatividad. Sin embargo, también es un elemento importante de la naturaleza del *jus cogens*²¹¹. Por cierto, como lo demuestra el análisis que figura a continuación, la inderogabilidad es el núcleo de la idea de *jus cogens*. El requisito de que, para ser *jus cogens*, una norma debe ser una norma de derecho internacional general es también un requisito fundamental de la imperatividad. No es únicamente un requisito para la imperatividad, sino también un elemento para su identificación. Ese elemento se examinará en el segundo informe, no solo como elemento para la identificación del *jus cogens*, sino también para elucidar qué fuentes de derecho imparten imperatividad. Análogamente, el requisito de que la norma de *jus cogens* debe ser “reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” se analizará en el segundo informe como un elemento para la identificación del *jus cogens*, o la elevación de una norma ordinaria de derecho internacional general al rango de norma de *jus cogens*.

63. Además de los elementos mencionados explícitamente en el artículo 53 de la Convención de Viena, sin embargo, la doctrina y la práctica hacen ver la existencia de ciertos elementos básicos que caracterizan a las normas de *jus cogens*. Primero, las normas de *jus cogens* son de aplicación universal. Segundo, las normas de *jus cogens* son superiores a otras normas del derecho internacional. Por último, las normas de *jus cogens* sirven para amparar valores fundamentales de la comunidad internacional, lo que muchas veces se ha denominado el *ordre public* u orden público internacional. Pese a que estos elementos no están explícitamente enunciados en el artículo 53 de la Convención de Viena, como se demostrará en el análisis *infra*, se los acepta generalmente como elementos importantes del *jus cogens*.

64. La doctrina y la práctica revelan que las normas de *jus cogens* son aquellas que no admiten acuerdo en contrario. Si bien, como se indicó *supra*, ello es una consecuencia de la imperatividad, es asimismo una característica fundamental de las normas de *jus cogens*. Es útil señalar que, en el derecho internacional, la idea de que algunas normas son normas imperativas y no admiten derogación por las vías normativas o legislativas ordinarias es excepcional²¹². La mayoría de las normas del derecho internacional se clasifican en la categoría de *jus dispositivum* y se pueden enmendar, modificar e incluso abrogar por actos consensuales de los Estados²¹³. Con

²¹¹ Kolb (nota 27), en pág. 2 (“El término clave para la formulación clásica del *jus cogens* es, por lo tanto, ‘inderogabilidad’. En otras palabras, el *jus cogens* se caracteriza por una calidad determinada de la norma de que se trate, es decir, el hecho de que no admite derogación”).

²¹² Carnegie Endowment (nota 31), en pág. 27 (“Las normas del derecho internacional general son esencialmente de carácter dispositivo”).

²¹³ Alfred Verdross, “*Jus dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law” (1966), *American Journal of International Law*, vol. 60, págs. 55 y ss., en especial pág. 60 (“[h]ubo a todas luces consenso en la Comisión en cuanto a que la mayoría de las normas del derecho internacional no tienen carácter de *jus cogens*.”) Tomuschat (nota 50), pág. 19 (“[l]a mayoría de las normas de derecho internacional son *jus dispositivum*”). Merlin Magallona, “The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties” (1976), *Philippine Law Journal*, vol. 51, págs. 521 y ss., en especial pág. 521 (“normas de *jus dispositivum* [que] se pueden derogar en virtud de contratos privados”). Véase, también, Alexide (nota 30), en pág. 245. Véase, además, Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), en pág. 5 (“por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva —*jus dispositivum*— las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades”).

todo, la doctrina ha reconocido también, como excepción a la estructura general del derecho internacional, un conjunto de normas que los Estados no pueden modificar por actos consensuales²¹⁴. Estas normas son, como dice un comentarista, “lo suficientemente potentes como para invalidar las normas contrarias que de otro modo los Estados podrían establecer consensualmente”²¹⁵. En resumen, los tratadistas de derecho internacional, independientemente de las diferencias teóricas, convergen en la idea de que la mayoría de las normas son *jus dispositivum* y “pueden ser excluidas o modificadas de conformidad con la voluntad debidamente expresada de los Estados”, en tanto, excepcionalmente, algunas normas tienen el carácter de *jus cogens* y no pueden ser excluidas o modificadas de ese modo²¹⁶.

65. La práctica judicial también avala el hecho de que si bien, por lo general, los Estados están en libertad de enmendar, modificar y abrogar las normas de derecho internacional, puede haber algunas normas que son tan fundamentales que los Estados no pueden ni enmendarlas ni modificarlas por vía consensual²¹⁷. Como se observó en las *Causas de la plataforma continental del mar del Norte*, aunque no estuvo dispuesta a pronunciarse sobre la cuestión del *jus cogens*, la Corte Internacional de Justicia señaló a la atención la distinción entre *jus cogens* y *jus dispositivum*²¹⁸.

²¹⁴ Véase, por ejemplo, Rohr (nota 213), en pág. 5 (“por otro lado, las normas de derecho perentorio o imperativo —*jus cogens*— pertenecientes a un sistema que podría entenderse como de cuasi-subordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía”. Véase, también, Stefan Kadelbach, “*Jus cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules: The Identification of Fundamental Norms”, en Tomuschat y Thouvenin (nota 183), en pág. 29; Thirlway (173) (“no todas las normas internacionales pertenecen al ámbito del *jus dispositivum*, esto es ... normas que son aplicables salvo acuerdo en contrario, pero que pueden derogarse ... por acuerdo.”). Véase además Hannikainen (nota 214), pág. 1.

²¹⁵ Janis, “The Nature of *Jus Cogens*” (nota 174), pág. 359. Véase, también, Dubois (nota 174), pág. 135 (“Una norma de *jus cogens* o norma imperativa es una norma que se considera tan fundamental que no admite derogación, ya sea por la acción del Estado o en virtud de un tratado ... Debido a su carácter fundamental, un principio de *jus cogens* invalida las normas dimanantes de un tratado ... Esto separa a las normas de *jus cogens* de las de *jus dispositivum*, esto es, las normas que pueden excluirse o alterarse por voluntad expresa de los Estados.”). Véase, también, Alexidze (nota 30), en pág. 246 (“... la voluntad del Estado respecto del orden jurídico internacional existente no es ilimitada. Aunque la mayoría de las normas de derecho internacional obligan a un Estado solo a condición de que este haya expresado su voluntad de aceptar una determinada norma, el derecho internacional contemporáneo contiene normas cuya fuerza jurídica es absoluta para cada uno de los miembros de la comunidad internacional de Estados.”)

²¹⁶ Para un análisis, véase Orakhelashvili (nota 136), págs. 8 y 9.

²¹⁷ Véase *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (IT -95-16-T), 14 de enero de 2000 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), párr. 520 (“la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas imperativas o *jus cogens*, es decir, de carácter inderogable y supremo.”). Véase, también, *RM & another v. Attorney General*, sentencia de 1 de diciembre de 2006, del Tribunal Superior de Kenya, *Kenyan Law Reports*, pág. 12. Véase, también, la causa *Siderman c. Argentina* (nota 195).

²¹⁸ Véanse *North Sea Continental Shelf Cases* (nota 128), párr. 72 (“[s]in tratar de entrar en una cuestión de *jus cogens* y muchos menos pronunciarse al respecto, está bien entendido que, en la práctica, las normas de derecho internacional pueden, por acuerdo, ser derogadas en casos particulares o entre partes privadas.”). Para un reconocimiento más explícito de la distinción entre *jus cogens* y *jus dispositivum*, véase la opinión en disidencia del Magistrado Tanaka en la causa *South West Africa Cases* (nota 130), pág. 298 (“el *jus cogens*, examinado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, [es] una especie de derecho imperativo que contrasta con el *jus dispositivum*, que puede ser modificado mediante acuerdo entre los Estados”) y el

El *jus cogens*, pues, tiene fuerza suficiente para limitar la libertad de contratar de los Estados²¹⁹.

66. La distinción entre *jus dispositivum*, sujeto al acuerdo de los Estados, y *jus cogens*, que los Estados no pueden eludir mediante acuerdo en contrario, también ha sido reconocida por los propios Estados²²⁰. Por cierto, esta distinción fue generalmente aceptada por los Estados en los procesos previos a la aprobación de la Convención de Viena y constituyó la base del acuerdo respecto del texto del artículo 53 de la Convención²²¹. La idea de que existían normas que los Estados no podían

voto particular del Magistrado Shahabuddeen en *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo de 14 de junio de 1993, *ICJ Reports* 1993, pág. 38, párr. 135 (“Los Estados tienen derecho en virtud de un acuerdo para suspender la aplicación de las normas de derecho internacional distintas del *jus cogens*”). Véase, también, el voto particular del Magistrado *ad hoc* Torres en la causa *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, *ICJ Reports* 2010, pág. 14, párr. 43 (“[p]or cuanto las normas establecidas en los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay no son normas imperativas (*jus cogens*), nada impide a las partes decidir por ‘mutuo acuerdo’”).

²¹⁹ *Reservations to Genocide Convention*, opinión consultiva (nota 187), pág. 24 (“[e]l objeto y propósito de la Convención es, pues, restringir la libertad de formular reservas”). Véase, también, el voto particular del Magistrado Schücking en la causa *Oscar Chinn*, fallo de 12 de diciembre de 1934, PCIJ, Ser. A/B, núm. 63, págs. 65 y ss., en especial pág. 148 (“[y] mucho me cuesta pensar que la Sociedad de las Naciones ya se hubiera embarcado en la codificación del derecho internacional si no fuera posible, incluso hoy día, crear *jus cogens*, cuyo efecto sería que, una vez que los Estados han convenido en ciertas normas de derecho y también se han comprometido a que esas normas no podrán ser alteradas solo por algunos de ellos, que todo acto otorgado en contravención de ese compromiso sería automáticamente nulo.”); voto en disidencia del Magistrado Fernandes en la causa *Right of Passage* (nota 129), párr. 29 (reglas “[v]arias normas *cogentes* tienen primacía sobre las normas especiales. Y los principios generales a los que me he de referir más adelante constituyen auténticas normas de *ius cogens* que no pueden ser alteradas por ninguna práctica especial”); voto particular del Magistrado Sette-Cama en la causa *Military and Paramilitary Activities* (nota 146), pág. 199; voto en disidencia del Magistrado Weeramantry, en la causa *Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, fallo de 12 de noviembre de 1991, *ICJ Reports* 1991, págs. 53 y ss., en especial pág. 155 (“... un tratado que vulnera una norma de *jus cogens*, aunque satisfaga plenamente con todos los requisitos de legitimidad procesal en cuanto a su establecimiento, puede todavía ser nula debido a un factor que escapa a esas formalidades procesales.”) Véase, también, el voto en disidencia del Magistrado De Castro en el asunto *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo de 20 de diciembre de 1974, *ICJ Reports* 1974, págs. 253 y ss., en especial pág. 389, en la que se cuestiona el carácter de *jus cogens* de la cláusula de un tratado, entre otras cosas, debido al derecho a retirarse.

²²⁰ Véanse, por ejemplo, la declaración del Sr. Elaraby (Egipto), en la 3505^a sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 28 de febrero de 1995 (S/PV.3505) (“Desde el punto de vista jurídico, hay un consenso en la comunidad internacional en el sentido de que existen normas de derecho internacional que tienen carácter prioritario (*sic*), conocidas como *jus cogens*. Estas normas no se pueden infringir ... Con arreglo a estas normas generales y obligatorias, ninguna de las partes puede esgrimir que un acuerdo bilateral, cualquiera que sea su naturaleza, puede permitirle negar el derecho de la comunidad internacional a cumplir su responsabilidad fundamental”); declaración del Sr. Mayoral, 5679^a sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 22 de mayo de 2007 (S/PV.5679) (“Son normas, recordemos, de *jus cogens* del derecho internacional y como tales no pueden soslayarse”). Véase, en particular, la declaración de Suecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo período de sesiones, Actas Resumidas de la Sexta Comisión*, 844^a sesión, párr. 11.

²²¹ Véase, por ejemplo, la declaración del Sr. Jacovides (Chipre), *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*

modificar mediante acuerdo no suscitó grandes discrepancias en la Conferencia de Viena²²². La labor de la Comisión misma, en lo que en última instancia pasó a ser el artículo 53 de la Convención, se basa en el entendimiento de que, en derecho internacional, se puede hacer una distinción entre *jus dispositivum* y *jus cogens*²²³.

67. Las normas de *jus cogens*, a diferencia de las de *jus dispositivum*, también están generalmente reconocidas como normas universalmente aplicables²²⁴. Como punto de partida, la mayoría de las normas de derecho internacional son vinculantes para los Estados que han convenido en ellas, en el caso de los tratados, o, como mínimo, para los Estados que no las han objetado persistentemente, en el caso del derecho internacional consuetudinario (*jus dispositivum*)²²⁵. El *jus cogens*, qua excepción a esta regla básica, presupone la existencia de normas “vinculantes para todos los miembros de la comunidad internacional”²²⁶. En realidad, la característica de

*de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11, 52ª sesión, párr. 68 (“además del *jus dispositivum* existía el *jus cogens*”); la declaración del Sr. Yasseen (Iraq), *ibid.*, párr. 23; y la declaración del Sr. Ogundero (Nigeria), *ibid.*, párr. 48. Véase, también, la declaración del Sr. Sinclair (Reino Unido), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 58 (“en una sociedad internacional bien organizada se necesitan normas de derecho más elevado que las normas puramente dispositivas que los Estados pueden derogar”).*

²²² Véanse las declaraciones del Sr. Suárez (México), *ibid.*, 52ª sesión, párr. 9 (“La aparición de un nuevo principio de *jus cogens* impedirá la celebración de tratados que estén en pugna con sus normas”); el Sr. Evrigenis (Grecia), *ibid.*, párr. 18 (“e indica los límites que la voluntad de los contratantes no puede rebasar”); el Sr. Sweeney (Estados Unidos), *ibid.*, párr. 16 (“la tesis fundamental de la Comisión [de Derecho Internacional] según la cual el *jus cogens* comprende normas que no admiten acuerdo en contrario ...”); y el Sr. Álvarez Tabío (Cuba), *ibid.*, párr. 34 (“el carácter imperativo de ciertas normas que tienen por efecto derogar otras de inferior jerarquía que se le opongan, aunque sean de carácter convencional, pues una norma imperativa general no puede ser quebrantada mediante acuerdo en contrario”). Véanse, sin embargo, las declaraciones del Sr. Miras (Turquía), *ibid.*, 53ª sesión, párr. 1, y del Sr. Harry (Australia), *ibid.*, párr. 13.

²²³ Véase, por ejemplo, el Tercer informe sobre el derecho de los tratados, presentado por el Relator Especial, Sr. G. G. Fitzmaurice (nota 74), pág. 40, párr. 76 (“Las normas de derecho internacional se dividen a este respecto en dos clases: aquellas que son obligatorias e imperativas en todas las circunstancias (*jus cogens*) y aquellas que se limitan a ofrecer una norma para su aplicación en ausencia de cualquier otro régimen concertado (*jus dispositivum*) o, más correctamente, aquellas cuya variación o modificación en virtud de un régimen convenido es lícita, siempre que no lesione la posición y derechos de terceros Estados.”).

²²⁴ Véase, por ejemplo, William Conklin, “The Preemptory Norms of the International Community” (2012), *European Journal of International Law*, vol. 23, págs. 837 y ss., en especial pág. 837. Véase, también, Christos Rozakis, *The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, 1976), pág. 78. Véase, también, Giorgio Gaja, “*Jus Cogens* Beyond the Law of Treaties” (1981), *Recueil de Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 172, págs. 271 y ss., en especial pág. 283. Véase, además, Hannikainen (nota 214), pág. 5 (“Por cuanto el propósito del *jus cogens* es amparar ciertos intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional de Estados, y las normas imperativas crean obligaciones para con dicha comunidad, únicamente la *universalidad* de las normas imperativas asegura la observancia del *jus cogens*”) (en cursivas en el original).

²²⁵ En cuanto a la norma del objeto persistente, véase el proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (nota 29).

²²⁶ Véanse, por ejemplo, Danilenko (nota 172), pág. 211; Alexidze (nota 30), pág. 246; Dupuy y Kerbrat (nota 170), pág. 322 (“la cohesión de ese cuerpo normativo exige el reconocimiento por todos sus sujetos de un mínimo de normas *imperativas*”); Rorh (nota 213), pág. 6; Criddle y Fox-Decent (nota 95), pág. 361 (“las normas imperativas deben encarnar principios generales y universales”); Dubois (nota 175), pág. 135 (“El *jus cogens*... es aplicable a todos los Estados independientemente de su consentimiento al respecto”). Véase, también, Orakhelashvili (nota

aplicabilidad universal dimana de la noción de inderogabilidad, es decir, resulta difícil comprender cómo una norma que no admite acuerdo en contrario solo pueda aplicarse a algunos Estados. De hecho, como indicó la Comisión en su comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de 1966, muchos de los que cuestionaban la existencia del *jus cogens* lo hacían fundados en que las normas del derecho internacional no eran universalmente aplicables²²⁷. Sin embargo, también se desprende de la idea, en el artículo 53 de la Convención de Viena, de que las normas de *jus cogens* son normas de derecho internacional general, una característica que se estudiará con más detalle en el próximo informe.

68. La idea de que las normas de *jus cogens* son universalmente aplicables tiene dos consecuencias que serán objeto de un estudio más detallado en futuros informes; lo que ahora se expone es, por tanto, de carácter provisional. En primer lugar, la doctrina del objetor persistente, cualquiera que sea su condición jurídica con respecto a las normas consuetudinarias de derecho internacional, no es aplicable al *jus cogens*²²⁸. Este aspecto, sin embargo, merece un mayor estudio y se abordará más cabalmente en el informe sobre las consecuencias del *jus cogens*. Una segunda y más compleja consecuencia de la aplicación universal es que las normas de *jus cogens* no se aplican en régimen regional o bilateral²²⁹. Aunque algunos autores

136), pág. 40. Véase, además, Saul (nota 179), pág. 31 (“Se supone que las normas de *jus cogens* son vinculantes para todos los Estados”). Véase la causa *Military and Paramilitary Activities* (nota 146), párr. 190 (“Los Estados Unidos de América, en su contramemoria sobre las cuestiones de la competencia y admisibilidad, consideraron esencial citar las opiniones de los tratadistas de que este principio constituye una ‘norma universal’, un ‘derecho internacional universal’, un ‘principio universalmente reconocido del derecho internacional’ y un ‘principio de *jus cogens*’”; véanse, también, la opinión consultiva sobre *Reservations to Genocide Convention* (nota 187), pág. 23, en que la Corte Internacional de Justicia se refiere al “carácter universal ... de la condenación del genocidio”; el voto particular del Magistrado Moreno Quintana en el asunto *Application of the Convention of 1902* (nota 130), pág. 106 (“[e]stos principios ... tienen un carácter imperativo y un alcance universal”); el voto en disidencia del Magistrado *ad hoc* Kreća en el asunto *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 188), párr. 101 (“la norma que prohíbe el genocidio, *qua* norma universal, obliga a los Estados en todas partes del mundo”); el voto en disidencia del Magistrado Cançado Trindade en la causa *Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute* (nota 135), párr. 102 (“el *jus cogens* [se basa] en los fundamentos mismos de un derecho internacional verdaderamente universal”). Véase *Jelisić* (nota 187), párr. 60, donde se cita con aprobación la declaración de la Corte Internacional de Justicia relativa a la aplicación universal de la prohibición del genocidio y su vinculación directa con el carácter de *jus cogens* de la prohibición. Véase *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, fallo de 3 de febrero de 1984, del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 (hay “un puñado de actos abominables, cada uno de los cuales es violatorio de normas definibles, universales y obligatorias”).

²²⁷ Véase el párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 99) (“algunos juristas [niegan] la existencia de normas de *jus cogens* en derecho internacional porque, a su juicio, hasta las normas más generales distan aún de ser universales”).

²²⁸ Criddle y Fox-Decent (nota 95), págs. 340 y ss. Rohr (nota 213), pág. 19. Véase, también, Dino Kritsiotis, “On the Possibilities Of and For Persistent Objection” (2010), *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol 21, págs. 121 y ss., en especial págs. 133 y ss. Véase, en contra, Gennady Danilenko “International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making” (1991), *European Journal of International Law*, vol. 2, págs. 42 y ss., en especial págs. 54 y ss.

²²⁹ Orakhleshvili (nota 136), págs. 32 y ss.

opinan que el *jus cogens* regional es posible²³⁰, el fundamento de esa opinión es todavía algo oscuro. Si existiera, el *jus cogens* regional sería una excepción a este principio general de la aplicación universal de las normas de *jus cogens*. La cuestión relativa a saber si el derecho internacional permite la doctrina del *jus cogens* regional se examinará en el informe final, sobre cuestiones diversas.

69. Un tema que guarda estrecha relación con la inderogabilidad es que las normas de *jus cogens* son jerárquicamente superiores a otras normas del derecho internacional²³¹. La idea de unas normas que puedan invalidar a otras y que no admiten acuerdo en contrario implica una jerarquía normativa²³². La idea de que el

²³⁰ Véase, por ejemplo, Władysław Czapliński, “*Jus Cogens and the Law of Treaties*”, en Tomuschat y Thouvenin (nota 183), pág. 93, y Kolb (nota 27), pág. 98. Véase Mathias Forteau, “Regional International Law”, en Rudiger Wolfrum (compilador), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2006, edición en línea), párr. 21, aunque habría que decir que el autor adopta una concepción relativamente restringida del “derecho internacional regional”, incluido el *jus cogens* (“en la actualidad, el hecho de que una norma internacional sea de naturaleza regional carece, como tal, de consecuencias jurídicas autónomas. Se observa que el derecho internacional regional solo es un concepto fáctico, no jurídico”).

²³¹ Véase *Furundžija* (nota 154), párr. 153 (una característica de la prohibición de la tortura “guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional ... este principio ha pasado a ser una norma imperativa o *jus cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional se ubica en un lugar superior al derecho dimanado de los tratados e incluso de las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”). Véanse, también, el voto particular del Magistrado Lauterpacht en la causa *Application of the Genocide Convention* (nota 153), párr. 100 (“El concepto de *jus cogens* obra como un concepto superior tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho dimanado de los tratados”); y el voto particular del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *Armed Activities in the Congo* (nota 188), párr. 10. Véase, también, el voto en disidencia del Magistrado Al Khasawneh en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, fallo de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports* 2002, pág. 3, párr. 7. Véase, también, la declaración de los Países Bajos, A/C.6/68/SR.25, párr. 101 (“El *jus cogens* tiene una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adopte la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario”). Véase, sin embargo, Kolb (nota 27), pág. 37, donde sugiere que debiera evitarse hablar de jerarquía y que se debería centrar la atención en la nulidad, ya que el primer concepto —el de jerarquía— suscita confusión y malentendidos.

²³² Véase la conclusión 6 de las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, celebrado en 2006, y presentadas a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (A/61/10, párr. 251), *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 177 y ss., en especial pág. 182 (“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 (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), 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, también, por ejemplo, Danilenko (nota 228), pág. 42. Conklin (nota 224), pág. 838 (“la posibilidad misma de una norma imperativa sugiere nuevamente una jerarquía de las normas del derecho internacional en la que las normas imperativas son ‘las normas fundamentales de la comunidad internacional’ en la cúspide”). Véase, también, Marjorie Whiteman “*Jus cogens in International Law, With a Projected List*” (1977), *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, págs. 609 y ss., en especial pág. 609; Janis, “The Nature of *Jus cogens*” (nota 174), pág. 360. Véase, además, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (terminado por Martin Koskenmiemi), 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682). y Tomuschat,

jus cogens puede invalidar otras normas jurídicas es tanto un resultado como un reflejo de la superioridad normativa²³³.

70. En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia observó que la cuestión de si una norma “forma o no parte del *jus cogens* se relaciona con el carácter jurídico de la norma”²³⁴. El carácter jurídico de las normas de *jus cogens* se vincula muchas veces con valores relacionados con el orden público. Kolb, que tiene sus reservas respecto del enfoque del *jus cogens* como orden público/valores, dice que hoy día “es la teoría absolutamente predominante”²³⁵. Sencillamente, el contenido de esas normas de orden público está destinado a la protección de los valores fundamentales de la comunidad internacional²³⁶. Como se explicó anteriormente, aunque el orden público suele presentarse como una teoría discreta, que compite con las teorías iusnaturalistas y iuspositivistas para explicar la fuente de la imperatividad, parece más apropiado para explicar la calidad de las normas. En verdad, las normas de orden público pueden explicarse tanto en términos de las teorías iuspositivistas como de las teorías iusnaturalistas.

71. Los valores amparados por las normas de *jus cogens* —los que constituyen “los valores fundamentales de la comunidad de derecho internacional”—, son valores “todos ellos de esencia civilizadora”²³⁷. Guardan relación con las consideraciones básicas de la humanidad²³⁸. La descripción por la Corte Internacional de Justicia de los valores en que se funda la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aunque sin invocar expresamente el *jus cogens*, es una descripción adecuada de los valores que caracterizan al *jus cogens*²³⁹. En esa causa, la Corte

“Reconceptualising the Debate on *Jus cogens* and Obligations *Erga Omnes*: Concluding Observations”, en Tomuschat y Thouvenin (nota 183), pág. 425 (“Una cosa, con todo, es cierta: que la comunidad internacional acepta hoy que hay una clase de preceptos jurídicos que es jerárquicamente superior a las normas ‘ordinarias’ del derecho internacional”). Véase, además, Dupuy y Kerbrat (nota 170), pág. 323.

²³³ Antonio Cassese, “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, en Antonio Cassese (compilador) *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), pág. 159.

²³⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva (nota 146), párr. 83.

²³⁵ Kolb (nota 27), pág. 32. Aunque tiene su origen en el derecho interno, en particular en la tradición romanista, esta tradición está firmemente arraigada en el derecho internacional. Orakhleshvili (nota 136), págs. 11 y ss.; Rivier (nota 173), pág. 567. Véase, también, sobre los vínculos entre el orden público del derecho civil y el orden público del derecho internacional, el voto particular del Magistrado Moreno Quintana en el asunto *Case Concerning the Application of the Convention of 1902*, pág. 106.

²³⁶ *Furundžija* (nota 154), párr. 153, donde se dice que la prohibición de la tortura es *jus cogens* “[d]ebido a la importancia de los valores que ampara”. Véase, también, el voto en disidencia del Magistrado Cançado Trindade en la causa *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 153), párr. 143.

²³⁷ Kolb (nota 201), pág. 482.

²³⁸ Causas *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007) (nota 146), párr. 160 (“[e]llo es así incluso si las presuntas violaciones son violaciones de obligaciones dimanantes de normas imperativas, o de obligaciones que amparan valores humanitarios esenciales”) y *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2015) (nota 146), párr. 85. Véase, también, el voto en disidencia del Magistrado Koroma en la opinión consultiva sobre *Nuclear Weapons* (nota 136), párr. 573 (el *jus cogens* posee “fundamentos humanitarios” y se sustenta en “los valores de los Estados Miembros”); Véase, además, el voto en disidencia del Magistrado Al-Khasawneh en la causa *Arrest Warrant* (nota 231), párr. 7. Véase, también, *Siderman v. Argentina* (nota 195), pág. 715.

²³⁹ *Reservations to Genocide Convention*, opinión consultiva (nota 187), págs. 23 y ss. véase, también, Patrizia Bisazza, “Les crimes à la frontières du *jus cogens*”, en Laurent Moreillon,

describió los valores subyacentes de la Convención contra el Genocidio de la siguiente manera:

La Convención fue manifiestamente adoptada para una finalidad puramente humanitaria y civilizadora ... para salvaguardar la existencia de ciertos grupos humanos y ... confirmar y validar los principios más elementales de la moralidad.

72. Si bien son características básicas, por oposición a requisitos, del *jus cogens*, no explican cómo se han de identificar las normas de *jus cogens* en el derecho internacional contemporáneo. Además, si bien algunas de esas características reflejan también las consecuencias del *jus cogens*, las consecuencias serán objeto de un informe más detallado en el futuro. A la interacción fluida entre los diversos elementos del tema —naturaleza, requisitos y consecuencias— ya se ha hecho alusión en partes anteriores del presente informe y los nexos descritos en la presente sección son un reflejo de esa interconexión.

VI. Forma del producto de la labor de la Comisión

73. El Relator Especial estima que un proyecto de conclusiones es la forma más apropiada para plasmar la labor de la Comisión sobre el tema. En la sinopsis, que sirvió de fundamento a la decisión de la Comisión de embarcarse en el proyecto, se propuso que un proyecto de conclusiones era el formato adecuado para plasmar esa labor. Por otra parte, un proyecto de artículos no sería un formato apropiado ya que, al igual que la labor de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y la práctica ulterior y los acuerdos ulteriores en relación con la interpretación de los tratados, el carácter esencial de la labor sobre este tema debería elucidar el estado del derecho a tenor de la práctica actual. El proyecto de conclusiones de la Comisión reflejará el derecho y la práctica actuales sobre el *jus cogens* y evitará los debates teóricos que suelen acompañar a las deliberaciones sobre el *jus cogens*.

VII. Conclusiones

74. A la luz del análisis *supra*, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de conclusiones para su examen por la Comisión.

Proyecto de conclusión 1

Alcance del tema

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la forma en que se deben determinar las normas de *jus cogens* y a las consecuencias jurídicas que de ellas dimanar.

Andre Kuhn, Aude Bichovsky, Aline Willi-Jayet y Baptiste Viredaz (compiladores), *Droit Pénal Humanitaire* (Bruselas, 2006), pág. 78, que evoca “una conciencia común de la humanidad”, y Laurence Boisson de Charzoune, “Commentaire”, en Karel Wellens y Rosario Huesa Vinaixa (compiladores), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 Mai 2005* (Bruselas, 2006), pág. 77, donde se habla de una “conciencia universal”. Véase, además, Stefanie Schmahl “An Example of *Jus Cogens*: The Status of Prisoners of War” en Tomuschat y Thouvenin (nota 183), pág. 49.

Proyecto de conclusión 2**Modificación, suspensión y abrogación de las normas de derecho internacional**

1. Las normas de derecho internacional pueden modificarse, suspenderse o abrogarse por acuerdo entre los Estados a los que la norma sea aplicable, salvo cuando dicha modificación, suspensión o abrogación esté prohibida por la norma en cuestión (*jus dispositivum*). La modificación, suspensión y abrogación pueden tener lugar mediante un tratado, el derecho internacional consuetudinario u otros acuerdos.

2. Una excepción a la norma enunciada en el párrafo 1 es la de las normas imperativas de derecho internacional general, que solo se pueden modificar, suspender o abrogar mediante normas que posean el mismo carácter.

Proyecto de conclusión 3**Naturaleza general de las normas de *jus cogens***

1. Se entiende por normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*) las normas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admiten modificación, suspensión o abrogación.

2. Las normas de *jus cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son de aplicación universal.

VIII. Labor futura

75. La labor futura de la Comisión será determinada por la composición de la Comisión en el próximo quinquenio. Sin embargo, el Relator Especial querría proponer que el próximo informe esté dedicado a las reglas para la identificación de las normas de *jus cogens*. El informe abarcaría la cuestión de las fuentes del *jus cogens*, es decir, si el *jus cogens* dimana del derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho u otras fuentes. Relacionado con la cuestión de las fuentes, aunque en general con la identificación del *jus cogens*, en el segundo informe se estudiará, también, el nexo entre el *jus cogens* y las cláusulas de inderogabilidad en los tratados de derechos humanos.

76. En el tercer informe, en 2018, se podrían examinar las consecuencias del *jus cogens*. En el cuarto informe se podrían tratar asuntos diversos que puedan dimanar de los debates en el seno de la Comisión y de las observaciones de los Estados. También daría oportunidad para analizar el proyecto de conclusiones ya aprobado, con miras a realzar su coherencia general.

77. Como se dijo antes, el enfoque de este tema necesariamente ha de ser flexible y la hoja de ruta que se ha delineado en el presente informe no tiene por qué ser inmutable. Bien se puede modificar a tenor de la orientación que pueda impartirle la Comisión.