



# Asamblea General

Distr. general  
12 de febrero de 2018  
Español  
Original: inglés

## Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones

Ginebra, 30 de abril a 1 de junio y 2 de julio

a 10 de agosto de 2018

### Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial\*

#### Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	2
II. Examen anterior del tema . . . . .	2
A. Debate en la Comisión . . . . .	2
B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General . . . . .	5
III. Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) . . . . .	8
A. Aspectos generales . . . . .	8
B. Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) . . . . .	12
C. Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) para el derecho de la responsabilidad del Estado . . . . .	32
D. Otros efectos de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) . . . . .	46
IV. Propuestas de proyectos de conclusión . . . . .	71
V. Labor futura . . . . .	75

\* El Relator Especial desea dar las gracias a Aldanah Rohr (Universidad de Buenos Aires), Paula Kates (Universidad de Nueva York) y Sean Yau (Leiden) por su inestimable apoyo a la investigación.



## I. Introducción

1. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión decidió incluir el tema “*Ius cogens*” en su programa de trabajo a largo plazo<sup>1</sup>. 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 Comisión<sup>2</sup>. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar a un Relator Especial<sup>3</sup>. En su septuagésimo período de sesiones, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa<sup>4</sup>.
2. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial<sup>5</sup> y decidió remitir dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción<sup>6</sup>. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial<sup>7</sup>, en el que este trataba de determinar los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).
3. En el presente informe se examinan las consecuencias y los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens*. Antes, se hará una breve reseña del examen del tema en el 68º período de sesiones de la Comisión.

## II. Examen anterior del tema

### A. Debate en la Comisión

4. En el segundo informe, el Relator Especial propuso seis proyectos de conclusión<sup>8</sup>. Los proyectos de conclusión sobre la identificación de las normas de *ius cogens* se basaban en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la “Convención de Viena de 1969”). Sobre la base del debate celebrado en el 68º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial también proponía en dicho informe que se cambiara el nombre del tema “*Ius cogens*” por el de “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>9</sup>. En

---

<sup>1</sup> Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 268 y anexo.

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

<sup>3</sup> Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 286.

<sup>4</sup> Véase la resolución 70/236 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015, párr. 7.

<sup>5</sup> [A/CN.4/693](#).

<sup>6</sup> Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 100.

<sup>7</sup> [A/CN.4/706](#).

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 91.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 90.

general, la propuesta de cambio de nombre tuvo buena acogida entre los miembros de la Comisión<sup>10</sup>.

5. En el proyecto de conclusión 4 propuesto por el Relator Especial se planteaban dos requisitos para la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general. En primer lugar, se proponía que la norma debía ser “una norma de derecho internacional general” y, en segundo lugar, que “debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite derogación”. En el proyecto de conclusión 5 propuesto por el Relator Especial se trataba de explicar en detalle lo que se entendía por “normas de derecho internacional general” y se establecía que el derecho internacional consuetudinario “es la base más común para la formación de las normas de *ius cogens*”, que los principios generales del derecho “también pueden servir de base para las normas de *ius cogens*” y que una norma establecida en un tratado “puede reflejar una norma de derecho internacional general capaz de adquirir la categoría de norma de *ius cogens*”.

6. En el proyecto de conclusión 6 se trataba de poner de relieve que para la identificación del *ius cogens* no bastaba con que la norma fuera de derecho internacional general, sino que, además, esta tenía que ser aceptada y reconocida. En el proyecto de conclusión 7 se trataba de describir la noción de comunidad internacional de Estados en su conjunto. Se afirmaba, entre otras cosas, que lo pertinente para la identificación de las normas de *ius cogens* era la actitud de los Estados y que, si bien las actitudes de los agentes distintos de los Estados “no pueden, por sí mismas, constituir aceptación y reconocimiento”, estas pueden ser pertinentes, permitiendo establecer un “contexto y evaluar las actitudes de los Estados”. Por último, se destacaba que la aceptación y el reconocimiento “por una gran mayoría de Estados” eran suficientes y que “no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados”.

7. En el proyecto de conclusión 8 propuesto por el Relator Especial se abordaba el sentido del requisito de la aceptación y el reconocimiento. Se distinguía entre la aceptación y el reconocimiento a los efectos de la identificación del *ius cogens*, por una parte, y la aceptación a los efectos del derecho internacional consuetudinario y el reconocimiento a los efectos de los principios generales del derecho, por la otra. Por último, en el proyecto de conclusión 9 se describen los materiales (y la entidad de los materiales) que pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad, entre ellos los tratados, las resoluciones, las declaraciones de Estados y los fallos de los tribunales, así como la labor de la Comisión.

8. El informe y los proyectos de conclusión propuestos fueron en general bien recibidos por los miembros de la Comisión. El debate se describe en el informe de la Comisión y no es necesario reproducirlo íntegramente en el presente informe<sup>11</sup>. El aspecto más criticado de los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe del Relator Especial era su carácter repetitivo, por lo que la mayoría de los

---

<sup>10</sup> Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 146. No obstante, el Sr. Cissé había sugerido que el nombre del tema se cambiara por “Identificación de normas imperativas de derecho internacional” (A/CN.4/SR.3373). La Sra. Oral por su parte, si bien aceptaba el cambio de nombre, afirmó que no debía interpretarse que la expresión “derecho internacional general” excluía las normas en virtud de regímenes especializados (*ibid.*).

<sup>11</sup> Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 162 a 210.

miembros insistieron en la necesidad de simplificarlos<sup>12</sup>. Gran parte de esa labor se llevó a cabo en el Comité de Redacción.

9. Fundamentalmente, varios miembros propusieron que el segundo criterio enunciado en el proyecto de conclusión 4, relativo a la aceptación y el reconocimiento, incluyera no solo la “inderogabilidad”, sino también el elemento de modificación previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>13</sup>. Con respecto al proyecto de conclusión 5, hubo preguntas sobre la definición del “derecho internacional general” y, en particular, sobre la necesidad de una definición más concisa del derecho internacional general<sup>14</sup>. También se formularon preguntas sobre la visible jerarquía implícita en la propuesta del Relator Especial, que parecía situar al derecho internacional consuetudinario por encima de los principios generales del derecho y el derecho de los tratados<sup>15</sup>. Numerosos miembros consideraban que el derecho de los tratados, en particular de los tratados multilaterales, podía no solo reflejar, sino también generar normas imperativas de derecho internacional general<sup>16</sup>. Se hizo especial referencia a las normas de la Carta de las Naciones Unidas que habían dado lugar a normas de *ius cogens*<sup>17</sup>. Otros miembros cuestionaron la inclusión en los proyectos de conclusión de principios generales del derecho como base de normas imperativas de derecho internacional general<sup>18</sup>. No obstante, en términos generales, el proyecto de conclusión 5 propuesto por el Relator Especial recibió el apoyo de los miembros de la Comisión.

10. La principal cuestión planteada por los miembros de la Comisión con respecto al proyecto de conclusión 8 se refería al empleo de la expresión “gran mayoría de Estados” para establecer el nivel de aceptación y reconocimiento que requería el *ius cogens*. Numerosos miembros consideraban que ese requisito debía ser más estricto y muchos propusieron hablar de “una gran mayoría”<sup>19</sup>. También hubo observaciones sobre el uso de la palabra “actitudes” en relación con la aceptación y el reconocimiento de los Estados<sup>20</sup>. Muchos miembros formularon valiosas observaciones sobre cuestiones tratadas en el primer informe, que también se abordaron brevemente en el segundo informe. Así ocurrió, entre otras, con las

<sup>12</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3372), Sr. Park (A/CN.4/SR.3369), Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3370), Sr. Hmoud (*ibid.*), Sr. Hassouna (*ibid.*), Sr. Nolte (*ibid.*), Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3372), Sr. Ruda Santolaria (*ibid.*), Sr. Reinisch (*ibid.*) y Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3373).

<sup>13</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3369), Sra. Oral (A/CN.4/SR.3373) y Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3372). No obstante, el Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3369) propuso un enfoque de tres pasos con respecto a la identificación, consistente en demostrar que es: i) una norma de derecho internacional general; ii) una norma inderogable; y iii) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

<sup>14</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Murase (A/CN.4/SR.3369) y Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3370).

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, Sra. Oral (A/CN.4/SR.3373).

<sup>16</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370) y Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3373). No obstante, véanse Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3370) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3372).

<sup>17</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Kolodkin (A/CN.4/SR.3372) y Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3373). Véanse ejemplos de opiniones contrarias en Sr. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3372), Sr. Ruda Santolaria (*ibid.*) y Sr. Reinisch (*ibid.*).

<sup>18</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Murase (A/CN.4/SR.3369), Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3370) y Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3369). Véase, sin embargo, Sr. Hassouna (A/CN.4/SR.3370).

<sup>19</sup> Véanse, por ejemplo, Sr. Murase (A/CN.4/SR.3369), Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3369) y Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370).

<sup>20</sup> Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3370), Sir Michael Wood (resumen en A/CN.4/SR.3372) y Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370).

cuestiones de la conveniencia de una lista ilustrativa<sup>21</sup> y las características básicas de las normas de *ius cogens*<sup>22</sup>.

11. Todos los proyectos de conclusión se remitieron al Comité de Redacción que, gracias a las valiosas intervenciones de los miembros de la Comisión, pudo aprobar provisionalmente los proyectos de conclusión 2 (naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)), 4 (criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)), 5 (bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)), 6 (aceptación y reconocimiento) y 7 (comunidad internacional de Estados en su conjunto)<sup>23</sup>. El Relator Especial ha indicado que preferiría mantener los proyectos de conclusión en el Comité de Redacción, por lo que no se han remitido para su examen en sesión plenaria.

## B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General

12. Si bien la mayoría de los Estados siguieron expresando su apoyo a que la Comisión examinara el tema, algunos continuaron manifestando preocupación<sup>24</sup>. Varias delegaciones apoyaron especialmente el enfoque adoptado por el Relator Especial, la Comisión y el Comité de Redacción<sup>25</sup>. En la Sexta Comisión, varios Estados hicieron referencia a determinados proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Algunos expresaron frustración por la no inclusión de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en el informe, y señalaron que ello causaba confusión<sup>26</sup>. La Comisión se ocupará de esta cuestión en el contexto del Grupo de Trabajo sobre Métodos de Trabajo.

13. Algunos Estados expresaron su disconformidad con el proyecto de conclusión 2 (características) aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>27</sup>. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por ejemplo, si bien no discrepaba necesariamente del contenido, consideraba que la inclusión de las características no aportaba nada y señaló que podía afectar a los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* previstos en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>28</sup>. No obstante, otros Estados manifestaron su reconocimiento y apoyo al proyecto de

<sup>21</sup> Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (A/69/10), párr. 180.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párrs. 167, 168 y 178.

<sup>23</sup> Declaración de la Presidencia del Comité de Redacción sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), 26 de julio de 2017, anexo.

<sup>24</sup> Expresaron su apoyo al tema Australia (A/C.6/72/SR.26); Belarús (*ibid.*); Croacia (A/C.6/72/SR.20); Dinamarca en nombre de Finlandia, Islandia y Suecia (A/C.6/72/SR.25); Eslovaquia (A/C.6/72/SR.26); Eslovenia (A/C.6/72/SR.25); Grecia (*ibid.*); el Japón (A/C.6/72/SR.26); Portugal (A/C.6/72/SR.25); el Reino Unido (A/C.6/72/SR.26); la República Checa (*ibid.*); Rumania (*ibid.*); Singapur (A/C.6/72/SR.25); Sudáfrica (A/C.6/72/SR.24); y Trinidad y Tabago en nombre de la Comunidad del Caribe (CARICOM) (A/C.6/72/SR.25). Expresaron preocupación los Estados Unidos (A/C.6/72/SR.26), Francia (A/C.6/72/SR.25) y Turquía (A/C.6/72/SR.26).

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, la Argentina (A/C.6/72/SR.26), El Salvador (*ibid.*), Eslovaquia (*ibid.*) y Rumania (*ibid.*).

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, Australia (resumen en A/C.6/72/SR.25).

<sup>27</sup> Véanse China (A/C.6/72/SR.23), los Estados Unidos (A/C.6/72/SR.26), la Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19), Francia (A/C.6/72/SR.25), Israel (A/C.6/72/SR.26) y el Reino Unido (*ibid.*).

<sup>28</sup> Reino Unido (A/C.6/72/SR.26). Véase también los Países Bajos (*ibid.*).

conclusión 2<sup>29</sup>. Singapur afirmó que debía aclararse cuál era exactamente la relación entre las características y los criterios, tal vez en el comentario<sup>30</sup>. Además de establecer los criterios, la República Islámica del Irán consideraba que también era importante abordar la cuestión de quién podía determinar si estos se habían cumplido<sup>31</sup>.

14. La mayoría de los Estados expresaron su apoyo a la utilización del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para establecer los criterios de identificación de las normas imperativas<sup>32</sup>. No obstante, el Reino Unido fue más allá y sugirió que el artículo 53 no solo debía ser el punto de partida, también debe ser el punto final<sup>33</sup>. Tailandia, por su parte, recordó que, al recurrir al artículo 53, también se debían tener en cuenta las reglas de interpretación recogidas en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969<sup>34</sup>. En lo que respecta a los criterios, la mayoría de los Estados apoyaba los dos establecidos por el Comité de Redacción. La Federación de Rusia, no obstante, propuso que se añadiera la “inderogabilidad” como elemento específico de los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*<sup>35</sup>. La República Islámica del Irán, en cambio, afirmó que la inderogabilidad era una consecuencia, y no un criterio<sup>36</sup>. Grecia, por su parte, propuso que se estudiara la posibilidad de incluir, como tercer criterio, el elemento de reflejar los valores fundamentales de la comunidad internacional<sup>37</sup>. El Reino Unido, a su vez, señaló que el requisito relativo a “la aceptación y el reconocimiento” no era suficiente y que la práctica debía jugar un papel<sup>38</sup>. También en relación con “la aceptación y el reconocimiento”, Eslovaquia indicó que se requería mayor claridad<sup>39</sup> al respecto, mientras que Eslovenia sugirió que se estudiara la posibilidad de incluir la aquiescencia<sup>40</sup>. A este respecto, podría ser útil recordar la advertencia de Croacia en el sentido de que el tema debía tener en cuenta la evolución de la labor de la Comisión sobre los temas “Identificación del derecho internacional consuetudinario” y, en caso de que se incluyera en el programa, “Principios generales del derecho”<sup>41</sup>.

15. Una de las cuestiones que más debate suscitó era la de las fuentes del *ius cogens*. Si bien la inmensa mayoría de los Estados convenían en que el derecho internacional consuetudinario era la base más evidente de las normas imperativas, existían discrepancias acerca del papel de otras fuentes. Alemania y la República Checa, por ejemplo, dudaban de que otras fuentes pudieran ser la base de las normas imperativas<sup>42</sup>. Por otra parte, se expresó la opinión de que las tres fuentes constituían la base de normas imperativas. Otros Estados señalaron que, además de en el derecho internacional consuetudinario, las normas imperativas también podían basarse en los

<sup>29</sup> Véanse, por ejemplo, la Argentina (A/C.6/72/SR.26), Austria (A/C.6/72/SR.25), Belarús (A/C.6/72/SR.26), Eslovenia (resumen en A/C.6/72/SR.25), el Perú (A/C.6/72/SR.25) y Portugal (*ibid.*).

<sup>30</sup> Singapur (A/C.6/72/SR.25).

<sup>31</sup> Irán (República Islámica del) (A/C.6/72/SR.26).

<sup>32</sup> Véanse, por ejemplo, la Federación de Rusia (resumen en A/C.6/72/SR.19), Tailandia (A/C.6/72/SR.26) y Trinidad y Tabago en nombre de la CARICOM (A/C.6/72/SR.25).

<sup>33</sup> Reino Unido (A/C.6/72/SR.26).

<sup>34</sup> Tailandia (A/C.6/72/SR.26).

<sup>35</sup> Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19).

<sup>36</sup> Irán (República Islámica del) (A/C.6/72/SR.26).

<sup>37</sup> Grecia (A/C.6/72/SR.25).

<sup>38</sup> Reino Unido (A/C.6/72/SR.26).

<sup>39</sup> Eslovaquia (A/C.6/72/SR.26).

<sup>40</sup> Eslovenia (A/C.6/72/SR.25).

<sup>41</sup> Croacia (A/C.6/72/SR.20).

<sup>42</sup> Alemania (A/C.6/72/SR.26) y República Checa (*ibid.*).

principios generales del derecho<sup>43</sup>. Se dijo que las normas establecidas en un tratado también podían constituir la base de las normas imperativas, además de ser un mero reflejo de estas<sup>44</sup>. En otra intervención se señaló que no existía apoyo a la opinión de que las normas imperativas podían basarse en los principios generales<sup>45</sup>. Israel apoyó la distinción entre las fuentes que constituían la base de las normas imperativas y las fuentes que las reflejaban<sup>46</sup>.

16. También había consenso general entre los Estados en que el criterio de la “gran mayoría” previsto en los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial era insuficiente. Por consiguiente, muchos Estados apoyaban el criterio de “una mayoría muy amplia” aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción. No obstante, China señaló que el criterio de “una mayoría muy amplia” era tan impreciso como el de “una gran mayoría”<sup>47</sup>. Otros Estados, en cambio, apoyaban el establecimiento de un criterio aún más estricto. En este sentido, Rumania dijo que, si bien apoyaba el criterio de “una mayoría muy amplia”, su aplicación en la práctica equivalía a exigir una “cuasi unanimidad”<sup>48</sup>. No obstante, algunos Estados señalaron que no se debían utilizar expresiones que pudieran dar a entender que se exigía el consentimiento de todos los Estados<sup>49</sup>. En cualquier caso, Polonia indicó acertadamente que la cuestión de la mayoría debía considerarse desde el punto de vista no solo de la cantidad, sino también de la representatividad de esos Estados<sup>50</sup>.

17. También se planteó la cuestión del *ius cogens* regional, que se examinará en el próximo informe del Relator Especial. Se dijo que no podía haber un *ius cogens* regional<sup>51</sup>. Alemania, si bien convenía en que el *ius cogens* regional no era posible en derecho internacional, prefería que esa cuestión no se abordara en absoluto<sup>52</sup>. Asimismo, en relación con el alcance del tema, algunos Estados señalaron que, en su examen del tema, la Comisión no debía tener en cuenta únicamente el derecho de los tratados<sup>53</sup>.

18. Los materiales mencionados en el proyecto de conclusión 9 propuesto por el Relator Especial también fueron objeto de debate. Eslovenia destacó que la lista no era exhaustiva<sup>54</sup> y los Estados Unidos cuestionaron la inclusión de las resoluciones de los tribunales y cortes internacionales como prueba de la aceptación por los Estados<sup>55</sup>. Muchos Estados siguieron debatiendo la pertinencia de incluir una lista ilustrativa de normas. Si bien algunos eran partidarios de dicha inclusión, otros Estados no la

<sup>43</sup> Croacia (A/C.6/72/SR.24).

<sup>44</sup> Belarús (A/C.6/72/SR.26) y Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19). Véase, no obstante, España (A/C.6/72/SR.25).

<sup>45</sup> China (A/C.6/72/SR.23), España (A/C.6/72/SR.25), que declaraba que lo máximo que podían hacer los tratados era “reflejar” las normas de *ius cogens*, y los Estados Unidos (A/C.6/72/SR.26).

<sup>46</sup> Israel (A/C.6/72/SR.26).

<sup>47</sup> Alemania (A/C.6/72/SR.26) y China (A/C.6/72/SR.23).

<sup>48</sup> Rumania (A/C.6/72/SR.26). Véanse la Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19) y también Reino Unido (A/C.6/72/SR.26).

<sup>49</sup> Eslovenia (A/C.6/72/SR.25).

<sup>50</sup> Polonia (A/C.6/72/SR.24).

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, Polonia (A/C.6/72/SR.24).

<sup>52</sup> Alemania (A/C.6/72/SR.26). Véase también el Japón (*ibid.*).

<sup>53</sup> Japón (A/C.6/72/SR.26) y Países Bajos (*ibid.*).

<sup>54</sup> Eslovenia (A/C.6/72/SR.25). Véase también Chile (A/C.6/72/SR.23).

<sup>55</sup> Estados Unidos (A/C.6/72/SR.26).

apoyaban<sup>56</sup>. Otros Estados fueron más moderados al expresar su preocupación por la conveniencia de incluir una lista<sup>57</sup>.

19. El Relator Especial ha tomado nota de la mayoría de esas observaciones, algunas de las cuales podrían abordarse en los comentarios. Otras observaciones podrían, sobre la base de un futuro debate en la Comisión o en el contexto de la finalización de los proyectos de conclusión en el Comité de Redacción, dar lugar a la modificación de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Cabe destacar, no obstante, que estas observaciones se tendrán en cuenta en algún momento antes de que la Comisión apruebe el proyecto de conclusiones en primera lectura.

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

#### A. Aspectos generales

20. En la sinopsis sobre cuya base se decidió incluir el tema en el programa de trabajo de la Comisión se señalaba que el “[e]xamen de los efectos y las consecuencias del *ius cogens* probablemente será la parte más complicada del estudio”<sup>58</sup>. También se ha dicho que la cuestión de los efectos y las consecuencias del *ius cogens*, además de ser la más complicada, también es la más importante<sup>59</sup>. Costelloe ha señalado que la identificación de las consecuencias del *ius cogens* es más útil que la identificación de la norma de *ius cogens* en sí<sup>60</sup>. Del mismo modo, si bien observa que la mayor parte de las obras sobre el *ius cogens* se centran en su identificación, Focarelli ha afirmado que hoy en día puede resultar inútil saber que una norma es imperativa si no hay certeza sobre los efectos jurídicos concretos que ello implica<sup>61</sup>. En este sentido, Kolb ha descrito la cuestión de las consecuencias y los efectos indicando que es delicada, compleja e importante a la vez<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> No apoyaban la inclusión de una lista ilustrativa Alemania (A/C.6/72/SR.26), Australia (*ibid.*), España (A/C.6/72/SR.25), la Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19), los Países Bajos (A/C.6/72/SR.26), Polonia (A/C.6/72/SR.24), Tailandia (A/C.6/72/SR.25) y Turquía (A/C.6/72/SR.26). Se mostraron a favor de la lista ilustrativa Austria (A/C.6/72/SR.25), El Salvador (A/C.6/72/SR.26), Eslovenia (A/C.6/72/SR.25), el Japón (A/C.6/72/SR.26), México (A/C.6/72/SR.25), Nueva Zelanda (A/C.6/72/SR.24) y Portugal (A/C.6/72/SR.25).

<sup>57</sup> Por ejemplo, Israel (A/C.6/72/SR.26) señaló que sería prematuro elaborar una lista antes de determinar los criterios y las consecuencias, Singapur opinaba que la pertinencia de la idea dependería de la metodología (*ibid.*), y la Federación de Rusia (A/C.6/72/SR.19) declaró que la cuestión debía abordarse con cautela.

<sup>58</sup> Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (A/69/10), anexo, párr. 17. Véase también Ulf Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 51 a 84, en especial pág. 53.

<sup>59</sup> Países Bajos (resumen en A/C.6/72/SR.26).

<sup>60</sup> Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2017), pág. 15. Véase también Elizabeth Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 211 a 239.

<sup>61</sup> Carlo Focarelli, “Promotional *jus cogens*: a critical appraisal of *jus cogens*’ legal effects” (2008), *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), págs. 429 a 459, en especial pág. 440, donde se añade que en la actualidad no parece suficiente saber que una norma es imperativa; lo que resulta decisivo en última instancia es saber cuáles son sus efectos especiales.

<sup>62</sup> Robert Kolb, *Peremptory international law – jus cogens: a general inventory* (Oxford y Portland (Oregón), Hart Publishing, 2015), pág. 104.

21. La importancia y la complejidad de la cuestión de las consecuencias resultan más evidentes si se tiene en cuenta la escasez de práctica sobre las consecuencias del *ius cogens*<sup>63</sup>. Con frecuencia se ha observado que, si bien las cortes y los tribunales se han referido al *ius cogens* e incluso han identificado normas que pueden calificarse de *ius cogens*, hay muy pocos casos en que se hayan determinado consecuencias jurídicas concretas<sup>64</sup>. El Relator Especial es consciente de ello, pero cree que el enfoque de la Comisión con respecto a la evaluación de las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional debe ajustarse al descrito en el primer informe del Relator Especial:

“[L]a Comisión [...] 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 formas, la práctica judicial, la doctrina y cualquier otro material pertinente.”<sup>65</sup>

22. Otra cuestión metodológica en lo que respecta a las consecuencias se refiere a la relación entre los criterios relativos al *ius cogens*, por una parte, y las consecuencias, por la otra. Algunos de los autores que sostienen que la identificación de las consecuencias es más importante que la identificación de una norma como norma de *ius cogens* han afirmado que son las consecuencias las que dan a una norma su carácter imperativo<sup>66</sup>. En otras palabras, para determinar si una norma es de *ius cogens* no basta con aplicar algunos criterios doctrinales predeterminados. Por el contrario, es importante identificar las consecuencias derivadas de *esa norma en particular* y determinar si esas consecuencias implican “inderogabilidad”, en cuyo

<sup>63</sup> Véanse, por ejemplo, Alemania (A/C.6/72/SR.26), los Estados Unidos (*ibid.*) y los Países Bajos (*ibid.*).

<sup>64</sup> Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 23 a 50, en especial pág. 35 (donde se señala la escasez de práctica de los Estados o de jurisprudencia con respecto a cualquiera de las funciones del *ius cogens* y se sostiene que su función real parece ser más parecida a la de Sherlock Holmes, al ser una importante, aunque simbólica, expresión o declaración de valores de la sociedad); Louis J. Kotzé, “Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms”, *ibid.*, págs. 241 a 272, en especial pág. 246; Stefan Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms” *ibid.*, págs. 147 a 172, en especial pág. 165 (donde se afirma que, si bien los expertos redactores de la Convención de Viena de 1969 y de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos tenían en mente claras consecuencias en lo que respecta a la práctica, los tribunales prefieren una noción muy abstracta de las normas imperativas sin enunciar efectos jurídicos específicos); Thomas Kleinlein, “*Jus Cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” *ibid.*, págs. 173 a 210, en especial pág. 175 (donde se afirma que puede decirse que la inquietante incertidumbre sobre la posición jerárquica del *ius cogens* se refleja en el hecho de que en realidad es muy poco habitual que este se haya invocado con éxito en un tribunal para resolver un conflicto de normas). Véase, no obstante, Sévrine Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (Zurich, Schulthess, 2015), pág. 3, donde se enumeran varios ámbitos en que la práctica ha reconocido efectos del *ius cogens*.

<sup>65</sup> A/CN.4/693, párr. 14.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, Stefan Kadelbach, “*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin (eds.) (Leiden y Boston, Martin Nijhoff, 2006), pág. 29. Véase también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 64 *supra*), pág. 176 (donde se afirma que la definición de las normas imperativas que figura en la segunda oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la inderogabilidad como el elemento determinante de su condición especial).

caso la norma es de *ius cogens*<sup>67</sup>. No obstante, como se pone de manifiesto en el segundo informe del Relator Especial, existen criterios particulares para calificar a una norma de *ius cogens*<sup>68</sup>. Este enfoque es coherente tanto con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como con la práctica. Si una norma cumple estos criterios, se derivan ciertas consecuencias. El presente informe tiene por objeto identificar esas consecuencias.

23. El Relator Especial se detiene aquí para recordar un sentimiento expresado en los dos primeros informes, a saber, que su planteamiento es evitar los debates teóricos. Así, gran parte del debate sobre las consecuencias del *ius cogens* parece estar centrado en la disyuntiva de adoptar un enfoque limitado o amplio con respecto a dichas consecuencias<sup>69</sup>. Muy a menudo, la decisión de adoptar un enfoque amplio o limitado está motivada por consideraciones políticas<sup>70</sup>. Knuchel describe del siguiente modo la tendencia de los autores modernos:

“Las contribuciones académicas presentan una imagen desconcertante de los efectos del *ius cogens*: en un extremo del espectro, se niega al *ius cogens*

<sup>67</sup> Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (véase la nota 62 *supra*), pág. 2 (donde se afirma que el *ius cogens* se caracteriza por una cualidad determinada de la norma en cuestión, a saber, su inderogabilidad), y págs. 39 y 40, donde se argumenta que el enfoque correcto es centrarse en el efecto o los efectos del *ius cogens* al definirlo, en lugar de en su “contenido sustantivo”. Kolb afirma que la Comisión ha adoptado este enfoque al no indicar qué normas son *ius cogens* ni qué criterios sustantivos permiten definir tales normas (*ibid.*, pág. 39). Véase también Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 15 (donde se señala que, si bien el contenido de determinadas normas primarias de derecho internacional sin duda ha llevado al desarrollo del concepto de normas imperativas, desde un punto de vista estrictamente jurídico son las consecuencias de una norma las que hacen que esta se manifieste de una manera *sustancialmente* diferente a otras normas jurídicas internacionales. En la práctica, cuando no es posible determinar los efectos particulares que hacen que una norma “imperativa” sea *sustancialmente* diferente de otras normas jurídicas internacionales, es difícil imaginar las características jurídicas, si es que las hubiera, que describe ese término).

<sup>68</sup> Véase A/CN.4/706. Véase también la declaración de la Presidencia del Comité de Redacción sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), 26 de julio de 2017, anexo.

<sup>69</sup> Para un análisis de la cuestión, véase Maarten den Heijer y Harmen van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law” *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 3 a 22, en especial pág. 4, donde se señala que, para algunos, el *ius cogens* no es más que la incantación apodíctica de un mago que agita su varita para poner fin a todos los debates. Véase especialmente Alexander Orakhelashvili, “Audience and authority – The merit of the doctrine of *jus cogens*”, *ibid.*, págs. 115 a 146, en especial pág. 117 (donde se afirma que la opinión sobre el *ius cogens* variará en función de la escuela a la que se pertenezca: o se considera que tiene amplios efectos transparentes que aseguran una mayor rendición de cuentas, o se opta por una visión más limitada de este que evita toda intrusión significativa de los tribunales en cuestiones que podrían solucionarse mejor mediante la alta política y la alta diplomacia) y pág. 118 (donde se afirma que los partidarios de la visión “más limitada” del *ius cogens* ocupan actualmente el mismo nicho doctrinal que el ocupado hace décadas por quienes negaban la existencia del *ius cogens*). Véase también Gennady Danilenko, *Law-making in the International Community* (Dordrecht, Boston y Londres, Martinus Nijhoff, 1993), pág. 212 (donde se afirma que los acontecimientos reflejan el deseo de la comunidad internacional de basarse en el *ius cogens* en un contexto mucho más amplio); y Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pág. 144.

<sup>70</sup> Thomas Giegerich, “Do damages claims arising from *jus cogens* violations override State immunity from the jurisdiction of foreign courts?”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat y Thouvenin (véase la nota 66 *supra*), pág. 205.

cualquier efecto jurídico especial, mientras que, en el otro, este parece ser una norma polivalente.”<sup>71</sup>

24. En el presente informe, el Relator Especial no adopta un enfoque limitado ni amplio, ni trata en modo alguno de encontrar un punto medio entre ambos enfoques. Más bien, en consonancia con el enfoque propugnado en su informe anterior, intenta determinar las consecuencias del *ius cogens* utilizando los métodos y materiales tradicionales de la Comisión.

25. Desde un punto de vista estructural, se pueden adoptar múltiples enfoques para evaluar los efectos del *ius cogens* en el derecho internacional. Se podrían evaluar los efectos del *ius cogens* a través del prisma de las fuentes: el derecho de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y los actos unilaterales. También se podrían evaluar las consecuencias del *ius cogens* sobre la base de sus funciones, por ejemplo, la función de promoción de la rendición de cuentas, la función de resolución de los conflictos entre normas de derecho internacional, la función de nulidad o la función declarativa<sup>72</sup>. También sería posible evaluar las consecuencias del *ius cogens* mediante un análisis del sentido de la “derogabilidad” como principal consecuencia del *ius cogens*<sup>73</sup>. Las consecuencias del *ius cogens* también se pueden estudiar desde la perspectiva de los diferentes ámbitos del derecho internacional, como los derechos humanos, el derecho de las inmunidades, el derecho del medio ambiente y la paz y la seguridad, entre otros.

26. Cada uno de estos diversos enfoques sistemáticos —y, sin duda, hay otros enfoques posibles— tiene sus ventajas e inconvenientes. Por ello, El Relator Especial ha decidido no adoptar ningún enfoque sistemático en particular, sino centrarse en las posibles consecuencias del *ius cogens* que han sido identificadas con mayor frecuencia. Pueden ser consecuencias del *ius cogens* en relación con los tratados y consecuencias del *ius cogens* en relación con la responsabilidad del Estado.

27. No obstante, se han señalado otros efectos que, por lo tanto, deben tenerse en cuenta. A menudo se han planteado también los efectos del *ius cogens* en la responsabilidad penal individual por la contravención del derecho penal internacional. También tendrían que examinarse las consecuencias del *ius cogens* para

<sup>71</sup> Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (véase la nota 64 *supra*), pág. 4. Véase también Christian Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on *ius cogens* and obligations *erga omnes* – concluding observations”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat y Thouvenin (véase la nota 66 *supra*), pág. 426. Véase también Jean d’Aspremont, “*Jus cogens* as a social construct without pedigree”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 85 a 114, en especial pág. 94 (donde se afirma que, de hecho, gracias al *ius cogens*, los juristas internacionales han considerado que se puede esperar más de su ordenamiento jurídico sistémico y moralmente coherente. De este modo, han llegado a la conclusión de que los efectos jurídicos tradicionalmente asociados al *ius cogens* eran demasiado modestos y excesivamente limitados. En virtud del *ius cogens*, el ordenamiento jurídico internacional supuestamente sistémico y moralmente coherente sigue siendo una “revolución inconclusa” que deja a los juristas internacionales con el deseo de utilizar su irresistible poder para culminar la tarea). Véase también Focarelli, “Promotional *ius cogens*” (nota 61 *supra*), pág. 440 (donde se afirma que los tribunales y la doctrina han asumido progresivamente que el *ius cogens* debe producir un número prácticamente ilimitado de efectos “prioritarios”, cuando no “constitucionales”).

<sup>72</sup> Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (véase la nota 64 *supra*), págs. 35 y ss. Véase también Kadelbach, “Genesis, function and identification of *ius cogens* norms” (nota 64 *supra*), págs. 161 y ss.

<sup>73</sup> Véase, en términos generales, Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (nota 62 *supra*).

el derecho internacional consuetudinario y para las resoluciones del Consejo de Seguridad.

28. En los dos últimos debates, tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión, se ha hecho referencia a las características básicas propuestas por el Relator Especial, que posteriormente se han incorporado en el proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción. Uno de los argumentos de algunos miembros de la Comisión y algunos Estados es que esas características son consecuencias y, por consiguiente, deben abordarse en el contexto de las consecuencias. El Relator Especial ha expresado constantemente la opinión de que esas características en sí mismas tienen consecuencias. Por ejemplo, una de las consecuencias de la superioridad jerárquica es la nulidad de otras normas de derecho internacional. Esta posible consecuencia puede evaluarse, por ejemplo, en el contexto de las consecuencias del *ius cogens* en relación con los tratados o con el derecho internacional consuetudinario. En el informe se tratarán las características en el lugar correspondiente en referencia a cada consecuencia.

29. En la siguiente sección del presente capítulo (secc. B) se examinarán las consecuencias del *ius cogens* para los tratados. En la sección C se abordarán las consecuencias del *ius cogens* para la responsabilidad del Estado y a continuación, en la sección D, se verán otras consecuencias del *ius cogens* como los efectos sobre la responsabilidad penal individual, las consecuencias para otras fuentes y las consecuencias para el arreglo internacional de controversias.

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

### **1. Nulidad de los tratados por conflicto con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

30. La consecuencia jurídica más comúnmente asociada al carácter de *ius cogens* de una norma es la nulidad de los tratados<sup>74</sup>. Para algunos, es la principal, o incluso única, consecuencia del carácter de *ius cogens* de una norma<sup>75</sup>. Otros creen que, dada la

<sup>74</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community* (véase la nota 69 *supra*), pág. 212 (donde se afirma que, tal como se concibió inicialmente en el proceso de codificación relacionado con el derecho de los tratados, el concepto de *ius cogens* se aplica únicamente a las relaciones convencionales. Su función principal es anular los acuerdos bilaterales y multilaterales contrarios a las normas comunitarias fundamentales reconocidas como “derecho superior”). Véase también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 66 *supra*), pág. 181.

<sup>75</sup> Véase, en términos generales, Kyoji Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), págs. 27 a 43, y Den Heijer y Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law” (nota 69 *supra*), pág. 7. Véase también Thirlway, *The Sources of International Law* (nota 69 *supra*), pág. 145 (donde se afirma que la importancia de la cualidad de *ius cogens* de una norma, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena, radica simplemente en que supone la nulidad de todo acuerdo que tenga por objeto contradecir o eludir esa norma. Los académicos se han visto inevitablemente tentados a atribuir al concepto efectos de mayor calado, dado que el *ius cogens* debe tener el mayor alcance posible). Véase Antonio Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, en *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Antonio Cassese (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 158 (donde se afirma que, hasta ahora, no ha habido objeciones a la idea de que el *ius cogens* tiene o puede tener repercusiones en determinados ámbitos del derecho internacional distintos de la elaboración de tratados (como el reconocimiento de los Estados, las reservas a los tratados o la inmunidad de jurisdicción, entre otros).

escasez de la práctica en materia de nulidad de tratados por incompatibilidad con normas de *ius cogens*, vale la pena preguntarse si las disposiciones que prevén la consecuencia de la nulidad de un tratado por ser contrario al *ius cogens* pueden haberse convertido en letra muerta<sup>76</sup>. Por supuesto, esto puede ser una exageración, ya que algunos autores han señalado casos en que se ha invocado la nulidad de tratados por estar en conflicto con el *ius cogens*<sup>77</sup>. Se ha sugerido incluso que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Carta Árabe de Derechos Humanos son nulas por estar en conflicto con la norma de *ius cogens* relativa a la libre determinación<sup>78</sup>.

31. A lo largo de los años, muchos Estados han señalado tratados que, a su juicio, eran nulos por ser incompatibles con normas de *ius cogens*<sup>79</sup>. La incompatibilidad o no de esos tratados con normas de *ius cogens* carece de pertinencia a los fines del presente examen. Lo que importa a los efectos del presente informe es la convicción de que determinados tratados son incompatibles con el *ius cogens* y, por ello, nulos. En la causa relativa a *Timor Oriental*, Australia, al analizar las implicaciones del argumento de Portugal, observa que si la Corte aceptara el argumento de Portugal de que el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens* y luego dictaminara que el Tratado Relativo a la Falla de Timor<sup>80</sup> está en conflicto con el

<sup>76</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 55 (donde se afirma que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 tienen un sentido muy estricto, por lo que cabe preguntarse si mantienen su pertinencia o si ya son prácticamente letra muerta). Hilary Charlesworth y Christine Chinkin, "The gender of *ius cogens*", *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), págs. 63 a 76, en especial págs. 65 y 66 (donde se afirma que, a pesar de los temores iniciales a que la inclusión del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 subvirtiera el principio *pacta sunt servanda* y tuviera por efecto la desestabilización de la seguridad que proporcionan los compromisos asumidos en virtud de tratados, la doctrina del *ius cogens* apenas se ha invocado en este contexto, por lo que ha tenido escasos efectos prácticos en la aplicación de los tratados); Kadelbach, "Genesis, function and identification of *ius cogens* norms" (véase la nota 64 *supra*), pág. 161 (donde se afirma que el conflicto directo que supone que un tratado tenga un objeto ilícito no se ha dado en la práctica). Véase Cassese, "For an enhanced role of *ius cogens*" (véase la nota 75 *supra*), págs. 159 y 160 (donde se pregunta si no debería concluirse que, lo que siempre se ha reivindicado como un gran avance de la Convención de Viena de 1969, con el paso de los años, de hecho, ha resultado ser un rotundo fracaso).

<sup>77</sup> Véanse, por ejemplo, Shelton, "Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*" (nota 64 *supra*), pág. 36; y Kadelbach, "Genesis, function and identification of *ius cogens* norms" (nota 64 *supra*), pág. 152. Para un análisis de la cuestión, véase Knuchel, "*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms" (nota 64 *supra*), pág. 141.

<sup>78</sup> Robert P. Barnidge, "Anti-Zionism, *ius cogens*, and international law: the case of the Banjul Charter and the Arab Charter", *Journal of the Middle East and Africa* (de próxima publicación).

<sup>79</sup> Países Bajos (A/C.6/SR.781), párr. 2 (respecto de la cuestión del *ius cogens*, "el Pacto sobre el Territorio Germánico del Sudeten, firmado en Munich el 29 de septiembre de 1938, es uno de los contados ejemplos de tratados que han llegado a ser considerados como contrarios al orden público internacional"). Chipre (A/C.6/SR.783), párr. 18, enumeró una serie de tratados que preveían la nulidad por conflicto con una norma imperativa, a saber, la prohibición del uso de la fuerza ("El Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (conocido como Pacto Briand-Kellogg); el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, dan carácter de *lex lata* en el derecho internacional moderno al principio de que un tratado obtenido por el uso o la amenaza ilegal de la fuerza es nulo *ab initio*"). Véase también Israel (A/C.6/SR.784), párr. 8.

<sup>80</sup> Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de Cooperación en la Zona Situada entre la Provincia Indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional.

derecho a la libre determinación, “el tratado sería nulo por ese motivo...”<sup>81</sup>. Los Estados Unidos también han expresado la opinión de que el Tratado de Amistad entre la Unión Soviética y el Afganistán<sup>82</sup> podría ser nulo por estar en conflicto con normas de *ius cogens*<sup>83</sup>. La propia Asamblea General ha determinado que los acuerdos que estén en conflicto con el principio de libre determinación son nulos<sup>84</sup>. Por ejemplo, la Asamblea General determinó que los Acuerdos de Camp David<sup>85</sup> eran nulos en la medida en que entraban en conflicto con el derecho a la libre determinación<sup>86</sup>. Aunque la Asamblea General no se refiere al *ius cogens*, el motivo de la nulidad es el derecho a la libre determinación, que es una norma de *ius cogens*<sup>87</sup>. También ha habido decisiones judiciales en que se ha examinado la nulidad de tratados por su incompatibilidad con normas de *ius cogens*. En la causa *Fiscalía c. Taylor*, el Tribunal Especial para Sierra Leona tenía que determinar si la disposición de su propio estatuto por la que se eliminaban las inmunidades era nula<sup>88</sup>. El Tribunal dictaminó que, dado que la disposición no estaba en conflicto con ninguna norma imperativa de derecho internacional general, el Tribunal debía hacerla efectiva<sup>89</sup>. Del mismo modo, en el famoso caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, se invocó un acuerdo celebrado entre los Países Bajos y la comunidad saramaca<sup>90</sup>. La Corte observó que, en virtud del

<sup>81</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*, contramemoria de Australia, 1 de junio de 1992, párr. 223.

<sup>82</sup> Tratado de Amistad, Colaboración y Buena Vecindad entre el Afganistán y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

<sup>83</sup> Véase el memorando del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Robert B. Owen, al Secretario de Estado en funciones, Warren Christopher, de fecha 29 de diciembre de 1979, en *Digest of United States Practice in International Law*, cap. 2, párr. 4, reproducido en Marian L. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 418 a 432, en especial pág. 419 (donde se afirma que tampoco queda claro que el tratado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Afganistán sea válido. Si realmente sirviera para apoyar una intervención soviética de esa índole en el Afganistán, sería nulo de conformidad con los principios contemporáneos del derecho internacional, ya que entraría en conflicto con lo que la Convención de Viena describe como una “norma imperativa de derecho internacional general”, a saber, la enunciada en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta).

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, la resolución 34/65 B de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1979, párr. 2. Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 36/51, de 24 de noviembre de 1981, y 39/42, de 5 de diciembre de 1984, en las que se pide a los Estados que pongan fin a los acuerdos de inversión relativos a Namibia y declaren ilegales esos acuerdos.

<sup>85</sup> Acuerdos de Camp David por los que se sientan las bases para la paz en el Oriente Medio, firmados en Washington, D.C. el 17 de septiembre de 1978.

<sup>86</sup> Resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1978. En el párrafo 2 de la resolución se reafirma que toda solución del conflicto del Oriente Medio debe basarse “en la realización de los derechos inalienables del pueblo palestino, con inclusión del [...] derecho a la independencia y la soberanía nacionales de Palestina”, mientras que en el párrafo 4 se declara que “la validez de cualesquiera acuerdos que pretendan resolver el problema de Palestina” debe basarse en esos derechos.

<sup>87</sup> Giorgio Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, págs. 271 a 316, en especial pág. 282 (donde se afirma que el conflicto con el *ius cogens* es la causa más probable de nulidad de los acuerdos).

<sup>88</sup> *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona de 31 de mayo de 2004, causa núm. SCSL-2003-01-I, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 53. Véase también *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara*, decisión sobre la impugnación de la competencia: Acuerdo de Lomé sobre Amnistía, 13 de marzo de 2004, causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona.

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Taylor*, decisión (véase la nota anterior), párr. 53.

<sup>90</sup> *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam (Reparaciones y Costas)*, sentencia, 10 de septiembre de 1993, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 15.

tratado, los saramacas se obligaban a capturar a los esclavos que hubieran desertado y a devolverlos a la esclavitud<sup>91</sup>. La Corte sostuvo que, por ese motivo, el tratado sería “nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*”<sup>92</sup>.

32. En cualquier caso, incluso sin la práctica, la nulidad de los tratados es la consecuencia más evidente, y por lo tanto menos controvertida, del carácter de *ius cogens* de una norma. Se infiere de la superioridad jerárquica del carácter de *ius cogens* de las normas y refleja dicha superioridad. Al mismo tiempo, la nulidad es una consecuencia de gran alcance, porque afecta al corazón de un elemento básico y fundamental del derecho internacional, a saber, el principio *pacta sunt servanda*<sup>93</sup>. Restringe significativamente la autoridad de los Estados en materia de elaboración de tratados, o incluso leyes<sup>94</sup>. Como se muestra en el primer informe del Relator Especial, si bien casi todos los Estados apoyaban el concepto de *ius cogens* durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, “Conferencia de Viena”), algunos estaban preocupados por la amenaza que suponía para el principio *pacta sunt servanda* y la estabilidad de las relaciones convencionales<sup>95</sup>.

33. La consecuencia de la nulidad de tratados se especifica en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969<sup>96</sup>. El artículo 53 dice lo siguiente:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente 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.”

<sup>91</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, Christian Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, en Enzo Cannizzaro (ed.), *The Present and the Future of Jus cogens* (Roma, Sapienza, 2015), pág. 17 (donde se afirma que la “inviolabilidad” de los tratados estaba en entredicho). Christos L. Rozakis, en “The conditions of validity of international agreements”, *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 26/27 (1973-1974), págs. 226 y ss., en especial pág. 248, ha descrito la nulidad a causa del *ius cogens* prevista en el artículo 53 como un motivo de nulidad revolucionario. Véase también Georg Schwarzenberger, “International *jus cogens*?”, *Texas Law Review*, vol. 43 (1964-1965), págs. 455 a 478, en especial págs. 459 y 460.

<sup>94</sup> Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (véase la nota anterior), pág. 26 (donde se afirma que es, precisamente, el objeto del *ius cogens* en su sentido original denegar a los Estados el derecho a ejercer sus competencias en razón del carácter viciado de sus promesas mutuas. Ello, por principio, supone una reducción determinante de la potestad de los Estados para elaborar tratados). Véase Charlesworth y Chinkin, “The gender of *jus cogens*” (nota 76 *supra*), págs. 65 y 66 (donde se afirma que la libertad de los Estados para celebrar tratados se ve así limitada por los valores fundamentales de la comunidad internacional. A pesar de los temores a que la inclusión de esa disposición subvierta el principio *pacta sunt servanda* y tanga por efecto la desestabilización de la seguridad que proporcionan los compromisos asumidos en virtud de tratados, la doctrina del *ius cogens* apenas se ha invocado).

<sup>95</sup> A/CN.4/693, párr. 36.

<sup>96</sup> Aunque se haga referencia a la Convención de Viena de 1969, el mismo texto se reproduce literalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).

34. La evolución de este artículo en los trabajos de la Comisión y la Conferencia de Viena se describe en el primer informe del Relator Especial y no se repetirá aquí, salvo cuando sea necesario para destacar un aspecto particular de la consecuencia de la nulidad<sup>97</sup>. Como se explica en el segundo informe, la segunda oración de esa disposición establece una definición del *ius cogens* a partir de la cual se determinaron los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*<sup>98</sup>. La primera oración del artículo 53 enuncia la consecuencia de la nulidad de los tratados como una forma de inderogabilidad. En otras palabras, la principal consecuencia de la condición de *ius cogens* es la inderogabilidad, y la nulidad es una manifestación de la inderogabilidad. El artículo 53 establece la nulidad absoluta del tratado *ab initio* si en el momento de su celebración existe una norma imperativa contraria.

35. En la doctrina no se ha prestado mucha atención al término “*conflict*”<sup>99</sup>. También es escasa la práctica sobre el sentido de ese término en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. El sentido corriente del término implica una diferencia irreconciliable o un conflicto mutuamente excluyente<sup>100</sup>. Así pues, un tratado puede considerarse en conflicto con una norma de *ius cogens* si pretende eludir obligaciones impuestas por el *ius cogens* o cuando pretenda permitir (o exigir) comportamientos contrarios a una norma de *ius cogens*<sup>101</sup>. Desde este punto de vista, el “conflicto” con una norma de *ius cogens* equivaldría a una derogación (inadmisible).

36. El artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, que prevé también la nulidad a causa de normas imperativas, establece que, si “surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El artículo 64 prevé las situaciones en que, si bien el tratado no estaba en conflicto con una norma imperativa en el momento de celebrarse, se crea un conflicto posterior al surgir una nueva norma imperativa. El texto del artículo 64 (“se convertirá en nulo y terminará”) deja claro que el tratado no es nulo *ab initio*, sino que se *convierte* en nulo en el momento en que surge la norma imperativa<sup>102</sup>. La Comisión, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, también dejó claro que el proyecto de artículo 61 (que pasó a ser el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969), a diferencia del proyecto de

<sup>97</sup> A/CN.4/693, párrs. 28 a 37.

<sup>98</sup> Véase A/CN.4/706, párrs. 36 y 37. Véanse también, no obstante, los trabajos mencionados en las notas a pie de página 72 y 73 *supra*, que sugieren que la consecuencia (la inderogabilidad) también constituye el criterio.

<sup>99</sup> Véase, no obstante, Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 67 y ss.

<sup>100</sup> Véase el tercer informe sobre el derecho de los tratados presentado por el Sr. Fitzmaurice, Relator Especial, *Anuario...*, 1958, vol. II, documento A/CN.4/115, pág. 28 (“Así, pues, únicamente cuando el tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones absolutos o imperativos de las normas del derecho internacional que tienen el carácter de *ius cogens* puede haber una causa de invalidez”).

<sup>101</sup> Cannizzaro, “A higher law for treaties?”, en *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 428.

<sup>102</sup> Véase, en comparación, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que establece que el tratado *es* nulo.

artículo 50 (que pasó a ser el artículo 53 de la Convención) no tenía por efecto hacer que el tratado fuera nulo desde el momento de su celebración (retroactivamente)<sup>103</sup>.

37. El preciso texto del artículo 53 deja claro que un tratado que, en el momento de su celebración, sea incompatible con una norma de *ius cogens* es totalmente nulo. El artículo 53 no incluye ninguna matización: no dispone, por ejemplo, que “las disposiciones de un tratado” que estén en conflicto con el *ius cogens* son nulas, ni que un tratado es nulo “en la medida en que entre en conflicto con el *ius cogens*”. En otras palabras, las disposiciones de un tratado nulas por incompatibilidad con el *ius cogens* no pueden separarse del tratado. Esta interpretación del artículo 53 en sentido estricto se apoya en otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969. La Convención prevé, en general, la posible divisibilidad de las disposiciones de un tratado cuando exista una causa de nulidad o terminación del tratado, de retiro de una de las partes o de suspensión de la aplicación del tratado<sup>104</sup>. Esta posibilidad general de divisibilidad no se contempla en el artículo 53<sup>105</sup>. Aunque Shelton parece sugerir que la divisibilidad está implícita en el artículo 53, apenas justifica su tesis<sup>106</sup>. Afirma que parece difícilmente razonable que la totalidad de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, sea declarada nula por una medida del Consejo de Seguridad que se considere contraria al *ius cogens*<sup>107</sup>. No obstante, este argumento pasa por alto una cuestión importante. La medida del Consejo de Seguridad que es contraria al *ius cogens* no lleva a cuestionar la Carta, sino únicamente la resolución pertinente del Consejo de Seguridad.

38. Además, algunos miembros de la Comisión que participaron en los debates que condujeron a la aprobación de los artículos sobre el derecho de los tratados de 1966 consideraban que debía permitirse la divisibilidad incluso en caso de nulidad por incompatibilidad con el *ius cogens*<sup>108</sup>. Al final, no obstante, la Comisión decidió que las normas de *ius cogens* “tienen un carácter tan fundamental que, cuando las partes celebran un tratado” en conflicto con una norma de *ius cogens* ya existente, “hay que

<sup>103</sup> Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de artículo 50 de los artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 177 y ss., en especial págs. 248 a 272 (El proyecto de artículo 50 “debe entenderse en conexión con el artículo 61 (Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo en el momento de su celebración por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general [...] Por otra parte, el artículo 61 se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, se hace nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de *ius cogens* con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras ‘será nulo y terminará’ expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*”).

<sup>104</sup> Art. 44 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>105</sup> Art. 44, párr. 5, de la Convención de Viena de 1969 (“En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”).

<sup>106</sup> Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (véase la nota 64 *supra*), págs. 36 y 37.

<sup>107</sup> *Ibid.*, pág. 36.

<sup>108</sup> Véase el párrafo 8) del comentario al proyecto de artículo 41 de los artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 177 y ss., en especial pág. 261 (“Algunos miembros estimaron que no convenía disponer que la totalidad del tratado queda anulada cuando únicamente una parte, incluso pequeña, del tratado sea incompatible con una norma de *ius cogens*”).

considerar el tratado como totalmente nulo”<sup>109</sup>. La Comisión estimó que “las propias partes pueden modificar el tratado” para así lograr el resultado de la divisibilidad<sup>110</sup>.

39. Al igual que el artículo 53, el artículo 64, relativo a la aparición de una nueva norma imperativa después de la celebración de un tratado, tampoco establece que una “disposición” de un tratado contraria a una norma de *ius cogens* pasa a ser nula, ni que un tratado es nulo en la medida de su nulidad. Dispone que el tratado es nulo, lo que podría interpretarse que implica, como el artículo 53, que la nulidad de un tratado tras la aparición de una nueva norma de *ius cogens* se aplica a la totalidad del tratado. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 44 no incluye al artículo 64 entre las disposiciones en cuyo caso “no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”, lo que parece indicar que se admite la divisibilidad con respecto al artículo 64. Este entendimiento se basa en el comentario al artículo 61 del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados. Si bien estimaba que la divisibilidad no era aplicable a los tratados que, en el momento de su celebración, fueran incompatibles con el *ius cogens*, la Comisión “opinó que se aplican otras consideraciones en el caso de” un tratado incompatible con una nueva norma de *ius cogens*<sup>111</sup>. En estos casos, la Comisión estimó que, “si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de este, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido”<sup>112</sup>. Puede determinarse si una disposición puede ser separada del tratado “sin menoscabo de este” a partir de la aplicación del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969. De conformidad con el artículo 44, una disposición es separable si:

- a) es separable del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- b) la aceptación de esa disposición no ha constituido una base esencial de la celebración del tratado;
- c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sería injusta.

40. La nulidad de un tratado (o de las disposiciones de un tratado, cuando se admita la divisibilidad) es una consecuencia de la incompatibilidad con normas de *ius cogens*. No obstante, la nulidad de un tratado (o de las disposiciones de un tratado) también es ella misma su propia consecuencia. El artículo 69 de la Convención de Viena de 1969 establece las consecuencias generales de la nulidad de un tratado. No obstante, se han señalado consecuencias específicas de la nulidad por incompatibilidad con normas de *ius cogens*.

41. En el caso de un tratado que, en el momento de su celebración, sea incompatible con el *ius cogens*, y, por consiguiente, nulo *ab initio*, las consecuencias deberían ser bastante claras. Dado que el tratado no llega a nacer —aspecto esencial de la nulidad *ab initio*—, no es posible basarse en sus disposiciones. Con todo, puede que se hayan realizado actos de buena fe sobre la base del tratado nulo que hayan producido consecuencias particulares. El artículo 71 de la Convención de Viena de 1969 establece que, en caso de nulidad en virtud del artículo 53, deberán eliminarse “las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en” una disposición de un tratado contraria al *ius cogens*<sup>113</sup>. En primer lugar, cabe señalar que el

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.* (“En tal caso, las propias partes pueden modificar el tratado para ajustarlo al derecho, y, si no lo hacen, el derecho debe imponer la sanción de la nulidad a todo el acuerdo”).

<sup>111</sup> Párrafo 3) del comentario al artículo 61 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 177 y ss., en especial pág. 285.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Art. 71, párr. 1 a), de la Convención de Viena de 1969.

párrafo 1 a) del artículo 71 solo exige la eliminación de las consecuencias de los actos ejecutados “basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa”. En otras palabras, no hay obligación de “eliminar” las consecuencias de los actos realizados sobre la base de disposiciones que no estén en conflicto con el *ius cogens*. Por lo tanto, a pesar de que todo el tratado pueda ser nulo, podrían reconocerse *algunos* actos, *ejecutados* sobre la base de disposiciones que no estén en sí mismas en conflicto con el *ius cogens*. En segundo lugar, lo que se exige es “eliminar *en lo posible*”<sup>114</sup> las consecuencias de los actos ejecutados sobre la base de las disposiciones del tratado que sean nulas. Con esto parece reconocerse que pueden subsistir perfectamente algunas consecuencias de esos actos, es decir, que tal vez no sea posible eliminar todas las consecuencias.

42. La consecuencia de la nulidad de un tratado o de una o varias disposiciones de un tratado por conflicto con una nueva norma de *ius cogens* posterior es algo más complicada. En primer lugar, dado que la validez del tratado entre su celebración y la aparición de la nueva norma imperativa no se ve afectada, los actos realizados antes de la aparición del *ius cogens* sobre la base del tratado o las disposiciones del tratado declarados nulos deben mantener su validez. Presumiblemente, no se puede exigir su eliminación. El párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a las consecuencias de la nulidad derivada de la aparición de una nueva norma de *ius cogens*. El apartado b) de dicho párrafo establece que la terminación de un tratado (o de las disposiciones del tratado) en virtud del artículo 64 “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”. Por lo tanto, la disposición reconoce la validez del tratado (o de las disposiciones del tratado) y sus consecuencias durante el período transcurrido entre su celebración y la aparición de la norma de *ius cogens*. No obstante, después de la aparición de la norma de *ius cogens*, cualquier derecho, obligación o situación podrá mantenerse únicamente “en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa” de derecho internacional. Este planteamiento contrasta enormemente con el planteamiento relativo a la nulidad que figura en el artículo 53 (tratado contrario al *ius cogens* en el momento de su celebración). En este último caso no se reconoce en absoluto ningún derecho, obligación o situación creados por la ejecución del tratado, independientemente de que tales derechos, obligaciones o situaciones jurídicas sean ellos mismos incompatibles o no con el *ius cogens*.

43. Si bien los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas “creados por la ejecución” de un tratado que posteriormente pasa a ser nulo debido a la aparición de una nueva norma imperativa siguen reconociéndose en la medida en que no sean ellos mismos incompatibles con el *ius cogens*, las obligaciones contraídas en virtud del propio tratado dejan de ser vinculantes<sup>115</sup>. Huelga decir que, cuando la disposición del tratado pueda separarse, las obligaciones contraídas en virtud de las demás disposiciones del tratado seguirán aplicándose.

44. Sustancialmente, las consecuencias del *ius cogens* en relación con la nulidad de los tratados pueden resumirse del siguiente modo:

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

<sup>114</sup> Sin cursivas en el original.

<sup>115</sup> El artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención de Viena de 1969 establece que la terminación de un tratado en virtud del artículo 64, “eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado”.

b) un tratado existente se convertirá en nulo y terminará si está en conflicto con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de toda otra obligación de seguir cumpliendo el tratado;

c) un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es nulo en su totalidad, y ninguna parte del tratado puede separarse o dividirse de él;

d) un tratado que se convierta en nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad, a menos que:

i) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

ii) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no constituyan una base esencial del consentimiento en el tratado; y

iii) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta;

e) las partes en un tratado que sea nulo por estar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tienen la obligación legal de eliminar las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado sobre la base del tratado;

f) la terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, a menos que ese derecho, obligación o situación jurídica esté él mismo en conflicto con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

## 2. Procedimiento de nulidad de los tratados por conflicto con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

45. En el primer informe se recordó que, durante la Conferencia de Viena, los Estados en general apoyaban el *ius cogens*, y que las preocupaciones que pudieron plantear en relación con los artículos 53 y 64 obedecían a su temor de que los Estados pudieran abusar de la facultad de anular tratados invocando de forma unilateral dichos artículos y poner así en peligro la estabilidad de las relaciones convencionales<sup>116</sup>. En respuesta a esa preocupación, la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de someter toda invocación de los artículos 53 y 64 a un proceso de arreglo judicial de controversias<sup>117</sup>. Resulta cuanto menos dudoso que los procedimientos establecidos por la Convención puedan considerarse derecho internacional consuetudinario. No obstante, aun cuando las disposiciones no constituyan derecho internacional consuetudinario, habida cuenta del carácter delicado de la anulación unilateral de las relaciones convencionales, el Relator Especial considera apropiado establecer una salvaguardia análoga en el actual proyecto de conclusiones.

<sup>116</sup> A/CN.4/693, párr. 36 (“Por ello, si bien ciertamente se debatió bastante y se expresó cierta preocupación respecto a la disposición relativa al *ius 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”).

<sup>117</sup> *Ibid.*

46. El artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 establece un procedimiento general con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. En resumen, dispone que las partes que deseen, entre otras cosas, anular un tratado, deberán notificarlo a las demás partes indicando un determinado plazo, transcurrido el cual, si no se han formulado objeciones, la nulidad será efectiva. Si se formulan objeciones, el artículo 65 prevé la búsqueda de una solución amistosa de la controversia. Sin embargo, no especifica cómo resolver la cuestión si la parte que ha formulado la objeción y la parte notificante no alcanzan dicha solución amistosa.

47. En caso de que no se llegue a ninguna solución amistosa conforme al artículo 65, el artículo 66 prevé dos procedimientos distintos. El primero de ellos, aplicable a los casos que no guarden relación con el *ius cogens* y explicado en detalle en el anexo de la Convención, prevé la intervención de una comisión de conciliación establecida por el Secretario General de las Naciones Unidas<sup>118</sup>. En última instancia, este procedimiento también es un procedimiento de solución amistosa<sup>119</sup>. En caso de nulidad con arreglo al artículo 53 o de nulidad y terminación con arreglo al artículo 64, la Convención establece un procedimiento más definitivo de arreglo de controversias. El artículo 66 a) de la Convención dispone que, si no se ha alcanzado ninguna solución conforme al proceso previsto en el artículo 65, “cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia a arbitraje”.

48. Como cuestión preliminar, es importante señalar que el artículo 66 a) no establece la condición para la nulidad<sup>120</sup>. El artículo 53 dispone de manera clara e inequívoca que un tratado *es* nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens*, mientras que el artículo 64 establece con la misma claridad que un tratado se convertirá en nulo y terminará si está en conflicto con una nueva norma de *ius cogens*. Estas disposiciones establecen la nulidad absoluta y automática de un tratado en conflicto con el *ius cogens*. Nada de lo dispuesto en el artículo 66 cambia este planteamiento de nulidad absoluta y automática<sup>121</sup>. La decisión que tome la Corte Internacional de Justicia o un tribunal de arbitraje con arreglo al artículo 66 a) no crea la nulidad, sino que se limita a declararla o confirmarla<sup>122</sup>. Si bien es cierto, como se ha señalado, que será difícil alegar con autoridad que un tratado es nulo basándose en declaraciones unilaterales formuladas con arreglo al artículo 53, ello no es una consecuencia derivada del *ius cogens*<sup>123</sup>. Por el contrario, se trata de un problema

<sup>118</sup> Véase el artículo 66 b) de la Convención de Viena de 1969, leído conjuntamente con su anexo.

<sup>119</sup> Véanse los párrafos 4 a 6 del anexo de la Convención de Viena de 1969.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, el voto particular del Magistrado Winiarski en *Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal*, opinión consultiva de 13 de julio de 1954, *I.C.J. Reports 1954*, págs. 47 y ss., en especial pág. 65 (“La opinión de que una parte solo puede basarse en una norma relativa a la nulidad cuando hay algún procedimiento establecido a tal efecto no tiene ningún fundamento en el derecho internacional [...] la falta de un procedimiento organizado no elimina la nulidad, y nada justifica la idea de que no puede haber nulidad si no existe ningún tribunal competente para conocer de esta”).

<sup>121</sup> Véase, no obstante, Gaja, “*Jus cogens beyond the Vienna Convention*” (nota 87 *supra*), pág. 283 (donde se afirma que la incompatibilidad con una norma imperativa no convertirá un tratado en nulo a menos que una de las partes adopte alguna medida a tal efecto).

<sup>122</sup> Véase Merlin M. Magallona “The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), págs. 521 a 542, en especial págs. 529 y 533.

<sup>123</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 76.

general de derecho internacional que se plantea debido a la interpretación propia resultante de la existencia de un ordenamiento jurídico descentralizado carente de un sistema obligatorio de arbitrio judicial. Este problema también se plantea con respecto a la nulidad por fraude o coacción.

49. Como segunda cuestión preliminar, si bien el texto del artículo 66 a) se refiere a “una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64”, parece evidente que la disposición se limita a un aspecto particular del *ius cogens*, a saber, la nulidad de un tratado. A este respecto, el artículo 66 a) debería considerarse en el contexto de la sección cuarta de la parte V de la Convención, relativa al procedimiento de nulidad. Por consiguiente, el artículo 66 a) no puede invocarse para determinar si una determinada norma es una norma de *ius cogens* ni para identificar otras consecuencias del *ius cogens*. Esta interpretación estricta del artículo se confirma en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*<sup>124</sup>. En su demanda, la República Democrática del Congo sostuvo que el artículo 66 a) de la Convención de Viena de 1969 establecía “la competencia de la Corte para resolver las controversias *derivadas de la vulneración de las normas imperativas...*”<sup>125</sup>. No obstante, la controversia no se refería a la cuestión muy específica de la nulidad de un tratado, ya que la República Democrática del Congo no alegaba que *un determinado tratado* era nulo por ser contrario al *ius cogens*. Esa cuestión muy específica (la nulidad) es a la que se refiere el artículo 66<sup>126</sup>.

50. El artículo 66 a) plantea al menos dos cuestiones. En primer lugar, no está claro quién pueden acudir a la Corte Internacional de Justicia en caso de controversia sobre la validez del tratado. ¿Puede un tercer Estado que no sea parte en el tratado acudir también a la Corte en virtud del artículo 66 a)? En segundo lugar, ¿puede el procedimiento previsto en el artículo 66 a) ser utilizado en un contexto ajeno a la Convención de Viena de 1969, es decir, por o contra un Estado que no sea parte en la Convención de Viena?

51. Quizás convendría comenzar por la pregunta de si puede recurrirse al procedimiento del artículo 66 a) en un contexto ajeno a la Convención. El derecho internacional es muy claro en este sentido. Por regla general, los tratados solo son vinculantes para las partes en ellos y únicamente benefician (e imponen obligaciones) a esas partes<sup>127</sup>. Ciertamente existen excepciones a esta regla general en la Convención<sup>128</sup>. El derecho internacional también reconoce que las normas de los tratados, que no son vinculantes para terceros Estados, pueden llegar a serlo si se convierten en normas de derecho internacional consuetudinario mediante la práctica y la *opinio iuris*. No obstante, no hay pruebas de la existencia de una práctica u *opinio iuris* que apoye la conclusión de que el procedimiento del artículo 66 a) es derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, sin este proceso, sigue habiendo

<sup>124</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 6.

<sup>125</sup> *Ibid.*, párrs. 1 y 15 (sin cursiva en el original).

<sup>126</sup> A este respecto, véase la réplica de Rwanda a la alegación de la República Democrática del Congo, *ibid.*, párr. 123. Para un análisis de la cuestión, véase Focarelli, “Promotional *ius cogens*” (nota 61 *supra*), págs. 431 a 433.

<sup>127</sup> Véase, en términos generales, el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>128</sup> Véase el artículo 35 de la Convención de Viena de 1969, que establece que “una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”. Véase también el artículo 36, que contempla la posibilidad de que los tratados prevean derechos para terceros Estados y establece las condiciones en las que se adquieren esos derechos.

una posibilidad remota<sup>129</sup>, pero de gran alcance, de reclamar unilateralmente la nulidad. Después de todo, como propuso el Relator Especial en sus informes primero y segundo y fue aceptado unánimemente por los miembros de la Comisión, el *ius cogens* está firmemente arraigado en el derecho internacional general, incluso en un contexto ajeno al derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969<sup>130</sup>. Por ello, si, en un contexto ajeno a la Convención de Viena de 1969, el procedimiento del artículo 66 no forma parte del derecho internacional general y los artículos 53 y 64 sí, los Estados tendrían la posibilidad de declarar unilateralmente la nulidad de un tratado por incompatibilidad con el *ius cogens* en caso de no utilizarse la salvaguardia prevista en el artículo 66<sup>131</sup>.

52. En vista de ello, el Relator Especial propone que la Comisión recomiende como práctica que, incluso en los casos en que la Convención de Viena no sea aplicable porque uno o ambos Estados no son partes en ella, el procedimiento previsto en el artículo 66 a) sea aplicable<sup>132</sup>. Cualquier proyecto de conclusión que se apruebe tendría que ir acompañado de un comentario que explique claramente que la disposición solo es práctica recomendada y no refleja el estado del derecho internacional. En cualquier caso, esta práctica recomendada siempre estaría sujeta a los requisitos relativos a la competencia de la Corte Internacional de Justicia previstos en el Artículo 36 de su Estatuto, es decir, no puede convertirse en derecho en virtud de los proyectos de conclusión. No obstante, un Estado que deniegue su consentimiento al arreglo judicial corre el riesgo de que otro Estado declare unilateralmente un tratado nulo por conflicto con el *ius cogens* o, a la inversa, de que no se reconozca su declaración de nulidad de un tratado por conflicto con el *ius cogens*. Estas consideraciones prácticas, en combinación con un proyecto de conclusión de la Comisión, podrían hacer que tanto la parte que pretenda anular un tratado como la parte que pretenda mantenerlo se sientan alentadas a someterse a un arbitrio internacional.

53. Se ha afirmado que el artículo 66 a), si se interpreta textualmente, solo puede ser invocado por las partes en el tratado en cuestión<sup>133</sup>. No obstante, no está claro que, si se interpreta textualmente, el artículo 66 a) se aplique únicamente a las partes en el

<sup>129</sup> Que la posibilidad es remota se pone de manifiesto por el reducido número de reclamaciones de nulidad de un tratado por conflicto con el *ius cogens*.

<sup>130</sup> A/CN.4/693, párrs. 46 a 49, y A/CN.4/706, párr. 32. Para un análisis de la cuestión, véase Santalla Vargas, "In quest of the practical value of *jus cogens* norms" (nota 60 *supra*), págs. 213 y ss.

<sup>131</sup> Véase, sin embargo, Magallona, "The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties" (nota 122 *supra*). Aunque Magallona llega a la conclusión opuesta, su conclusión parece basarse en la creencia errónea de que un tratado contrario al *ius cogens* se convierte en nulo cuando así se declara con arreglo al procedimiento del artículo 66.

<sup>132</sup> La Comisión ya se inspiró para el artículo 9 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados en el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párrs. 100 y 101.

<sup>133</sup> Knuchel, "*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms" (nota 64 *supra*), pág. 152. Véase también Christian Tomuschat, "Obligations arising for State without or against their will", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1993, vol. 195, págs. 241 a 374, en especial pág. 363 (donde se afirma que los redactores de la Convención de Viena han llegado incluso a convertir el conflicto de un tratado con una norma de *ius cogens* en un hecho jurídico que, de manera similar, *debería* ser resuelto exclusivamente entre las partes en el tratado, de manera que ningún tercer Estado pueda invocar la nulidad si ninguno de los Estados partes lo ha hecho). Karl Zemanek, "The metamorphosis of *jus cogens*: from an institution of treaty law to the bedrock of the international legal order?", en *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro (nota 101 *supra*), pág. 392 (donde se señala que solo una parte contratante puede afirmar la nulidad).

tratado cuya nulidad se pretende. Es cierto que el artículo 66 a) se refiere a “las partes” y que el artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 define “parte” como “un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado”<sup>134</sup>. No obstante, el artículo 66 a) no solo habla de “partes”, sino de “*cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64*” (sin cursiva en el original). El sentido literal de estas palabras parece ir más allá de la “parte” definida en el artículo 2, párrafo 1 g), e incluir a cualquier parte en una controversia relativa a la interpretación de los artículos 53 o 64.

54. Por supuesto, es poco probable que un Estado que no sea parte en un tratado esté implicado en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación del tratado. Desde esa perspectiva, una interpretación alternativa del artículo 66 a) sería considerar que son “partes en una controversia” las “partes en el tratado implicadas en una controversia relativa a su incompatibilidad con una norma de *ius cogens*”. No obstante, una interpretación del artículo 66 a) que impida a otros Estados acudir a la Corte Internacional de Justicia para que se pronuncie sobre la validez del tratado puede crear incertidumbre. Un Estado que no sea parte en un tratado que, a su juicio, es contrario al *ius cogens* se sentiría obligado a no reconocer ese tratado ni sus consecuencias<sup>135</sup>. Después de todo, la naturaleza del *ius cogens*, que requiere la nulidad absoluta y el no reconocimiento, debería permitir a cualquier Estado invocarlo para anular un tratado cuando ese tratado esté en conflicto con una norma de *ius cogens*<sup>136</sup>. Por lo tanto, en aras de la certeza, debe establecerse en un proyecto de conclusión, con sujeción a las condiciones arriba mencionadas, que cualquier controversia referente a si un tratado entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe someterse a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes en la controversia convengan en someter la controversia a arbitraje.

### 3. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la interpretación de los tratados

55. Una de las reglas más fundamentales del sistema jurídico internacional es el principio *pacta sunt servanda*. Este principio del derecho internacional ha sido codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969<sup>137</sup>. La aplicación de las normas previstas en los artículos 53 y 64 de la Convención puede socavar este muy importante principio al contemplar la nulidad de tratados celebrados libremente. Si bien la Convención prevé otros motivos de nulidad de los tratados<sup>138</sup>, el motivo de la incompatibilidad con el *ius cogens* (arts. 53 y 64) es el único que contradice el principio *pacta sunt servanda*. Todos los demás motivos se refieren a casos en que existe algún “vicio” en el consenso que sustenta el acuerdo. Así pues, los efectos del

<sup>134</sup> Art. 2, párr. 1 g), de la Convención de Viena de 1969.

<sup>135</sup> Véase un análisis más detallado en los párrafos 95 a 101 *infra*.

<sup>136</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág. 177 (donde se afirma que parece que las normas *consuetudinarias* correspondientes a las disposiciones de la Convención de Viena sobre la nulidad de los tratados deberían interpretarse en el sentido de que *cualquier Estado interesado*, sea o no parte en el tratado, puede invocar el *ius cogens*); Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), pág. 142 (donde se afirma que otra consecuencia de la nulidad objetiva prevista en el artículo 53 es que la legitimación para invocar la nulidad no se limita a las partes en el tratado).

<sup>137</sup> El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 dispone lo siguiente: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>138</sup> Falta de poderes (arts. 46 y 47), error (art. 48), dolo (art. 49), corrupción de la autoridad del Estado (art. 51), coacción (art. 52).

*ius cogens* en la validez de los tratados constituyen un límite insólito al importante principio *pacta sunt servanda*. El enorme impacto del *ius cogens* en la validez de los tratados ha llevado a un experto a calificarlo de “draconiano”<sup>139</sup>.

56. Es evidente la necesidad de evitar el efecto “draconiano” de anular un tratado que refleja un consenso auténtico de las partes con respecto a ese tratado. No obstante, las consecuencias de los artículos 53 y 64 son claras: un tratado en conflicto con una norma de *ius cogens* es nulo o se convierte en nulo. Dicho esto, la incompatibilidad o no de un tratado con una norma de *ius cogens* solo se podrá determinar una vez establecido el sentido del tratado, algo que solo puede hacerse mediante la aplicación de las reglas de interpretación del derecho internacional consuetudinario que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención<sup>140</sup>.

57. La regla de interpretación básica exige que los tratados se interpreten de buena fe, conforme al sentido corriente de las palabras, en el contexto de estas y teniendo en cuenta el objeto y el fin del tratado<sup>141</sup>. Como parte de esta regla básica, las normas de la Convención de Viena exigen que el intérprete tenga en cuenta otros elementos, como los acuerdos ulteriores (art. 31, párr. 3 a) y la práctica ulterior (art. 31, párr. 3 b)). Es especialmente importante el artículo 31, párrafo 3 c), que dispone que el intérprete “habrá” de tener en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Según el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación, “[l]a referencia a las normas generales de derecho internacional en el transcurso de la interpretación de un tratado es una parte cotidiana, a menudo inconsciente, del proceso de interpretación”<sup>142</sup>. El Grupo de Estudio describe la importancia de esta regla al hablar de “llevar a cabo la interpretación de las normas siguiendo cierto objetivo comprensible” y dar “prioridad a las cuestiones más importantes”<sup>143</sup>, es decir, promover la jerarquía. Estas normas incluyen las normas de *ius cogens*<sup>144</sup>.

58. La exposición anterior pone de manifiesto dos hechos jurídicos. En primer lugar, la nulidad de un tratado que refleje el consenso entre las partes debe evitarse en la medida de lo posible, en consonancia con el principio *pacta sunt servanda*. En otras palabras, no debe aceptarse con demasiada facilidad que un tratado es nulo por ser incompatible con una norma de *ius cogens* y, siempre que sea posible, se debe intentar mantener la validez de un tratado. El segundo hecho jurídico descrito anteriormente es que, para determinar el sentido de un tratado, se deben tener en cuenta las normas

<sup>139</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 69.

<sup>140</sup> Proyecto de conclusión 2, párrafo 1, del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobado por la Comisión en primera lectura. Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (A/71/10), párr. 75 (“Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y la regla sobre los medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario”). En relación con el fundamento de la disposición, véase el párrafo 4) del comentario al proyecto de conclusión 2, *ibid.*, párr. 76.

<sup>141</sup> Art. 31, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

<sup>142</sup> “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (puede consultarse en el sitio web de la Comisión, documentos del 58º período de sesiones; el texto final se publicará como adición al *Anuario...*, 2006, vol. II (primera parte)), párr. 414.

<sup>143</sup> *Ibid.*, párr. 419.

<sup>144</sup> Cezary Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33 (2013), págs. 27 a 93, en especial pág. 74.

de *ius cogens*. Estos dos elementos jurídicos, tomados en su conjunto, exigirían que la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 procure, en la medida de lo posible, establecer un sentido que sea compatible con el *ius cogens* y evitar así el efecto “draconiano” de la nulidad. Huelga decir que esto no significa que los demás elementos de interpretación recogidos en la Convención de Viena de 1969 puedan ignorarse a fin de establecer un sentido compatible con el *ius cogens*. Esto no sería una “interpretación”, sino una modificación, ejercicio que incumbe a las partes.

59. Aun sin invocar expresamente el artículo 31, párrafo 3 c), la práctica y las decisiones y opiniones de los tribunales internacionales parecen apoyar la idea de que, por regla general, un intérprete debe, en la medida de lo posible, interpretar un tratado de manera que no entre en conflicto con una norma de *ius cogens*, lo que haría que el tratado fuera nulo. El Tratado de Garantía entre Chipre, Grecia, el Reino Unido y Turquía es un buen ejemplo de ello<sup>145</sup>. Ante las críticas a la alusión a este tratado en el primer informe, es necesario detenerse y recordar que la referencia a cualquier práctica estatal o decisión de un tribunal internacional no debe interpretarse como una aceptación del contenido de ese material. No obstante, el Relator Especial no puede ignorar la práctica por el simple hecho de que algunos Estados la cuestionen. El artículo IV del Tratado de Garantía dice lo siguiente:

“En caso de incumplimiento de las disposiciones del presente Tratado, Grecia, Turquía y el Reino Unido se comprometen a celebrar consultas con respecto a las comunicaciones o medidas necesarias para garantizar su observancia.

En la medida en que no resulten posibles medidas comunes o concertadas, cada una de las tres Potencias garantes se reserva el derecho de actuar con el único objetivo de restablecer la situación creada en virtud del presente Tratado.”

60. En 1963, Chipre envió una carta al Presidente del Consejo de Seguridad denunciando actos de uso de la fuerza por parte de Turquía<sup>146</sup>. Se había argumentado, en particular por parte de Turquía y el Reino Unido, que el artículo IV permitía el uso de la fuerza<sup>147</sup>. Si bien a menudo se cita el Tratado de Garantía como ejemplo en que un Estado (Chipre), reclama la nulidad de un tratado, Chipre hizo mucho más que eso. Indicó que el tratado sería nulo por estar en conflicto con el *ius cogens* si se interpretaba de forma que permitiera el uso unilateral de la fuerza. En su declaración ante el Consejo de Seguridad, Chipre señaló lo siguiente:

“[L]a frase ‘intervención militar, recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza’ no figura en el texto [del artículo IV]. Sin embargo, Turquía parece interpretar este artículo como dándole derecho a intervenir militarmente en

<sup>145</sup> Para un análisis de la cuestión, véanse Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention” (nota 87 *supra*), pág. 288; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing, 1988); Andrew Jacovides, “Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich–London ‘Agreements’”, en *International Law and Diplomacy*, Andrew Jacovides (ed.) (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011).

<sup>146</sup> Carta, de fecha 26 de diciembre de 1963, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante de Chipre, documento [S/5488](#).

<sup>147</sup> Véase, por ejemplo, Reino Unido, 1098ª sesión, 27 de febrero de 1964 ([S/PV.1098](#)), párrs. 66 a 68 y 79, en que se señala que las medidas adoptadas en virtud del artículo IV no contravendrían el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas. Véase también, en general, Turquía, 1095ª sesión, 18 de febrero de 1963 ([S/PV.1095](#)). En la 1098ª sesión, el representante de Chipre señaló que, según el Ministro de Relaciones Exteriores de Turquía, “Turquía decidió hacer uso de su derecho de intervención unilateral sobre la base del artículo IV del Tratado de Garantía” ([S/PV.1098](#), párr. 90).

forma unilateral [...] Es evidente que el artículo IV del Tratado de Garantía, como lo interpreta Turquía, es contrario a las normas imperativas del derecho internacional, al *ius cogens*.”<sup>148</sup>

61. De hecho, el Reino Unido, en su defensa del tratado, promueve una interpretación compatible con la prohibición del uso de la fuerza, que es la norma de *ius cogens*<sup>149</sup>. En su resolución en respuesta al debate, el Consejo de Seguridad no hizo una declaración en relación con el tratado, sino que exigió “que se ponga fin inmediatamente a toda intervención militar extranjera” e instó a los Estados en cuestión a que “respeten [...] la integridad territorial de Chipre”<sup>150</sup>. Esto parece indicar que se atribuía al tratado un sentido que lo hacía compatible con la norma de *ius cogens* que prohíbe el uso de la fuerza. Del mismo modo, la Asamblea General también aprobó una resolución en la que se pedía a los Estados que actuaran “de conformidad con” la obligación de *ius cogens* de “los párrafos 1 y 4 del Artículo 2” de la Carta de las Naciones Unidas<sup>151</sup>. El hecho de que se pidiera una actuación acorde con el *ius cogens* sin impugnar el propio tratado parece indicar una interpretación del tratado compatible con el *ius cogens*.

62. El Acuerdo de Asociación en el Sector Pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, de 2006<sup>152</sup>, constituye otro ejemplo de la importancia del *ius cogens* para la interpretación de los tratados. El ámbito territorial de este acuerdo podía incluir las aguas frente a las costas del Sáhara Occidental sin tener en cuenta el derecho a la libre determinación de los pueblos del Sáhara Occidental, una norma generalmente aceptada como *ius cogens*<sup>153</sup>. El Frente Polisario logró que el Tribunal General del Tribunal de Justicia Europeo anulara el Acuerdo de Asociación en el Sector Pesquero por estar en conflicto con el derecho a la libre determinación<sup>154</sup>. No obstante, en casación, la Gran Sala trató de interpretar el Acuerdo de manera que este

<sup>148</sup> Chipre, 1098ª sesión, 27 de febrero de 1964 (S/PV.1098), párrs. 91 a 95. Véase también Grecia, 1097ª sesión (S/PV.1097), párrs. 168 y 169.

<sup>149</sup> Reino Unido, 1098ª sesión, 27 de febrero de 1964 (S/PV.1098), párrs. 66 y 67.

<sup>150</sup> Resolución 353 (1974) del Consejo de Seguridad, 20 de julio de 1974, párrs. 1 y 3.

<sup>151</sup> Resolución 2077 (XX) de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1965, párr. 2.

<sup>152</sup> Véase el Reglamento (CE) núm. 764/2006 del Consejo, de 22 de mayo de 2006, relativo a la celebración del Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 141/1 (29 de mayo de 2006).

<sup>153</sup> Con respecto al carácter de *ius cogens* del principio de libre determinación, véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también, en concreto sobre la ilegalidad del acuerdo debido a la incompatibilidad con el principio de *ius cogens* de la libre determinación, Hans Corell, “The legality of the exploring and exploiting natural resources in Western Sahara”, en *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Neville Botha, Michèle Olivier y Delarey van Tonder (eds.) (Pretoria, VerLoren van Thermaat Centre, 2008), págs. 242 y 243.

<sup>154</sup> *Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario) c. Consejo de la Unión Europea*, asunto núm. T512/12, sentencia del Tribunal General (Sala Octava), Tribunal de Justicia Europeo, 10 de diciembre de 2015, párr. 247 (“procede estimar el recurso [del Frente Polisario] y anular la Decisión impugnada en la medida en que esta aprueba la aplicación del acuerdo”). El párrafo 2 del propio auto (*ibid.*, párr. 251) dice lo siguiente: “Anula [...] la Decisión [...] del Consejo [...] relativa a la celebración del Acuerdo [de Asociación en el Sector Pesquero] [...] en la medida en que dicha Decisión aprueba la aplicación de dicho Acuerdo al Sáhara Occidental”.

resultara compatible con el derecho a la libre determinación<sup>155</sup>. Aunque la decisión de la Gran Sala se basó, en parte, en la norma *pacta tertiis*<sup>156</sup>, el fundamento primordial de la decisión es la aplicación del principio de libre determinación, que el Tribunal describió como “uno de los principios esenciales del derecho internacional” y una *obligatio erga omnes*<sup>157</sup>. El Tribunal, invocando el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, afirma que el principio se debe tener en cuenta en la interpretación del Acuerdo de Asociación en el Sector Pesquero<sup>158</sup>. Sobre la base de esta evaluación, entre otras consideraciones, la Gran Sala declaró que “[p]or tanto, en el momento de su conclusión, el [Acuerdo de Asociación en el Sector Pesquero] no podía entenderse en el sentido de que su ámbito de aplicación territorial incluía el territorio del Sáhara Occidental”<sup>159</sup>.

63. No obstante, confirmando la cautela expresada anteriormente en el sentido de que la aplicación de esta regla de interpretación “no significa que los demás elementos de interpretación recogidos en la Convención de Viena de 1969 puedan ignorarse a fin de establecer un sentido compatible con el *ius cogens*”<sup>160</sup>, la Gran Sala vincula específicamente su interpretación al sentido corriente de los términos del Acuerdo de Asociación en el Sector Pesquero<sup>161</sup>.

64. La causa relativa a las *Plataformas petrolíferas* también es un ejemplo del uso de la interpretación para evitar un sentido que sea incompatible con una norma de *ius cogens*<sup>162</sup>. El argumento, en relación con la interpretación del artículo XX del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre los Estados Unidos y el Irán, fue utilizado de manera más explícita por la República Islámica del Irán, que formuló las siguientes observaciones:

“De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena, una disposición de un tratado que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* es nula, lo que equivale a decir que el tratado en su totalidad es nulo. Estas rigurosas disposiciones deben, a su vez, generar un estricto principio de interpretación, en el sentido de que cualquier disposición de un tratado debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera que no entre en conflicto con esa norma.”<sup>163</sup>

<sup>155</sup> *Consejo de la Unión Europea c. Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, asunto núm. C-104/16 P, sentencia de la Gran Sala, Tribunal de Justicia Europeo, 21 de diciembre de 2016, *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 53/19 (20 de febrero de 2017). Véase *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, sentencia del Tribunal (Sala Cuarta), Tribunal de Justicia Europeo, 25 de febrero de 2010, *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 100/04 (17 de abril de 2010).

<sup>156</sup> *Consejo de la Unión Europea c. Frente Polisario* (véase la nota anterior), párr. 100.

<sup>157</sup> *Ibid.*, párr. 88.

<sup>158</sup> *Ibid.*, párrs. 89 y 86.

<sup>159</sup> *Ibid.*, párr. 112.

<sup>160</sup> Véase el párrafo 58 del presente informe.

<sup>161</sup> *Consejo de la Unión Europea c. Frente Polisario* (véase la nota 155 *supra*), párrs. 94 a 96.

<sup>162</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 161.

<sup>163</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, réplica a la reconvencción presentada por la República Islámica del Irán, vol. I, 10 de marzo de 1999, págs. 164 y 165. La República Islámica del Irán formuló una observación similar en relación con una resolución del Consejo de Seguridad en una sesión del Consejo sobre la situación en la República de Bosnia y Herzegovina. Véase Irán (República Islámica del), 3370ª sesión, 27 de abril de 1994 (S/PV.1098 y Corr.1 y 2) (“La resolución 713 (1991) del Consejo de Seguridad fue aprobada bajo circunstancias absolutamente distintas antes de la existencia de la República de Bosnia y Herzegovina y no puede interpretarse ahora de manera que tenga consecuencias contrarias a la Carta de las Naciones Unidas o a los principios de *ius cogens*. Es evidente que semejante interpretación le quitaría validez a esa resolución y la haría ilegal”).

65. Si bien la propia Corte no se refirió expresamente al *ius cogens*, sí afirmó que el artículo XX, párrafo 1 d), debía interpretarse de forma que fuera compatible con la prohibición del uso de la fuerza, otra norma cuya condición de *ius cogens* está generalmente aceptada<sup>164</sup>. La Corte sostuvo lo siguiente:

“De conformidad con la regla general de interpretación de los tratados, la interpretación debe tener en cuenta ‘toda norma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes’. La Corte no puede admitir que el artículo XX, párrafo 1 d), deba aplicarse de manera totalmente independiente de las normas pertinentes del derecho internacional sobre el uso de la fuerza, de manera que pueda ser invocado con éxito en caso de uso ilegítimo de la fuerza.”<sup>165</sup>

66. El Magistrado Simma fue más explícito a este respecto. En su opinión separada, señaló lo siguiente:

“La Corte, en el párrafo 41 del fallo, acepta así, y con razón, el principio según el cual las disposiciones de cualquier tratado deben interpretarse y aplicarse a la luz del derecho convencional aplicable entre las partes, así como de las normas generales de derecho internacional. Si esas normas generales de derecho internacional son de carácter imperativo, como ocurre innegablemente en este caso, el principio de interpretación que acaba de mencionarse se convierte en un límite jurídicamente insuperable para la interpretación de los tratados.”<sup>166</sup>

67. La propia Comisión ha reconocido que se aplican “firmes principios interpretativos” en lo que respecta a las normas de *ius cogens* en relación con la interpretación de los tratados. Ha señalado que, si se planteara un conflicto entre una disposición de un tratado legítima a primera vista y una norma de *ius cogens*, esa situación se resolvería porque “las normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes”<sup>167</sup>.

68. El análisis anterior puede resumirse como sigue: una disposición de un tratado ha de interpretarse, en la medida de lo posible, de manera que la haga compatible con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### **4. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las reservas a los tratados**

69. La Comisión ya ha abordado la relación entre el *ius cogens* y las reservas a los tratados en su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de 2011<sup>168</sup>. La Guía de la Práctica, aunque no es vinculante, es el resultado de un esfuerzo concertado

<sup>164</sup> Con respecto al carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso agresivo de la fuerza, véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección.

<sup>165</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J Reports 2003*, págs. 161 y ss., en especial págs. 181 y 182, párrs. 40 y 41.

<sup>166</sup> *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Simma, párr. 9. Véanse también los párrafos 8 y 9 de la opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh.

<sup>167</sup> Párrafo 3) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección.

<sup>168</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión en su 63<sup>er</sup> período de sesiones, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63<sup>er</sup> período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10, Adición (A/66/10/Add.1)*.

de la Comisión, se aprobó hace relativamente poco y se basa en una amplia gama de materiales, entre ellos la práctica de los Estados. En opinión del Relator Especial, la Comisión debe, en la medida de lo posible, basar sus conclusiones en esta labor.

70. Tal vez sea útil reproducir las directrices de la Guía de la Práctica que se refieren al *ius cogens*:

**“Directriz 4.4.3**

**Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales.

2. Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general.”

71. El primer párrafo refleja el funcionamiento normal del derecho internacional. Una reserva formulada respecto de una disposición de un tratado que refleje una norma de *ius cogens* puede, con sujeción a las normas de derecho internacional sobre las reservas a los tratados, afectar a la aplicabilidad de la *norma del tratado en sí misma*, pero no tendrá efecto alguno sobre la norma de *ius cogens* reflejada en la norma del tratado. Esto no es nada especial y no depende siquiera de la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens*. Se deduce del hecho de que la disposición del tratado respecto de la cual se formula la reserva y la norma de *ius cogens* en cuestión existen de manera independiente<sup>169</sup>. La directriz también es aplicable si la norma del tratado en cuestión refleja otra norma de un tratado, una norma de derecho internacional consuetudinario o incluso un principio general del derecho<sup>170</sup>. Lo importante es que la Comisión decidió no incluir una disposición que impidiera la formulación de reservas a una disposición de un tratado que refleje una norma de *ius cogens*. La admisibilidad de esas reservas dependerá de si son o no compatibles con el objeto y el fin del tratado o de si están prohibidas por el tratado<sup>171</sup>. A modo de advertencia, cabe señalar que el Relator Especial ve *difícil* (aunque no imposible) formular una reserva, acorde con los requisitos del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, a una disposición de un tratado que enuncie una norma de *ius cogens*<sup>172</sup>. Sin embargo, la Comisión no compartía esta opinión y, por ello, decidió

<sup>169</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 93 y 94, párr. 175.

<sup>170</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, directriz 3.1.5.3 (“El hecho de que una disposición convencional refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no impide por sí mismo la formulación de una reserva a esa disposición”). Véase, en especial, el párrafo 19) del comentario a la directriz 3.1.5.3.

<sup>171</sup> Véase el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>172</sup> Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, párr. 8. Véase también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 66 *supra*), pág. 174 (donde se afirma que las reservas a un tratado multilateral que sean incompatibles con una norma imperativa se consideran inadmisibles).

no excluir la posibilidad de formular una reserva a una disposición de un tratado que enuncie una norma de *ius cogens*<sup>173</sup>.

72. Aunque la directriz 4.4.3 no prohíbe en sí misma las reservas a disposiciones de un tratado que reflejen o enuncien normas de *ius cogens*, sí deja claro que un Estado no puede eludir el carácter vinculante de una norma imperativa de *derecho internacional general* mediante la formulación de una reserva a una disposición de un tratado que refleje dicha norma.

73. Otra cuestión, aunque relacionada con la anterior, es si se puede formular una reserva a una disposición relativa a un mecanismo de ejecución o de solución de controversias. En muchos aspectos, la directriz 4.4.3 ya responde a esta cuestión. No obstante, habida cuenta de su importancia, se aborda en mayor profundidad más adelante en el presente informe<sup>174</sup>.

74. El párrafo 2 de la directriz 4.4.3 no se refiere a una reserva formulada con respecto a una disposición de un tratado que refleje una norma de *ius cogens*, sino a una reserva que tendría como resultado que el tratado se aplicara de manera contraria a una norma de *ius cogens*. El ejemplo típico indicado en el comentario a la directriz 4.4.3 es el de una reserva “que tuviera por objeto excluir a determinada categoría de personas del ejercicio de ciertos derechos reconocidos en virtud del tratado”<sup>175</sup>. El derecho a los métodos anticonceptivos probablemente no es una norma de *ius cogens*. Por lo tanto, la formulación de una reserva a una disposición de un tratado no sería una reserva respecto de una norma de *ius cogens*. No obstante, una reserva que limite el ejercicio de este derecho a un determinado grupo racial, o que excluya a un determinado grupo racial del disfrute del derecho reconocido en el tratado, sería contraria a la norma de *ius cogens* generalmente reconocida que prohíbe la discriminación racial<sup>176</sup>.

75. Una reserva que tenga por objeto “excluir [o] modificar los efectos jurídicos” de una disposición de un tratado de una manera incompatible con una norma de *ius cogens* es nula y sin efecto. Por lo tanto, el Estado interesado seguiría estando obligado por la disposición del tratado sin el beneficio de la reserva. Es cierto que la Convención de Viena de 1969 no dice nada sobre los efectos de una reserva inválida. Además, como se indica en el comentario a la directriz 4.5, ni los antecedentes de la elaboración de la Convención de Viena de 1969 durante el examen por la Comisión ni la Conferencia de Viena proporcionan asistencia alguna<sup>177</sup>. Como se estipula en la directriz 4.5.1, una reserva inválida es “nula de pleno derecho”. Dicha reserva, no obstante, no afecta a la continuidad de la aplicación del tratado.

76. El análisis anterior puede resumirse como sigue:

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

<sup>173</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, párrafo 17) del comentario a la directriz 3.1.5.3.

<sup>174</sup> Véase un análisis más detallado en los párrafos 133 a 136 *infra*.

<sup>175</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, párrafo 5) del comentario a la directriz 4.4.3.

<sup>176</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

<sup>177</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, párrafos 3) a 18) del comentario a la directriz 4.5.

b) una reserva que tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es nula.

## C. Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para el derecho de la responsabilidad del Estado

### 1. Aspectos generales

77. Las consecuencias más evidentes de las normas de *ius cogens* se refieren a los tratados, sobre todo porque el derecho relativo al *ius cogens* se desarrolló en gran medida como resultado de la Convención de Viena de 1969, que codificaba el derecho de los tratados. También parece haber un importante grado de consenso sobre los efectos del *ius cogens* en el derecho de la responsabilidad del Estado<sup>178</sup>. Esto no debe sorprender, dado que los efectos del *ius cogens* en el derecho de la responsabilidad del Estado se han abordado en los influyentes artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”)<sup>179</sup>. Aunque se ha afirmado que las normas de *ius cogens* no tienen efecto alguno sobre el derecho de la responsabilidad del Estado<sup>180</sup>, esa opinión se basa en la suposición de que las únicas consecuencias de las normas de *ius cogens* son la “nulidad” y la “inderogabilidad”<sup>181</sup>. No obstante, no existe *a priori* ningún motivo por el que deba ser así. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, en que se basan esas opiniones, se refiere a la nulidad (de un tratado), como una consecuencia de la imperatividad, mientras que la derogabilidad (o inderogabilidad) se utiliza en el contexto de su definición, cuyos matices particulares se describieron en el segundo informe.

78. Con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, “las obligaciones que las normas imperativas imponen a los Estados” afectan a “los intereses vitales de la comunidad internacional en su conjunto” y, por lo tanto, están “sujetas a un régimen

<sup>178</sup> D’Aspremont, “*Jus cogens* as a social construct without pedigree” (véase la nota 71 *supra*), pág. 94, por ejemplo, contrasta los nuevos efectos jurídicos con la tradicional inderogabilidad prevista en el derecho de los tratados o de las consecuencias en el derecho de la responsabilidad del Estado en caso de violaciones graves del *ius cogens*. Del mismo modo, los miembros de la Comisión que piden examinar el tema que nos ocupa con un enfoque que vaya más allá del derecho de los tratados por lo general hacen referencia al derecho de la responsabilidad del Estado. Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (A/71/10), párr. 112.

<sup>179</sup> Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus comentarios se reproducen en *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

<sup>180</sup> Véanse, por ejemplo, Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (nota 64 *supra*), pág. 180; y Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 185 y 186.

<sup>181</sup> Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (nota 64 *supra*), pág. 180 (donde se afirma que el carácter imperativo de las normas de *ius cogens* no tiene efectos directos sobre la responsabilidad del Estado: anula las normas incompatibles, no los comportamientos incompatibles); Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 60 *supra*), págs. 185 y 186 (donde se afirma que, como cuestión terminológica, es importante señalar que el incumplimiento, por muy grave que sea, de una obligación impuesta por normas imperativas no “invalida” dichas normas. El incumplimiento de una obligación impuesta por una norma imperativa conlleva las mismas consecuencias jurídicas que el incumplimiento de una obligación ordinaria).

de responsabilidad más estricto que el aplicado a otros hechos internacionalmente ilícitos”<sup>182</sup>. Los artículos señalan dos consecuencias generales de las normas de *ius cogens*. La primera consecuencia, que se indica en el artículo 26 de los artículos, es que las circunstancias que excluyen la ilicitud, que figuran en el capítulo V, no se pueden invocar para excluir la ilicitud de cualquier hecho contrario a una norma de *ius cogens*. En segundo lugar, el incumplimiento grave de obligaciones emanadas de normas de *ius cogens* afecta a la comunidad internacional de Estados en su conjunto y, por lo tanto, crea efectos jurídicos para terceros Estados<sup>183</sup>. Esta consecuencia en sí misma viene determinada por el deber de todos los Estados, en primer lugar, de cooperar para poner fin a toda vulneración de normas de *ius cogens*, y, en segundo lugar, de no reconocer las situaciones creadas por una vulneración de normas de *ius cogens* ni prestar asistencia para mantener esas situaciones<sup>184</sup>. Aunque no se relaciona expresamente con el *ius cogens* en los artículos sobre la responsabilidad del Estado, el derecho de los Estados que no se han visto directamente lesionados por la vulneración a invocar la responsabilidad del Estado que la haya cometido es una posible consecuencia del *ius cogens*.

79. El Relator Especial se detiene aquí para mencionar otras posibles consecuencias de la vulneración de normas de *ius cogens* que, aunque guardan relación con la responsabilidad del Estado<sup>185</sup>, no se examinarán en el presente capítulo. Entre ellas cabe citar cuestiones como el deber de juzgar o extraditar, el deber de juzgar y el deber de denegar la inmunidad respecto de la vulneración de normas de *ius cogens*. En opinión del Relator Especial, sería más adecuado considerar que se trata de efectos de las normas de *ius cogens* sobre la responsabilidad penal individual porque no se refieren tanto a la responsabilidad del Estado como a la rendición de cuentas individual y la responsabilidad penal, que se examinan más adelante.

## 2. Inaplicabilidad de las circunstancias que excluyen la ilicitud

80. En el capítulo V de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, titulado “Circunstancias que excluyen la ilicitud”, se señalan seis circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento que, de no mediar esas circunstancias, sería ilícito. Se trata del consentimiento<sup>186</sup>, la legítima defensa<sup>187</sup>, las contramedidas<sup>188</sup>, la fuerza mayor<sup>189</sup>, el peligro extremo<sup>190</sup> y el estado de necesidad<sup>191</sup>. No obstante, el artículo 26 establece que ninguna de esas circunstancias excluirá la ilicitud si la obligación incumplida emana de una norma de *ius cogens*.

81. El artículo 26 es una cláusula de salvaguardia que impide invocar el capítulo V de la primera parte para excluir la ilicitud en caso de incumplimiento de obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens*. En otras palabras, en la medida en que el alcance

<sup>182</sup> Párrafo 7) del comentario al artículo 12 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

<sup>183</sup> *Ibid.*, segunda parte, cap. III.

<sup>184</sup> *Ibid.*, art. 41.

<sup>185</sup> Véase, por ejemplo, Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 191 y 192, que las examina en el marco del derecho de la responsabilidad del Estado, pero descarta que se trate de consecuencias del *ius cogens*.

<sup>186</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 20.

<sup>187</sup> *Ibid.*, art. 21.

<sup>188</sup> *Ibid.*, art. 22.

<sup>189</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>190</sup> *Ibid.*, art. 24.

<sup>191</sup> *Ibid.*, art. 25. Véase *Impreglio S.P.A. c. República Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso núm. ARB/07/17, decisión del comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de 24 de enero de 2014, párr. 203.

de una norma de *ius cogens* en sí misma incorpora un motivo de exclusión de la ilicitud, la existencia de ese motivo sería pertinente para determinar si se ha vulnerado esa norma de *ius cogens*. En el caso de la prohibición del uso de la fuerza, por ejemplo, si bien un Estado no puede invocar el artículo 21 (legítima defensa) como circunstancia que excluye la ilicitud del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa es claramente pertinente para la cuestión de la responsabilidad de un Estado por el uso de la fuerza, ya que el uso de la fuerza en legítima defensa no vulneraría la norma de *ius cogens*. Del mismo modo, en *algunos casos*, el consentimiento de un Estado a la presencia de las fuerzas armadas de otros Estados en su territorio puede excluir la ilicitud de una aparente vulneración de una norma imperativa<sup>192</sup>. Estas cuestiones, no obstante, se refieren más al alcance de la norma imperativa en cuestión que a las circunstancias que excluyen la ilicitud, y *podrían* tenerse en cuenta en un futuro informe sobre una lista ilustrativa, en caso de que se considere apropiado elaborar dicha lista.

82. La cuestión del consentimiento como circunstancia excluyente de la ilicitud es particularmente importante. La eliminación del consentimiento como motivo de exclusión de la ilicitud es una extensión de los principios de la Convención de Viena de 1969. En la Convención, si bien un Estado pierde el derecho a alegar la nulidad de un tratado al convenir expresa o tácitamente en que el tratado sigue siendo válido (básicamente, al dar su consentimiento en un tratado nulo), ese consentimiento a la aplicación de un tratado que de otro modo sería nulo no se aplica a los tratados que son nulos por ser incompatibles con normas de *ius cogens*<sup>193</sup>. En el comentario al artículo 45 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se respalda el principio como sigue:

“Tiene particular importancia [con respecto a la validez de la renuncia] la cuestión del consentimiento dado por un Estado lesionado a raíz de la violación de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general [...] Habida cuenta de que esa violación afecta al interés de la comunidad internacional en su conjunto, ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado lesionado excluye la expresión de ese interés a fin de garantizar una solución conforme al derecho internacional.”<sup>194</sup>

83. A pesar de que las circunstancias que excluyen la ilicitud generalmente no son aplicables, es importante establecer una distinción entre las normas de *ius cogens* existentes en el momento del acto en cuestión, por un lado, y las normas de *ius cogens* que surgen o aparecen después del acto en cuestión. Esa distinción se reconoce en la Convención de Viena de 1969. En particular, el artículo 53 se aplica a las normas existentes, mientras que el artículo 64 se aplica a las nuevas normas. Los artículos 53 y 64 se refieren a la validez de los tratados y no a la cuestión de la responsabilidad del Estado.

84. No obstante, las consecuencias previstas en la Convención de Viena de 1969 de la nulidad de los tratados en razón de la existencia o la aparición de normas

<sup>192</sup> Véanse, por ejemplo, Christopher J. Le Mon, “Unilateral intervention by invitation in civil wars: the effective control test tested”, *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 35 (2002-2003), págs. 741 a 793; Eliav Lieblich, “Intervention and consent: consensual forcible interventions in internal armed conflict as international agreements”, *Boston University International Law Journal*, vol. 29 (2011), págs. 337 a 382, en especial págs. 364 y 366. Este aspecto también se estudia en Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 225 a 227.

<sup>193</sup> Art. 45 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>194</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 4) del comentario al artículo 45.

imperativas son pertinentes para el derecho de la responsabilidad del Estado. El principio establecido en el artículo 26 es aplicable a los actos contrarios a una norma de *ius cogens* existente porque, en el caso de los actos contrarios a normas de *ius cogens* existentes, existe el deber de “eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto”<sup>195</sup>. Sin embargo, en el caso de las normas de *ius cogens* nuevas, solo existe el deber de eximir a las partes de la obligación de “seguir” cumpliendo el tratado<sup>196</sup>. Así pues, antes de la aparición de la norma imperativa, no se prevén consecuencias para la responsabilidad del Estado por realizar un acto contrario a la norma de *ius cogens* (que aún no se ha formado). En efecto, la Convención reconoce que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica” siempre que esos “derechos, obligaciones o situaciones p[uedan] en adelante mantenerse” de forma compatible con el *ius cogens*<sup>197</sup>. Una vez más, las palabras “en adelante” indican que la obligación de mantener las circunstancias (los derechos, obligaciones y situaciones) es aplicable después de la aparición de la norma de *ius cogens*. Por lo tanto, del mismo modo que la aparición de una nueva norma imperativa no tiene ningún efecto retroactivo para el derecho de los tratados, tampoco tiene efectos retroactivos para el derecho de la responsabilidad del Estado. Si bien no existe ninguna disposición específica sobre retroactividad, en los comentarios a los artículos sobre la responsabilidad del Estado sí se reconoce el principio básico de la no retroactividad con respecto a las normas de *ius cogens* nuevas o emergentes:

“Pero incluso en el caso de que aparezca una nueva norma imperativa de derecho internacional general, según se prevé en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, ello no acarrea una asunción retroactiva de responsabilidad.”<sup>198</sup>

85. El análisis anterior puede resumirse como sigue:

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

b) la conclusión que figura en el apartado a) no es de aplicación cuando una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) surja después de la comisión del acto en cuestión.

### 3. Consecuencias particulares de la vulneración grave de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

#### a) Aspectos generales

86. Además de las consecuencias normales que se derivan de la vulneración de obligaciones internacionales, los artículos sobre la responsabilidad del Estado señalan también una serie de consecuencias particulares de la vulneración de normas de *ius cogens*. El artículo 41 dispone, en primer lugar, que “[l]os Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave” de normas de *ius cogens*<sup>199</sup>. En segundo lugar, establece que “[n]ingún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave” de una norma de *ius cogens* “ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”<sup>200</sup>. Esas obligaciones particulares se

<sup>195</sup> Art. 71, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

<sup>196</sup> *Ibid.*, art. 71, párr. 2 a).

<sup>197</sup> *Ibid.*, art. 71, párr. 2 b) (sin cursiva en el original).

<sup>198</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 5) del comentario al artículo 13.

<sup>199</sup> *Ibid.*, art. 41, párr. 1.

<sup>200</sup> *Ibid.*, art. 41, párr. 2.

derivan del incumplimiento por un Estado de una obligación impuesta a terceros Estados (no directamente lesionados). Como señala Tomuschat, en caso de vulneración de normas de *ius cogens*, se autoriza, insta y, en algunas circunstancias, incluso obliga a terceros Estados a intervenir y adoptar medidas para reparar la vulneración<sup>201</sup>.

87. Las consecuencias particulares de las normas de *ius cogens* enunciadas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se aplican únicamente a las violaciones graves de una norma de *ius cogens*, y no a todas las violaciones<sup>202</sup>. Según el comentario a los artículos, la gravedad se basa en la “escala o [el] carácter” de la violación<sup>203</sup>. Así pues, no todas las violaciones son graves y tienen las consecuencias especiales previstas en el artículo 41. El artículo se aplica únicamente a las que se refieren al *ius cogens* y son de carácter grave<sup>204</sup>.

88. El artículo 40 dispone que la violación grave de una norma imperativa implica un incumplimiento “flagrante o sistemático”<sup>205</sup>. El término “flagrante” se refiere a la magnitud o intensidad de la violación, mientras que “sistemático” indica si la violación se ha llevado a cabo “de manera organizada y deliberada”<sup>206</sup>. La Comisión, en su definición del término “sistemático” en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, ha señalado que excluye los actos “aislados o no conectados entre sí”<sup>207</sup>. Asimismo, en el caso *Goiburú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que “la prohibición de la desaparición forzada de personas” tenía carácter de *ius cogens*<sup>208</sup> y que “[l]a responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”<sup>209</sup>. A los efectos del artículo 40, la violación solo necesita cumplir uno de los requisitos de la definición, ya sea la intensidad o la sistematicidad.

89. El requisito de que la violación sea grave no se aplica al principio de que las circunstancias que excluyen la ilicitud no pueden alegarse en caso de violación de normas de *ius cogens*. Esto no solo concuerda con el sentido corriente de la disposición, sino que resulta lógico, ya que la falta de reconocimiento de las circunstancias que excluyen la ilicitud no impone obligaciones extraordinarias a terceros Estados como sí hace el artículo 41. También es comprensible, dado el gran alcance de las obligaciones que impone el artículo 41, que se establezca un umbral más elevado. Sería difícil, por ejemplo, esperar que los Estados “cooperen” en la forma prevista en el artículo 41 por un solo caso aislado de discriminación racial imputado a un Estado. No es la primera vez que se ha exigido un umbral de gravedad con respecto a las consecuencias relacionadas con el *ius cogens*. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares*, la Corte hizo una distinción entre “las más

<sup>201</sup> Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (nota 71 *supra*), pág. 429.

<sup>202</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 40, párr. 1: “El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave...”.

<sup>203</sup> *Ibid.*, párrafo 1) del comentario al capítulo III de la segunda parte.

<sup>204</sup> *Ibid.*, párrafo 1) del comentario al artículo 40.

<sup>205</sup> *Ibid.*, art. 40, párr. 2.

<sup>206</sup> *Ibid.*, párrafos 7) y 8) del comentario al artículo 40.

<sup>207</sup> Véase el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado en primera lectura, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones (A/72/10), párrafos 15) y 16) del comentario al artículo 3. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la Comisión observó también que el término “sistemático” denotaba cierta organización (*ibid.*).

<sup>208</sup> Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia, 22 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 84.

<sup>209</sup> *Ibid.*, párr. 82.

graves formas de uso de la fuerza” (que constituyen un ataque armado) y “otras formas menos graves”<sup>210</sup>.

b) *Deber de cooperar*

90. La obligación de “cooperar para poner fin, por medios lícitos”, a las violaciones graves de normas imperativas se deriva del deber general de cooperar prescrito en el derecho internacional<sup>211</sup>. Aunque, en el momento de la aprobación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión consideró que el deber positivo de cooperación enunciado en el artículo 41 reflejaba un desarrollo progresivo<sup>212</sup>, esta ha reconocido después que ese deber forma parte del derecho internacional general<sup>213</sup>. También se señaló que era una obligación dimanante de una vulneración del *ius cogens* con arreglo al derecho internacional en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*<sup>214</sup>. Del mismo modo, en el caso *La Cantuta*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó “un deber de cooperación interestatal para” erradicar las violaciones como consecuencia del *ius cogens*<sup>215</sup>. La cooperación, por definición, implica la adopción de medidas concertadas por más de un Estado<sup>216</sup>. Por consiguiente, el deber puede referirse a medidas adoptadas en el marco del sistema internacional de seguridad colectiva, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea

<sup>210</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 101, párr. 191.

<sup>211</sup> Véase, por ejemplo, Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1 (“Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”).

<sup>212</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 3) del comentario al artículo 41 (“Puede discutirse si en la actualidad el derecho internacional general prescribe un deber positivo de colaboración, y a este respecto el párrafo 1 puede reflejar el desarrollo progresivo del derecho internacional”).

<sup>213</sup> Véase, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre con los comentarios, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (A/71/10), párrafo 1) del comentario al artículo 7 (“El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales”).

<sup>214</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 200, párr. 159 (“Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la [violación]”).

<sup>215</sup> Caso *La Cantuta Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia, 29 de noviembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 (“Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*) [...] Ante la naturaleza y gravedad de los hechos [...], la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal...”).

<sup>216</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 3) del comentario al artículo 41 (“Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones”).

General de las Naciones Unidas<sup>217</sup> o la Unión Africana<sup>218</sup>. En su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*, la Corte, que dictaminó que se había vulnerado el derecho a la libre determinación del pueblo palestino<sup>219</sup>, hizo la siguiente observación:

“... la Corte opina que las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y el régimen conexo...”<sup>220</sup>

91. Si bien es más probable que la cooperación tenga lugar en el marco de la institución de seguridad colectiva, el concepto tiene un alcance más amplio. Otros órganos pueden llevar a cabo la cooperación “para poner fin” a las violaciones graves de normas imperativas en virtud de instrumentos pertinentes para la norma imperativa. Cabe citar, por ejemplo, el Comité contra la Tortura, que actuaría con arreglo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, u órganos y mecanismos regionales de derechos humanos. También puede haber formas de cooperación “no institucionales”, como cuando un grupo de Estados actúa de consuno para poner fin a la vulneración en cuestión<sup>221</sup>. De hecho, la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro* puede interpretarse en el sentido de que, más allá de la acción colectiva, cada Estado tiene el deber, sujeto a los límites del derecho internacional, de realizar esfuerzos para poner fin a las situaciones creadas por la vulneración<sup>222</sup>.

92. El infructuoso intento de Etiopía y Liberia, en la década de 1960, de que se pusiera fin al mandato de Sudáfrica en Namibia, llamada entonces África Sudoccidental, es quizás uno de los primeros ejemplos de formas de cooperación no institucionales para poner fin a una vulneración de la norma de *ius cogens* de la libre determinación<sup>223</sup>. En su memoria, por ejemplo, Etiopía argumentaba que tenía un interés legítimo en velar por que no se incumpliera la misión sagrada de civilización establecida en virtud del Mandato y por que los miembros de la Sociedad de las Naciones estuvieran legitimados para iniciar actuaciones con objeto de defender los

<sup>217</sup> Carta de las Naciones Unidas, Arts. 10 y 12 y Caps. VI y VII.

<sup>218</sup> Acta Constitutiva de la Unión Africana, art. 4 h), leído conjuntamente con el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. Véase también la resolución 2033 (2012) del Consejo de Seguridad.

<sup>219</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva (véase la nota 214 *supra*), párrs. 147, 149, 157 y 159.

<sup>220</sup> *Ibid.*, párr. 160.

<sup>221</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 1) del comentario al artículo 41.

<sup>222</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva (véase la nota 214 *supra*), párr. 159 (“Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”). Véase también la intervención del Sr. Al-Kadhe (Iraq) en la 4503ª sesión del Consejo de Seguridad, el 29 de marzo de 2002 (S/PV.4503) (“Hacemos un llamamiento al Consejo de Seguridad, a la comunidad internacional y a todos los pueblos amantes de la libertad de todo el mundo a fin de que condenen enérgicamente esos actos y que adopten toda medida a su disposición para obligar a esa entidad a actuar de conformidad con el *ius cogens* internacional a fin de que se le obligue a retirarse de inmediato de las ciudades y aldeas palestinas”).

<sup>223</sup> Para un análisis de la cuestión, véase Jean Allain, “Decolonisation as the source of the concepts of *ius cogens* and obligations *erga omnes*”, *Ethiopian Yearbook of International Law* 2016, págs. 35 a 60.

derechos de los habitantes del territorio<sup>224</sup>. La Corte confirmó que Etiopía y Liberia tenían *locus standi* y afirmó que “la Sociedad, con su Consejo, la Asamblea y todos sus Miembros tenían *el deber* y el derecho de asegurar el cumplimiento de esta misión”<sup>225</sup>. Es cierto que esa decisión se basó en un acuerdo (el Mandato) y no en principios generales, pero ha sido una fuente de inspiración para el desarrollo de la idea del derecho (y el deber) de los Estados de intervenir para asegurar el cumplimiento de las normas de *ius cogens*.

93. El párrafo 1 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado contiene un calificativo importante, a saber, que las medidas colectivas que se adopten para “poner fin” a la violación de las normas imperativas deben ser ellas mismas lícitas. Esto es importante, sobre todo teniendo en cuenta el amplio alcance de la cooperación, señalado anteriormente. Toda medida de uso de la fuerza, por ejemplo, adoptada para “poner fin” a la violación en cuestión, debe estar en conformidad con las normas del derecho internacional en el sentido de que debe cumplir los requisitos de legítima defensa (colectiva) o ser autorizada por el Consejo de Seguridad.

94. El análisis anterior puede resumirse del siguiente modo:

a) los Estados tienen el deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*);

b) la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable;

c) la cooperación prevista puede llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación institucionales o mediante acuerdos de cooperación específicos.

c) *Deber de no reconocer ni prestar asistencia*

95. El párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado contiene dos obligaciones distintas. La primera es la obligación de no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave de una norma imperativa de derecho internacional. La segunda es la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional. Si bien, en el momento de la aprobación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión consideraba que la obligación de cooperar prevista en el párrafo 1 correspondía a un desarrollo progresivo, ya estimaba que las obligaciones que figuran en el párrafo 2 (no reconocimiento y no asistencia) constituían *lex lata*<sup>226</sup>. Esta posición puede fundamentarse en diversas fuentes,

<sup>224</sup> *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments and Documents, South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, vol. I (1966), memoria presentada por el Gobierno de Etiopía, págs. 92 y 93.

<sup>225</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, excepciones preliminares, fallo de 21 de diciembre de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 319 y ss., en especial pág. 336 (sin cursiva en el original).

<sup>226</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 6) del comentario al artículo 41 (“La existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la [Corte Internacional de Justicia]”) (sin cursiva en el original). Véase también, en relación con la obligación de no asistencia, el párrafo 12) del comentario al artículo 41.

algunas de las cuales ya se citaban en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>227</sup>.

96. Aunque la opinión consultiva sobre *Namibia* se basaba principalmente en la terminación de la misión sagrada de Sudáfrica y las decisiones de los órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, fundamentalmente se refería a la efectividad del derecho a la libre determinación<sup>228</sup>. En esa opinión consultiva, la Corte afirmó que “la calificación de una situación como ilegal no basta de por sí para ponerle fin”<sup>229</sup>. La Corte determinó, en primer lugar, que Sudáfrica, “como responsable de haber creado y mantenido” la situación ilegal, “tiene la obligación de ponerle fin”<sup>230</sup>. En segundo lugar, la Corte dictaminó que los Estados Miembros de las Naciones Unidas “tienen la obligación de reconocer la ilegalidad y la invalidez de la continuación de la presencia de Sudáfrica” y “abstenerse de prestar a Sudáfrica cualquier apoyo o cualquier otra forma de asistencia con respecto a su ocupación de Namibia”<sup>231</sup>. Aunque la opinión consultiva sobre *Namibia* se basaba principalmente en una resolución del Consejo de Seguridad, también se derivaba del derecho internacional general, y en particular de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de *ius cogens*, como se desprende claramente del hecho de que la Corte determinara que las obligaciones de no reconocer y no ofrecer asistencia “pueden oponerse a todos los Estados en el sentido de excluir *erga omnes* la legalidad de una situación”, es decir, que esas obligaciones no eran únicamente oponibles a los Estados Miembros de las Naciones Unidas<sup>232</sup>. La Corte resumió así el razonamiento de esta conclusión:

“Todos los Estados deben tener presente que la entidad lesionada es un pueblo que debe recurrir a la comunidad internacional para que lo ayude en su progreso hacia los objetivos para los que se instituyó la misión sagrada [la libre determinación].”<sup>233</sup>

97. La opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro* constituye otro ejemplo del enfoque de la Corte respecto de las obligaciones jurídicas derivadas de la violación de una norma de *ius cogens*, a saber, el derecho a la libre determinación<sup>234</sup>. Al analizar las consecuencias para Israel, la Corte determinó que Israel “tiene la obligación de poner fin al incumplimiento de sus obligaciones internacionales”<sup>235</sup>. Con respecto a las consecuencias para “otros Estados”, la Corte observó que el derecho a la libre determinación creaba obligaciones *erga omnes* y que, por tanto, era “de interés para todos los Estados”<sup>236</sup>. Habida cuenta del “carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados”, la Corte determinó que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal

<sup>227</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 8) del comentario al artículo 41.

<sup>228</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., por ejemplo pág. 31, párr. 52. Véase, en especial, el párrafo 83, donde se afirma que la reclamación por Sudáfrica del territorio de Namibia se basa en la anexión, contraria a las normas de *ius cogens*.

<sup>229</sup> *Ibid.*, párr. 111.

<sup>230</sup> *Ibid.*, párr. 118.

<sup>231</sup> *Ibid.*, párr. 119. Pueden encontrarse ejemplos de los tipos de asistencia, ayuda y reconocimiento en los párrafos 121 a 124.

<sup>232</sup> *Ibid.*, párr. 126.

<sup>233</sup> *Ibid.*, párr. 127.

<sup>234</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva (véase la nota 214 *supra*), párrs. 122 y, en especial, 155.

<sup>235</sup> *Ibid.*, párrs. 149 a 151.

<sup>236</sup> *Ibid.*, párrs. 154 y 155.

resultante de” la violación<sup>237</sup>. Además, la Corte sostuvo que los Estados también tenían la obligación de “no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada” por la violación<sup>238</sup>. Los deberes impuestos a terceros Estados en caso de violación de una norma de *ius cogens* también se reconocieron en la causa *Amnesty International v. Secretary of State for the Home Department*, en la que, basándose en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Cámara de los Lores del Reino Unido declaró que era un deber de los Estados rechazar los resultados de la tortura<sup>239</sup>. Según la Cámara de los Lores, este deber se derivaba del hecho de que la naturaleza de *ius cogens erga omnes* de la prohibición de la tortura exige que los Estados miembros hagan algo más que limitarse a evitar la práctica de la tortura<sup>240</sup>.

98. Las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General pueden tener consecuencias similares. Por ejemplo, en su resolución 276 (1970), el Consejo de Seguridad determinó que “la continuación de la presencia de las autoridades sudafricanas en Namibia” era ilegal y que “todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Sudáfrica” carecían de validez<sup>241</sup>. En la resolución también se instaba a “todos los Estados [...] a abstenerse de toda gestión” con Sudáfrica<sup>242</sup>. En otras palabras, se instaba a otros Estados a no reconocer la situación ilegal creada por la vulneración del derecho de Namibia a la libre determinación. La Asamblea General, en respuesta al fallo de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas al *África Sudoccidental*<sup>243</sup>, aprobó la resolución 2145 (XXI), en la que se reafirmaba que Namibia tenía “un derecho inalienable a la libre determinación” y que Sudáfrica había vulnerado ese derecho<sup>244</sup>. Como consecuencia de esta determinación, en la resolución se instaba a Sudáfrica a que “se abstenga y desista inmediatamente de toda acción [...] que en el sentido que sea altere o tienda a alterar el actual estatuto internacional” de Namibia<sup>245</sup>, al tiempo que se pedía a “todos los Estados que presten su plena cooperación y asistencia” para poner fin a la ocupación ilegal<sup>246</sup>. Estas resoluciones, y su llamamiento no obligatorio a los Estados para que no reconocieran la ocupación por parte de Sudáfrica y ayudaran a ponerle fin, pueden considerarse los antecedentes de lo que hoy podría aceptarse como derecho internacional general actual<sup>247</sup>. Otra resolución relativa a la política del Gobierno de Sudáfrica y, en particular, al establecimiento de bantustanes (territorios patrios), constituye un ejemplo más de llamamiento al no reconocimiento de una situación creada por el incumplimiento de una obligación imperativa (la prohibición de la discriminación racial). La

<sup>237</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> *A, Amnesty International and Commonwealth Lawyers Association v Secretary of State for the Home Department*, sentencia de la Cámara de los Lores de 8 de diciembre de 2005 núm. [2006] 1 All ER 575, párr. 34.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, párr. 2.

<sup>242</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>243</sup> *South West Africa* (Segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6. Véase Allain, “Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*” (nota 223 *supra*) (donde se afirma que la actuación de la Asamblea General fue más impresionante que el enfado retórico. El 27 de octubre de 1996, la Asamblea reafirmó el “derecho inalienable del pueblo del África Sudoccidental a la libertad y la independencia”).

<sup>244</sup> Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General, de 27 de octubre de 1966, párrs. 1 a 3.

<sup>245</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>246</sup> *Ibid.*, párr. 9.

<sup>247</sup> Véanse también las conclusiones del Abogado General Wathelet, de 10 de enero de 2018, en la causa *Western Sahara Campaign UK, The Queen v. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, causa núm. C-266/16, párrs. 187 y ss.

resolución 3411 (XXX) de la Asamblea General se refería a la política de *apartheid* del Gobierno de Sudáfrica. En la resolución 3411 D, relativa a los bantustanes, se condenaba el establecimiento de bantustanes “encaminados a consolidar la inhumana política de *apartheid*, a perpetuar la dominación de la minoría blanca y a desposeer al pueblo africano” de su derecho inalienable a la libre determinación<sup>248</sup>. Por consiguiente, en la resolución se instaba “a todos los Gobiernos y organizaciones a que no se relacionen con ninguna de las instituciones o autoridades de los bantustanes y a que no les concedan ninguna forma de reconocimiento”<sup>249</sup>.

99. Un caso típico de situación creada por la violación de una norma de *ius cogens* puede ser el del control de un territorio adquirido mediante el uso ilícito de la fuerza o la continuación del control de un territorio en contravención del derecho a la libre determinación de los pueblos. Del mismo modo, la adquisición de poder por la comisión de crímenes de lesa humanidad o de genocidio también puede ser un ejemplo de situación creada por la violación de una norma de *ius cogens*. Así pues, además del acto ilícito (la violación del *ius cogens*), la situación de hecho creada por la violación también está viciada y, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, no debe reconocerse. Teniendo esto en cuenta, la Corte Internacional de Justicia determinó en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro* que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante” del incumplimiento de obligaciones dimanantes del *ius cogens*<sup>250</sup>. También sostuvo que existía una obligación de no “prestar ayuda o asistencia para mantener la situación” creada por la vulneración<sup>251</sup>.

100. El párrafo 2 del artículo 41 es absoluto, en el sentido de que es de aplicación a todos los Estados. Se aplica al Estado lesionado, al Estado que infringe la norma imperativa y a los terceros Estados<sup>252</sup>. En lo que respecta al Estado lesionado, confirma el principio de que el Estado lesionado no puede dar su consentimiento a la vulneración de una norma de *ius cogens*. En lo que respecta a los terceros Estados, la obligación enuncia la responsabilidad colectiva y la aplicación universal de las normas imperativas del derecho internacional. En cuanto a los Estados infractores, la obligación hace que el Estado sea responsable de la vulneración inicial (la vulneración de la norma de *ius cogens*) y de todo acto que reconozca o consolide la situación creada por la violación de la norma de *ius cogens*. No obstante, no debe negarse el reconocimiento a todos los actos derivados de la violación de la norma de *ius cogens*<sup>253</sup>. En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia declaró que las consecuencias del no reconocimiento no debían afectar negativamente ni desfavorecer a la población afectada y que, por lo tanto, los actos que afectaban a la población civil, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse a pesar de la violación<sup>254</sup>.

<sup>248</sup> Resolución 3411 D de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975, sobre los bantustanes, párr. 1.

<sup>249</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>250</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva (véase la nota 214 *supra*), párr. 159.

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 9) del comentario al artículo 41.

<sup>253</sup> *Ibid.*, párrafo 10) del comentario al artículo 41.

<sup>254</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva (véase la nota 228 *supra*), párr. 125.

101. Cabe señalar que las decisiones y resoluciones descritas más arriba se basan en la naturaleza y la importancia de las normas en cuestión, pero no en la intensidad o sistematicidad de la vulneración. Si bien el deber de cooperar para poner fin a las situaciones creadas por una violación requiere medidas concertadas positivas, quizás onerosas, el deber de no reconocer ni prestar ayuda o asistencia solo exige a los Estados abstenerse de ciertos comportamientos. Por lo tanto, es comprensible que el umbral establecido en la jurisprudencia no sea tan elevado como en el caso del deber de cooperar para poner fin a la situación creada por una vulneración.

102. El análisis anterior puede resumirse del siguiente modo:

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

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

#### 4. Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y obligaciones *erga omnes*

103. Las consecuencias particulares de las normas de *ius cogens* descritas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se basan en la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Esta conclusión parece deducirse claramente del comentario al capítulo III de la segunda parte. Tras describir algunos de los principales fallos relacionados con obligaciones *erga omnes*, la Comisión señaló que un “aspecto que tiene relación directa con esta cuestión es el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional...”<sup>255</sup>.

104. La causa relativa a la *Barcelona Traction* fue, tal vez, el hito más importante en lo que respecta a la aparición de las obligaciones *erga omnes* y su relación con las normas de *ius cogens*<sup>256</sup>. En dicha causa, la Corte estableció una distinción entre las obligaciones contraídas por un Estado “respecto de otro Estado” y “las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto”<sup>257</sup>. Con respecto a estas últimas, la Corte señaló que son de interés para todos los Estados y que “cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”<sup>258</sup>. Como se explica más arriba, el elemento fundamental de las obligaciones enunciadas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado es que amplían a terceros Estados la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación, es decir, no solo se imponen al Estado responsable del incumplimiento y al Estado lesionado.

105. Si bien la Corte no se refiere a las normas imperativas de derecho internacional general, de su descripción se desprende claramente que las normas imperativas tienen un efecto *erga omnes*. La Corte distingue entre las obligaciones *erga omnes* “impuestas

<sup>255</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafos 2) a 4) del comentario al capítulo III de la segunda parte.

<sup>256</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3. Véanse Allain, “Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*” (nota 223 *supra*), pág. 53 (donde se afirma que el fallo de la causa *Barcelona Traction* incorporaba el concepto mismo de obligaciones *erga omnes* en la estructura del derecho internacional); y Theodor Meron, “On a hierarchy of international human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), págs. 1 a 23, en especial pág. 1.

<sup>257</sup> *Ibid.*, párr. 33.

<sup>258</sup> *Ibid.*

por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal”, por una parte, y las que “en el derecho internacional contemporáneo se derivan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y las normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial”, por otra parte<sup>259</sup>. Todas las normas señaladas por la Corte son las que se han descrito como normas de *ius cogens*. En la causa relativa a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, la Corte volvió a dictaminar que otra norma de *ius cogens* —en esta ocasión el derecho a la libre determinación— “tiene carácter *erga omnes*”<sup>260</sup>. Es interesante observar que, en dicha causa, la Corte sostuvo que el carácter *erga omnes* de la norma no tenía ningún efecto sobre la competencia de la Corte<sup>261</sup>, aunque esta es una cuestión que se examina más adelante en el presente informe. La Corte ha aclarado aún más la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* en su fallo de 2015 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*<sup>262</sup>. En ella, la Corte confirmó su anterior conclusión de que “la Convención contra el Genocidio contiene obligaciones *erga omnes*” y que “la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”<sup>263</sup>.

106. La relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* también se ha reconocido en la práctica de los Estados. En *Nulyarimma and Others v. Thompson*, el Tribunal Federal de Australia reconoció que la prohibición del genocidio era una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario que daba lugar a una obligación inderogable de cada Estado para con toda la comunidad internacional, y señaló que se trataba de una obligación que existía con independencia de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>264</sup>. Del mismo modo, en *Kane v. Winn*, el Tribunal de Distrito de Massachusetts (Estados Unidos de América) determinó que la prohibición de la tortura era una obligación *erga omnes* que, como norma de *ius cogens*, era inderogable e imperativa<sup>265</sup>. Durante

<sup>259</sup> *Ibid.*, párr. 34.

<sup>260</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29.

<sup>261</sup> *Ibid.* En *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 595 y ss., en especial págs. 615 y 616, párr. 31, la Corte declaró que otra norma de *ius cogens*, la prohibición del genocidio, creaba obligaciones *erga omnes*. Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)* (nota 124 *supra*), párr. 64.

<sup>262</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 3.

<sup>263</sup> *Ibid.*, párr. 87.

<sup>264</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, sentencia en apelación del Tribunal Federal de Australia de 1 de septiembre de 1999, párr. 18. En sus conclusiones, el Magistrado Whitlam, concretamente, utilizando en gran medida el mismo lenguaje que la Corte, se refirió específicamente a la naturaleza *erga omnes* de la obligación y señaló que la prohibición del genocidio era una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*) que imponía a cada Estado-nación obligaciones inderogables *erga omnes* para con la comunidad internacional en su conjunto, párr. 81.

<sup>265</sup> *Kane v. Winn*, sentencia de 27 de mayo de 2004 del Tribunal de Distrito de Massachusetts, núm. 31 F. Supp. 2d 161 (D. Mass.), párr. 93. *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, sentencia en apelación de 12 de octubre de 2006 del Tribunal Superior, núm. [2006] ALL ER (D) 138, párr. 102, donde se hace referencia al *ius cogens erga omnes*. Véase también *Jorgic case, J (a Bosnian Serb)*, demanda individual, sentencia de 12 de diciembre de 2000 del Tribunal Constitucional de Alemania, núm. 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), párr. 17.

el examen del informe de la Comisión en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, la República Checa observó que “las obligaciones de *ius cogens* son *erga omnes* y no admiten excepción”<sup>266</sup>.

107. Si bien las fuentes mencionadas más arriba establecen claramente que existe una relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, lo más importante es la naturaleza exacta de esa relación. Es un hecho generalmente aceptado en la doctrina que, aunque todas las normas de *ius cogens* tienen efectos *erga omnes*, no puede afirmarse lo contrario, es decir, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas de *ius cogens*<sup>267</sup>. Villalpando ofrece una buena imagen para describir la relación entre ambos conceptos:

“*L’image désormais classique employée pour décrire la relation entre les obligations erga omnes et le jus cogens est celle de deux cercles concentriques: la catégorie des normes imposant des obligations erga omnes constituerait un ensemble plus grand qui contiendrait toutes les normes impératives, mais ne réduirait pas à elles.*”<sup>268</sup>

108. Si bien esta idea está muy asentada, su rigor es, cuanto menos, dudoso. Plantea la cuestión de si existen obligaciones *erga omnes* que no se deriven de normas de *ius cogens*. Es cierto que las obligaciones contraídas en virtud de tratados, no derivadas de normas imperativas de derecho internacional general, pueden crear obligaciones respecto de todas las partes en los tratados: las llamadas obligaciones *erga omnes inter partes*. No obstante, no se trata de obligaciones *erga omnes* propiamente dichas, ya que no crean obligaciones respecto de todos los Estados, sino de todos los Estados *partes*<sup>269</sup>. Sin embargo, parece que la causa relativa a la *Barcelona Traction* sí ofrece algunas indicaciones sobre los elementos esenciales de la relación. En dicha causa, la Corte afirma que “las obligaciones *emanan* de” prohibiciones que constituyen *ius cogens*<sup>270</sup>. Por lo tanto, los dos conceptos no son iguales. Uno emana, o se deriva, del otro. En opinión del Relator Especial, ese es el aspecto fundamental de la relación. Pellet refleja ese aspecto fundamental de la siguiente manera:

“*Les règles fondamentales de l’ordre juridique international’, en particulier le jus cogens et les obligations erga omnes —sans d’ailleurs que l’on*

<sup>266</sup> República Checa (A/C.6/49/SR.26), párr. 19. Véase también Burkina Faso (A/C.6/54/SR.26).

<sup>267</sup> Véase, por ejemplo, Francisco Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), págs. 333 a 368, en especial pág. 353 (donde se afirma que las obligaciones *erga omnes* son distintas del *ius cogens* en que *pueden* derogarse en algunas situaciones, aunque todas las normas de *ius cogens* son obligaciones *erga omnes*). Véase, sin embargo, Evan J. Criddle y Evan J. Fox-Decent, “A fiduciary duty of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), págs. 331 a 388, en especial págs. 384 y 385, donde se argumenta en contra de la idea misma de que las normas de *ius cogens* tienen efectos *erga omnes*.

<sup>268</sup> Santiago Villalpando, *L’émergence de la communauté internationale dans de la responsabilité des États* (París, 2005), pág. 107 (La imagen que se suele utilizar para describir la relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens* es la de los círculos concéntricos: la categoría de las normas que imponen obligaciones *erga omnes* constituiría un conjunto más amplio que contendría todas las normas imperativas, pero no solo ellas).

<sup>269</sup> Véase, por ejemplo, Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (nota 71 *supra*), pág. 430 (donde se afirma que también se puede hablar con algo más de flexibilidad de obligaciones *erga omnes* con respecto a las obligaciones derivadas de un tratado multilateral y que, en tal caso, no obstante, el concepto pierde su componente fundamental de orientación sobre la posibilidad de la comunidad internacional de imponer sanciones).

<sup>270</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo (nota 256 *supra*), párr. 34 (sin cursiva en el original).

*sache très biens s'il s'agit d'un seul et même concept ou de deux différentes— même si pour ma part... je pense qu'il s'agit de deux notions distinctes: le caractère cogens d'une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l'expression erga omnes attire plutôt l'attention sur ses destinataires.*"<sup>271</sup>

109. Así pues, para Pellet, el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* son conceptos diferentes, pero uno se deriva del otro, es decir, las normas de *ius cogens* se refieren al contenido, mientras que las obligaciones *erga omnes* se refieren a los destinatarios de las normas de *ius cogens* y, por lo tanto, se derivan de estas. Del mismo modo, Bassiouni señala que el *ius cogens* hace referencia a la situación jurídica de determinadas normas, mientras que las obligaciones *erga omnes* se refieren a las consecuencias jurídicas derivadas de la calificación de *ius cogens*<sup>272</sup>.

110. El carácter *erga omnes* de las normas de *ius cogens* no impone obligaciones a terceros Estados, como sí hace el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, el carácter *erga omnes* del *ius cogens* explica el interés de los terceros Estados en el acto ilícito cometido por un Estado contra otro. Las consecuencias jurídicas de las obligaciones para los terceros Estados vienen establecidas por la práctica y las decisiones judiciales de las cortes y tribunales internacionales, con el impulso de la labor de la Comisión.

111. El análisis anterior puede resumirse de la siguiente manera: las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) establecen obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento concierne a todos los Estados.

#### **D. Otros efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

112. Los efectos del *ius cogens* en los tratados y en la responsabilidad del Estado se basan, en su mayor parte, en la labor de la Comisión: los artículos sobre el derecho de los tratados y los artículos sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, hay que analizar otros posibles efectos de las normas de *ius cogens* que no han sido objeto de un estudio específico de la Comisión. Se trata, entre otros, de los efectos del *ius cogens* en:

- a) la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional;
- b) la competencia de los tribunales internacionales;
- c) el derecho internacional consuetudinario;
- d) las resoluciones del Consejo de Seguridad a la luz del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>271</sup> Alain Pellet, "Conclusions" en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat y Thouvenin (véase la nota 66 *supra*), pág. 418 (donde se afirma que las normas fundamentales del ordenamiento jurídico internacional, en particular el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, sin saber, no obstante, muy bien si constituyen un concepto único o dos cosas diferentes, aunque se considera que se trata de dos conceptos diferentes: el carácter de *ius cogens* de una norma se refiere a la calidad del contenido mismo de la norma, mientras que la expresión "*erga omnes*" apunta más bien a sus destinatarios).

<sup>272</sup> M. Cherif Bassiouni, "International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), págs. 63 a 74, en especial pág. 63.

## 1. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) sobre la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional

113. Los efectos del *ius cogens* en el derecho penal internacional en general, y en la responsabilidad penal individual en particular, han sido objeto de un intenso debate en los últimos tiempos<sup>273</sup>. Las cuestiones más debatidas giran en torno a la competencia de los tribunales nacionales respecto de los crímenes cuya prohibición es imperativa en el derecho internacional, llamados a veces en el presente informe, de forma abreviada por razones de conveniencia, crímenes de *ius cogens*. Entre ellas cabe citar la cuestión de si existe el deber de ejercer la competencia y los efectos de las inmunidades en los crímenes de *ius cogens*.

114. Las cuestiones se refieren al contenido y las consecuencias de los crímenes de *ius cogens*. Los crímenes cuya prohibición constituye una norma de *ius cogens* incluyen los crímenes de lesa humanidad<sup>274</sup>, el genocidio<sup>275</sup>, los crímenes de guerra<sup>276</sup> y la tortura<sup>277</sup>. La Comisión ya ha abordado, en el marco de diversos temas, algunas de esas cuestiones en relación con esos crímenes<sup>278</sup>. Por ello, el examen de estas cuestiones en el presente informe será relativamente breve.

115. Tal vez convenga iniciar el examen de si el *ius cogens* tiene consecuencias particulares para el ejercicio de la competencia señalando que diferentes instrumentos establecen que los Estados tienen el deber de ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de *ius cogens* de que se ocupan. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, por ejemplo, obliga a los Estados partes en ella a “establecer sanciones penales [...] para castigar a las personas culpables de

<sup>273</sup> Pueden encontrarse argumentos sobre la importancia de los efectos del *ius cogens* en la responsabilidad penal individual en Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*” (nota 75 *supra*) y Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*” (nota 272 *supra*).

<sup>274</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 5) del comentario al artículo 26; proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, preámbulo, en especial el párrafo 4) del comentario al preámbulo.

<sup>275</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 5) del comentario al artículo 26; párrafo 4) del comentario al artículo 40.

<sup>276</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 5) del comentario al artículo 40; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 79.

<sup>277</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrafo 5) del comentario al artículo 26; párrafo 5) del comentario al artículo 40; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

<sup>278</sup> Informe final de la Comisión de Derecho Internacional sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (A/69/10), véanse especialmente los párrafos 45) a 48); proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, arts. 2, 4, 6, párr. 5, y 10, y párrafo 8) del comentario al artículo 10; proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69° período de sesiones (A/72/10), art. 7. Véanse también el tercer informe del Relator Especial, el Sr. Sean D. Murphy, sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/704); el quinto informe de la Relatora Especial, Sra. Concepción Escobar Hernández, sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701); y el segundo informe del Relator Especial, el Sr. Roman Kolodkin, sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/631).

genocidio”<sup>279</sup>. No cabe duda de que el deber de sancionar previsto en la Convención es una obligación convencional y no se aplica necesariamente más allá del contexto del tratado. No obstante, además del deber de sancionar previsto en la Convención, existe una amplia práctica estatal que exige el enjuiciamiento del crimen de genocidio<sup>280</sup>. Asimismo, existen también, en la práctica de los Estados, muchos ejemplos de enjuiciamiento de actos de genocidio en los tribunales nacionales o de casos que permiten el enjuiciamiento de actos de genocidio<sup>281</sup>. La sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania en la causa *Jorgic* es particularmente instructiva. En esa decisión, el Tribunal respondió al argumento de que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio solo permitía el ejercicio de la jurisdicción por el Estado territorial. Dictaminó que, aunque no obligaba a ejercer la jurisdicción universal, la Convención no impedía el ejercicio de dicha jurisdicción<sup>282</sup>.

116. El derecho internacional también impone el deber de enjuiciar los crímenes de guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949, que cuentan con 196 Partes Contratantes, establecen que las Partes están obligadas a “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales” por la comisión de “infracciones graves” y a “buscar a las personas acusadas de haber cometido” infracciones graves y “hacerlas comparecer” ante los propios tribunales, “sea cual

<sup>279</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V. Véase también el artículo IV (“Las personas que hayan cometido genocidio [...] serán castigadas”).

<sup>280</sup> Véanse, por ejemplo, Código Penal de Burkina Faso, Ley núm. 043/96/ADP, de 13 de noviembre de 1996, art. 313; Código Penal de Etiopía, art. 281; Ley de Enmienda del Código Penal de Ghana de 1993, art. 1; Ley Orgánica núm. 08/96 de Rwanda, de 30 de agosto de 1996, art. 1; Estados Unidos de América, Código de los Estados Unidos, título 18, art. 1091; Ley núm. 2889 del Brasil, de 1 de octubre de 1956, art. 1; Código Penal de Nicaragua, art. 549; Código Penal de Fiji, legislación de Fiji, cap. 17, art. 69; Código Penal de Armenia, art. 393; Código Penal de Suiza, art. 264; Código Penal de Albania, art. 73; Código Penal de Austria, cap. 25, art. 321; Código Penal de Estonia, art. 611; Ley núm. 962 de Italia, de 9 de octubre de 1967, art. 1; Código Penal de España, libro II, título XXIV, art. 607.

<sup>281</sup> Véase, por ejemplo, Etiopía, *Special Prosecutor v. Hailemariam (Mengistu) and 173 Others*, excepciones preliminares, expediente penal núm. 1/87, sentencia del Tribunal Federal, 9 de octubre de 1995; Uganda, *Kwoyelo Alias Latoni v. Uganda*, sentencia del Tribunal Constitucional, 22 de septiembre de 2011; el Canadá, *The Queen v. Munyaneza (Désiré)*, sentencia en primera instancia del Tribunal Superior de Quebec, 22 de mayo de 2009; la Argentina, *Priebke, Erich, s/solicitud de extradición*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de noviembre de 1995; Bosnia y Herzegovina, *Prosecutor v. Trbić (Milorad)*, sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, 16 de octubre de 2009; España, *Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharuis y otros c. Hachem y otros*, auto de procesamiento, Audiencia Nacional, 9 de abril de 2015; España, *Fundación Casa del Tibet y otros c. Jiang (Zemin)*, resolución de recurso de apelación sobre la admisión a trámite de una querrela, Audiencia Nacional, 10 de enero de 2006; Alemania, *Sokolović*, sentencia de revisión de la Sala de lo Penal del Tribunal Federal de Justicia, 21 de febrero de 2001; Alemania, *Jorgic*, sentencia del Tribunal Constitucional, 12 de diciembre de 2000.

<sup>282</sup> *Jorgic* (véase la nota anterior), en especial el párrafo 40.

fuere su nacionalidad”<sup>283</sup>. Además, muchos Estados han tipificado los crímenes de guerra en su derecho interno<sup>284</sup>.

117. En su segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad, el Relator Especial proporcionó información útil sobre las leyes nacionales que prevenían el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad<sup>285</sup>. En el informe, señalaba que, si bien muchos Estados tipificaban los crímenes de lesa humanidad en sus leyes nacionales, otros muchos no lo hacían<sup>286</sup>. Indicaba que, en 2013, alrededor de 104 Estados tenían leyes en las que se tipificaban expresamente los crímenes de lesa humanidad *como tales*<sup>287</sup>. Aunque el Relator Especial concluye, a partir de esta afirmación, que “no parece que los Estados se consideren obligados en virtud del derecho internacional consuetudinario” a aprobar leyes nacionales que tipifiquen los crímenes de lesa humanidad<sup>288</sup>, 104 instrumentos legislativos es una cantidad bastante impresionante de práctica estatal. Esta cifra es aún más impresionante por cuanto que el propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no exige la tipificación en la legislación nacional de los crímenes de lesa humanidad (o de ninguno de los

<sup>283</sup> Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, art. 49; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, art. 50; Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, art. 129; Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, art. 146.

<sup>284</sup> Véanse ejemplos de legislación nacional en Armenia, Código Penal de 2003, arts. 383, 386, 387 y 390; Bangladesh, Ley del Tribunal de Delitos Internacionales de 1973, art. 3; Bulgaria, Código Penal de 1968, arts. 410 a 415; China, Ley aplicable a los Criminales de Guerra de 1946, art. 3; Finlandia, Código Penal de 1889 (enmienda núm. 212/2008), cap. 11, art. 5, párr. 1; Jordania, Código Penal Militar de 2002 (enmendado en 2006), art. 41; Portugal, Código Penal de 1996, art. 242; la República Democrática del Congo, Código de Justicia Militar de 1972, arts. 262 a 264; y Sudáfrica, Ley de Aplicación de los Convenios de Ginebra de 2012, art. 5. Véanse también Alemania, Ministerio de Defensa Federal, *Humanitäres Völkerrecht in Bewaffneten Konflikten*, 1996, art. 803; Australia, Fuerza de Defensa, *Law of Armed Conflict: Commanders Guide*, marzo de 1994, art. 1306 (que establece que las naciones deben buscar, enjuiciar y, en caso necesario, extraditar a las personas sospechosas de haber infringido el derecho de los conflictos armados); el Canadá, Oficina del Director de Justicia Militar, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, 1999, art. 5-2; Colombia, Ministerio de Defensa, *Derecho Internacional Humanitario: Manual Básico para las Personerías y las Fuerzas Armadas de Colombia*, 1995, pág. 27; los Estados Unidos, Departamento de la Marina, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 2007, art. 6.2.6; la Federación de Rusia, Ministerio de Defensa, *Regulations on the Application of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the Russian Federation*, 2001, art. 86; Francia, Général de Corps d'Armée Voinot, *Fiche de Synthèse sur les Règles Applicables dans les Conflits Armés*, 1992, art. 3.4; Israel, Jefatura de la Fiscalía Militar General, *Rules of Warfare on the Battlefield*, 2006, pág. 11; Sudáfrica, Fuerza de Defensa Nacional, *Revised Civic Education Manual*, 2004, cap. 4, art. 57; y Suiza, Ejército Suizo, *Lois et Coutume de la Guerre (Extrait et Commentaire)*, 1987, art. 198.

<sup>285</sup> Segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por el Relator Especial (A/CN.4/690), párrs. 17 a 19.

<sup>286</sup> *Ibid.*, párrs. 17 y 18.

<sup>287</sup> *Ibid.*, párr. 18. Véase también el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, párrafo 3) del comentario al artículo 6.

<sup>288</sup> *Ibid.*, párr. 18.

crímenes) previstos en el Estatuto<sup>289</sup>. Esto no significa necesariamente que exista un deber, en el derecho internacional consuetudinario, de tipificar los crímenes de lesa humanidad, no sin el requisito de la *opinio iuris*. No obstante, la abundante práctica constituye un sólido fundamento para la evolución de ese deber (en caso de que aún no exista). Partiendo de esta base, la Comisión decidió establecer, en el artículo 6 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, que todo Estado “adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad”, disposición que fue acogida favorablemente por una amplia mayoría de Estados<sup>290</sup>.

118. Existe una práctica generalizada, en términos tanto de cantidad como de distribución geográfica, de Estados que ejercen su jurisdicción penal respecto de actos cuya prohibición constituye una norma de *ius cogens*, como los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y la tortura<sup>291</sup>. No obstante, esa práctica pone de manifiesto que, si bien en algunos Estados se ejerce la jurisdicción universal, la legislación de otros requiere alguna relación con el Estado que ejerce la jurisdicción. La legislación relativa a los crímenes de guerra es un buen ejemplo de las diferencias a ese respecto<sup>292</sup>. En los Estados Unidos, por ejemplo, si bien la legislación relativa a los crímenes de guerra<sup>293</sup> dispone que quien cometa un crimen de guerra, ya sea dentro o fuera de los Estados Unidos, será castigado<sup>294</sup>, se limita la aplicación de esa disposición a los casos en que la persona que cometa ese crimen de guerra sea miembro de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o sea nacional de

<sup>289</sup> Véanse, a pesar de que el Estatuto de Roma en sí no establece el deber de enjuiciar, causas en que los Estados han enjuiciado crímenes de lesa humanidad o afirmado el derecho de hacerlo: República Democrática del Congo, *Ituri District Military Prosecutor v. Kahwa Panga Mandro*, sentencia en primera instancia del Tribunal Militar, 2 de agosto de 2006; México, *Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la oficina del fiscal especial para la atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado y otro c. Echeverría y Moya-Palencia*, sentencia en apelación de la Suprema Corte de Justicia, 15 de junio de 2005; Perú, *Guillén de Rivero c. Corte Superior de Justicia del Perú*, sentencia del Tribunal Constitucional sobre recurso de agravio constitucional, 12 de agosto de 2005; Paraguay, *Pavón y otros s/lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas*, sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 5 de mayo de 2008; Chile, *Víctor Raúl Pinto c familiares de Tomás Rojas*, sentencia de la Corte Suprema sobre veredicto de sobreseimiento, 2007, párr. 23.

<sup>290</sup> Véase el tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por el Relator Especial (A/CN.4/704), párr. 4.

<sup>291</sup> Con respecto a la tortura, véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo (véase la nota 277 *supra*), párr. 99 (donde se afirma que la prohibición de la tortura se ha incorporado en el derecho interno de casi todos los Estados).

<sup>292</sup> Véase la nota 284 *supra*.

<sup>293</sup> Código de los Estados Unidos, título 18, art. 2441.

<sup>294</sup> *Ibid.*, párr. a).

los Estados Unidos<sup>295</sup>. No obstante, en Sudáfrica, la Ley de Aplicación del Estatuto de Roma establece la jurisdicción, incluso cuando no hay vínculo alguno con Sudáfrica, si la persona acusada de haber cometido el crimen se halla presente en el territorio de Sudáfrica después de haberlo cometido<sup>296</sup>. Esas diferencias de enfoque también se reflejan en la labor de la Comisión. En 1996, la Comisión obligó a los Estados a establecer su jurisdicción sobre los crímenes de *ius cogens* “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”<sup>297</sup>. En su texto pertinente más reciente, la Comisión impuso a los Estados la obligación de establecer su jurisdicción en los casos en que: a) el “delito sea cometido en cualquier territorio” bajo la jurisdicción de ese Estado; b) el “infractor sea nacional de ese Estado” o, si es apátrida, “resida habitualmente en [el] territorio” de ese Estado; y c) “la víctima sea nacional de ese Estado, si este lo considera apropiado”<sup>298</sup>. El texto más reciente, el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, deja abierta la posibilidad de que un Estado pueda ejercer una jurisdicción más amplia, por ejemplo, la jurisdicción universal, si lo permite el derecho internacional<sup>299</sup>.

119. Si bien se acepta en general que existe un deber de enjuiciar, Costelloe ha refutado la existencia de ese deber general con el siguiente argumento:

“En la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia observó que, si bien la ‘prohibición de la tortura’ es *ius cogens*, ‘la obligación de enjuiciar a los presuntos autores de actos de tortura conforme a la Convención solo se aplica a los hechos que

<sup>295</sup> *Ibid.* Véase Sudáfrica, *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, sentencia del Tribunal Constitucional núm. CCT 02/14. Dire Tladi, “*National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre* (Sup. Ct. S. Afr.) – Introductory Note”, *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), págs. 152 a 174. Véase también el Reino Unido, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2001, art. 51, párr. 2, que establece que el artículo se aplica a los actos cometidos en Inglaterra o Gales o a los actos cometidos fuera del Reino Unido por un nacional del Reino Unido, una persona residente en el Reino Unido o una persona sujeta a la jurisdicción militar del Reino Unido; el Japón, Ley núm. 45 del Código Penal de 1907 enmendada, arts. 1 a 3, que establece la jurisdicción sobre personas no nacionales del Japón por actos cometidos en el extranjero únicamente si la víctima es nacional del Japón ([www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan](http://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan)); la República de Corea, Ley de Sanción de los Crímenes de la Competencia de la Corte Penal Internacional, art. 3, que prevé el ejercicio de la jurisdicción respecto de los actos: a) cometidos en el territorio de la República de Corea; b) cometidos por un nacional fuera del territorio de la República de Corea; c) cometidos por un extranjero a bordo de buques o aeronaves de la República de Corea; y d) cometidos por un extranjero contra la República de Corea o sus nacionales fuera del territorio de la República de Corea.

<sup>296</sup> Véase el artículo 4, párrafo 3, de la Ley de Aplicación del Estatuto de Roma de Sudáfrica, 2002. Para un análisis de la cuestión, véase Sudáfrica, *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre* (nota 295 *supra*). Véase, además, Finlandia, Código Penal (nota 284 *supra*), cap. 11, art. 5, donde se habla únicamente de “una persona”. Véase también Alemania, Ley del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, junio de 2002, art. 1 (que establece que la Ley se aplica a todos los crímenes contra el derecho internacional calificados de crímenes graves con arreglo a la Ley, aun cuando el crimen se haya cometido en el extranjero y no guarde relación alguna con Alemania); el Canadá, Ley de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, 2000, cap. 24, art. 4 b), que dispone que el Canadá puede ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos por extranjeros fuera del país si la persona se encuentra en el Canadá después de la presunta comisión del crimen.

<sup>297</sup> Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), art. 8.

<sup>298</sup> Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, art. 7.

<sup>299</sup> *Ibid.*, art. 7, párr. 3.

hayan tenido lugar después de su entrada en vigor respecto del Estado interesado.”<sup>300</sup>

120. Si bien esta afirmación es cierta, no tiene en cuenta que la Corte se limita al deber de juzgar al presunto infractor *conforme a la Convención*, es decir, la Corte se refiere a una obligación convencional y no a una obligación de derecho internacional general, y ello por una sencilla razón: la competencia de la Corte en esa causa se limitaba a las infracciones de la Convención y excluía las infracciones del derecho internacional consuetudinario, incluido el *ius cogens*<sup>301</sup>. Así, la afirmación de la Corte no es una declaración general sobre el deber de ejercer la competencia respecto de los actos de tortura, sino sobre el deber conforme a la Convención.

## 2. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la inmunidad

121. Quizás ninguna otra posible consecuencia ha sido más controvertida y actual que el efecto que tienen las normas de *ius cogens* en la inmunidad de los Estados y la inmunidad de los funcionarios<sup>302</sup>. La cuestión de la inmunidad y los crímenes de *ius cogens* ha sido objeto de numerosas decisiones de tribunales y cortes internacionales y regionales y tribunales nacionales, y también de debates en la

<sup>300</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 191.

<sup>301</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo (véase la nota 277 *supra*), párr. 55 (“al momento de la interposición de la demanda, la controversia entre las partes no se refería al incumplimiento de obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario y que [la Corte] no tiene competencia para decidir respecto de los reclamos hechos por Bélgica en tal sentido. En consecuencia, la Corte solo tendrá que determinar si existe un fundamento jurídico para establecer su competencia respecto de la controversia relativa a la interpretación y aplicación [...] de la Convención contra la Tortura”). Véase también *ibid.*, párr. 63.

<sup>302</sup> Véanse algunas obras al respecto en Antonio Cassese, “When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), págs. 853 a 875; Dapo Akande y Sangeeta Shah, “Immunities of State officials, international crimes and foreign domestic courts”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), págs. 815 a 852; Thomas Weatherall, “*Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 1151 a 1212; A. P. V. Rogers, “War crimes trials under the Royal Warrant: British Practice 1945-1949”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 780 a 800; Annemarieke Vermeer-Künzli, “Immunities and consent to jurisdiction in international law”, en *The Pursuit of a Brave New World in International Law: Essays in Honour of John Dugard*, Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis y Dire Tladi (eds.) (Leiden, Brill, 2017), págs. 172 a 192, en especial págs. 180 y ss.; Paul B. Stephan, “The political economy of *jus cogens*”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), págs. 1073 a 1104, en especial págs. 1074 a 1080, 1092 y 1093; Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law” (nota 75 *supra*), pág. 31; Andrea Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), págs. 491 a 508; Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (nota 62 *supra*); Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 60 *supra*), págs. 259 y ss.; Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (nota 64 *supra*), pág. 202; Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate” (nota 58 *supra*), pág. 54; Orakhelashvili, “Audience and authority” (nota 69 *supra*), págs. 138 y ss.; Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms” (nota 60 *supra*), págs. 218 y ss.

Comisión<sup>303</sup>. Por consiguiente, el informe no reproducirá el debate íntegramente, sino que se limitará a señalar los principales aspectos que podrían ayudar a la Comisión a abordar la cuestión de las consecuencias jurídicas de las normas de *ius cogens* para la inmunidad.

122. En su quinto informe sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado<sup>304</sup>, la Relatora Especial para el tema propuso un proyecto de artículo que establecía la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* por los crímenes de *ius cogens* que la Comisión aprobó, aunque en una forma considerablemente enmendada, por 21 votos contra 8 y 1 abstención<sup>305</sup>. En el contexto del debate, el Relator Especial (sobre el *ius cogens*), señaló que, si bien apoyaba las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en caso de crímenes de *ius cogens*, no le convencían los argumentos esgrimidos en el quinto informe sobre la inmunidad<sup>306</sup>. En el presente informe no se van a repetir esas opiniones, salvo para afirmar que el contenido de lo que sigue concuerda con estas.

123. Al evaluar esta cuestión, es necesario hacer varias distinciones, algunas de las cuales suelen ignorarse. En primer lugar, es importante establecer una distinción, como hizo la Comisión en el tema de los crímenes de lesa humanidad, entre la inmunidad, por un lado, y la irrelevancia del cargo oficial respecto de la responsabilidad por crímenes de *ius cogens*, por otro lado<sup>307</sup>. La inmunidad es un obstáculo procesal a la competencia, mientras que la irrelevancia tiene un efecto sustantivo<sup>308</sup>. En este caso, no se puede invocar el cargo oficial como eximente de la responsabilidad por crímenes de *ius cogens*. En segundo lugar, con respecto a la inmunidad, debe establecerse una distinción menos controvertida entre la inmunidad

<sup>303</sup> Véanse fallos de cortes internacionales en las renombradas causas *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3, y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99. Véanse ejemplos de sentencias de tribunales regionales en *Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2014; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [Gran Sala], demanda núm. 35763/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2001-XI. En lo que respecta a la labor de la Comisión sobre cuestiones relativas a las inmunidades, véanse además de los materiales citados en la nota 278, los debates de la Comisión acerca del quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ([A/CN.4/701](#)) en [A/CN.4/SR.3360](#) a [3365](#) y [SR.3378](#), [3387](#) y [3388](#).

<sup>304</sup> [A/CN.4/701](#), anexo III.

<sup>305</sup> [A/CN.4/SR.3378](#).

<sup>306</sup> [A/CN.4/SR.3361](#).

<sup>307</sup> Véase el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, art. 6, párr. 5 (“Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo fuera cometido por una persona que ocupase un cargo oficial no sea motivo para eximirlo de responsabilidad penal”). Véase, no obstante, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar al-Bashir*, caso núm. ICC-02/05-01/09, 6 de julio de 2017, opinión separada del Magistrado Marc Perrin de Brichambaut, párr. 22.

<sup>308</sup> Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, véase, en especial, el párrafo 31) del comentario al artículo 6 (“A los fines del presente proyecto de artículos, el párrafo 5 significa que un presunto infractor no puede invocar su cargo oficial como circunstancia eximente de su responsabilidad penal. En cambio, el párrafo 5 no afecta a ninguna inmunidad procesal de la que un funcionario de un Estado extranjero pueda gozar ante una jurisdicción penal nacional...”). Véase también Dire Tladi, “Of heroes and villains, angels and demons: The ICC AU tension revisited”, *German Yearbook of International Law* (de próxima publicación), donde se hace referencia a la opinión separada del Magistrado Marc Perrin de Brichambaut.

*ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*<sup>309</sup>. Generalmente se acepta que no hay excepciones, ni siquiera en caso de crímenes de *ius cogens*, a la inmunidad *ratione personae*<sup>310</sup>. Un caso interesante a este respecto es la decisión del Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica en *Minister of Justice v. South African Litigation Centre*<sup>311</sup>, que, como medio auxiliar de determinación de normas de derecho internacional<sup>312</sup>, defiende la idea de que no hay excepciones a la inmunidad *ratione personae* en el derecho internacional consuetudinario, incluso si la práctica estatal establece una excepción a esa norma sobre la base de la legislación de Sudáfrica. Sea como fuere, la propia decisión reconoce que no puede crear derecho internacional consuetudinario<sup>313</sup> y sigue siendo un ejemplo aislado de apoyo a la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione personae* por crímenes de *ius cogens*. Por consiguiente, se puede aceptar que el derecho vigente no admite excepciones a la inmunidad *ratione personae* en razón del carácter de *ius cogens* del crimen en cuestión. La verdadera cuestión es, por tanto, si los crímenes de *ius cogens* excluyen la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*.

124. Los comentaristas, por lo general, basan sus conclusiones en la práctica de los Estados y en las decisiones de los tribunales y cortes internacionales en el contexto del procedimiento civil. El frecuentemente citado fallo de la Corte Internacional de Justicia, en el que se dictaminó que no había ningún “conflicto directo” entre las normas relativas a la inmunidad y las normas de *ius cogens* porque las normas de *ius cogens* imponían a los Estados prohibiciones sustantivas de comportamiento mientras que las inmunidades eran de carácter procesal y operaban en un plano diferente<sup>314</sup>, se refería a la inmunidad de jurisdicción civil. Además, se observará que *todas* las pruebas en que se basó la Corte como práctica estatal en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* también se referían a la inmunidad de

<sup>309</sup> Véanse los artículos 3 y 4 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Véase también Reino Unido, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet*, sentencia de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999, que se reproduce en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pág. 581, opinión de Lord Phillips, pág. 653, que observa que, de haber seguido siendo Jefe de Estado, Pinochet habría podido invocar la inmunidad *ratione personae*.

<sup>310</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 7, y en especial el párrafo 2) del comentario correspondiente. Véase la causa más importante *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo (nota 303 *supra*).

<sup>311</sup> *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, sentencia del Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica, núm. 2016 (4) BCLR 487 (SCA).

<sup>312</sup> *Ibid.*, párr. 84 (donde se concluye con pesar que sería exagerado afirmar que ya no hay inmunidad soberana por la infracción de normas de *ius cogens* (inmutables). El examen de la jurisprudencia y la doctrina se limita a demostrar que el Profesor Dugard está en lo cierto al decir que el derecho internacional consuetudinario está en constante evolución en lo que respecta a la inmunidad, tanto penal como civil, por la vulneración de normas de *ius cogens*. En esas circunstancias, no se puede considerar que, en esta etapa de la evolución del derecho internacional consuetudinario, exista una excepción por la comisión de crímenes internacionales a la inmunidad e inviolabilidad de que gozan los Jefes de Estado cuando viajan al extranjero y ante los tribunales de otros países).

<sup>313</sup> *Ibid.* (donde se afirma que no incumbe al Tribunal determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario).

<sup>314</sup> Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo (nota 303 *supra*), párr. 95. Otras sentencias sobre procesos civiles citadas a menudo para respaldar la tesis de que no hay excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, ni siquiera en caso de comisión de crímenes de *ius cogens*, son las de las causas *Jones and Others v. the United Kingdom* (nota 303 *supra*) y *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 303 *supra*).

jurisdicción civil<sup>315</sup>. Quienes apoyan la existencia de una excepción a la inmunidad en razón del *ius cogens* también se remiten a menudo a causas sustanciadas en tribunales nacionales en el marco de procedimientos civiles<sup>316</sup>. Es la práctica en materia de responsabilidad penal la que debe constituir la base de cualquier norma de derecho internacional relativa a las excepciones a la inmunidad por la comisión de crímenes de *ius cogens*.

125. Por supuesto, hay muchas causas en que se ha invocado la inmunidad *ratione materiae* en el contexto de un procedimiento penal ante tribunales nacionales<sup>317</sup>. Rogers, por ejemplo, estudia varias causas juzgadas en virtud de la Real Orden del Reino Unido de 1945, promulgada con el fin de llevar ante la justicia a los criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial<sup>318</sup>. Entre los procesados había militares de Estados extranjeros que, sin duda alguna, habrían gozado de inmunidad *ratione materiae*<sup>319</sup>. Cassese también ofrece un catálogo de jurisprudencia de tribunales nacionales en la que se ha levantado la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de crímenes de *ius cogens*<sup>320</sup>. Algunas de las causas más famosas en las que personas que gozaban claramente de inmunidad *ratione materiae* fueron sometidas a la competencia de tribunales nacionales son las causas *Eichmann* (Israel)<sup>321</sup>, *Barbie* (Francia)<sup>322</sup>, *Bouterse* (Países Bajos), si bien en esta la sentencia se anuló, no por la cuestión de la inmunidad, sino únicamente por la norma contra la aplicación retroactiva de la ley<sup>323</sup>, *Pinochet* (España), *Genocidio de Guatemala* (España)<sup>324</sup> y *Scilingo* (España)<sup>325</sup>, entre otras. Quizá la causa que mejor ilustra el principio de pérdida de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de crímenes de *ius cogens* es la causa *Pinochet* en el Reino Unido. En dicha causa, Lord Brown-Wilkinson, Lord Hope y Lord Phillips destacaron en sus opiniones la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* a un crimen internacional con carácter de *ius cogens*<sup>326</sup>.

<sup>315</sup> *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo (nota 303 *supra*), párrs. 70 (legislación nacional) y 96 (jurisprudencia).

<sup>316</sup> Véase un ejemplo de causa relacionada con un procedimiento civil en que se deniega la inmunidad en razón de la naturaleza de *ius cogens* del crimen en *Yousuf v. Samantar*, núm. 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012).

<sup>317</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones (A/72/10), en especial la nota 762.

<sup>318</sup> Véase un análisis al respecto en Rogers, “War crimes trials under the Royal Warrant” (nota 302 *supra*), en especial págs. 790 y ss.

<sup>319</sup> Véase *ibid.*, donde se hace referencia al juicio *Rauer and Others, Peleus* y los juicios de Helmut von Ruchteschell y von Manstein.

<sup>320</sup> Cassese, “When may senior State officials be tried for international crimes?” (véase la nota 302 *supra*), págs. 870 y ss.

<sup>321</sup> Israel, *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, sentencia del Tribunal Supremo, traducción al inglés disponible en *International Law Reports*, vol. 36 (1968), pág. 277.

<sup>322</sup> Véase un examen más detenido en Nicholas R. Doman, “Aftermath of Nuremberg: the trial of Klaus Barbie”, *University of Colorado Law Review*, vol. 60 (1989), págs. 449 a 469.

<sup>323</sup> Países Bajos, *Bouterse*, sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001.

<sup>324</sup> España, *Genocidio en Guatemala, Menchú Tumm y otros c. dos funcionarios y seis miembros del ejército de Guatemala*, sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

<sup>325</sup> España, *Scilingo Manzorro (Adolfo Francisco) c. España*, sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

<sup>326</sup> Reino Unido, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet* (véase la nota 309 *supra*), opinión de Lord Brown-Wilkinson (párr. 56), opinión de Lord Hope (párr. 196), opinión de Lord Millet (párrs. 330 y ss.) y opinión de Lord Phillips (párr. 366).

126. En el contexto del examen de la inmunidad de los funcionarios del Estado, algunos miembros de la Comisión señalaron que las causas *Bouterse* y *Pinochet* no apoyaban la afirmación de que la inmunidad *ratione materiae* era inaplicable<sup>327</sup>. No obstante, como ya se indica más arriba, el Tribunal Supremo de Apelación de los Países Bajos no revocó la sentencia dictada en la causa *Bouterse* a causa de la inmunidad. La sentencia fue revocada por el principio de aplicación no retroactiva de la ley. La inmunidad es un obstáculo procesal al enjuiciamiento que prohíbe el examen de las cuestiones de fondo. El hecho mismo de que se examinara si las leyes podían aplicarse retroactivamente indica la no aplicabilidad de la inmunidad. Cabe recordar que *no* se trata de si el Tribunal determinó la aplicabilidad o no de la inmunidad, sino de si el Tribunal ejerció su competencia, y en esta causa es evidente que lo hizo, pero dictaminó que no había motivos de enjuiciamiento porque la ley no podía aplicarse retroactivamente. Con respecto a la causa *Pinochet*, algunos miembros han señalado que las opiniones no se basaban en el *ius cogens* en sí mismo, sino más bien en una obligación convencional. No obstante, como se ha señalado más arriba, en tres de las opiniones se planteó de manera específica el carácter de *ius cogens* del crimen como fundamento de la no aplicabilidad de la inmunidad. Además, todas se basaban en la naturaleza del crimen, la tortura, que ha sido ampliamente aceptada como crimen de *ius cogens*<sup>328</sup>. Esos miembros también cuestionaron la pertinencia de las leyes de aplicación del Estatuto de Roma<sup>329</sup>. No obstante, esto solo *puede* ser cierto en lo que respecta a las disposiciones del derecho interno encaminadas al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Estatuto de Roma. Así, la exclusión de la inmunidad a los efectos de la detención y futura entrega a la Corte Penal Internacional, que es una obligación en virtud del Estatuto de Roma, *puede* carecer de pertinencia para la cuestión de la inmunidad con arreglo al derecho interno. No obstante, dado que el Estatuto de Roma no obliga a ningún Estado a enjuiciar a personas en virtud de sus disposiciones, y mucho menos a funcionarios que gocen de inmunidad, toda legislación que establezca la no aplicabilidad de la inmunidad será pertinente para determinar las normas de derecho internacional general.

127. Existen, por supuesto, causas sustanciadas ante tribunales nacionales en que se ha confirmado la existencia de inmunidad en procesos penales. El Tribunal de Casación de Francia, por ejemplo, ha sostenido que “*qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice*”<sup>330</sup>. Del mismo modo, en varias sentencias posteriores a la causa *Pinochet*, los tribunales británicos han confirmado la inmunidad de los funcionarios del

<sup>327</sup> Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, párrafo 8) del comentario al artículo 7, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones (A/72/10), en especial la nota 765.

<sup>328</sup> Véase, por ejemplo, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo (nota 277 *supra*), párr. 99.

<sup>329</sup> Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, párrafo 8) del comentario al artículo 7, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones (A/72/10), en especial la nota 765.

<sup>330</sup> Francia, *Gaddafi*, sentencia del Tribunal de Casación de Francia de 13 de marzo de 2001 (núm. 00-87215), *International Law Reports*, vol. 125 (2001), pág. 490, párr. 9 (donde se afirma que, con arreglo al derecho internacional, con independencia de la gravedad del crimen denunciado, no hay ninguna excepción al principio de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado extranjeros en ejercicio). Véase también Bélgica, *H. S. A. et al. v. S. A. et al.* (causa *Ariel Sharon*), sentencia del Tribunal de Casación de 12 de febrero de 2003, núm. P.02.1139.F, págs. 599 y 600.

Estado<sup>331</sup>. Cabe señalar, no obstante, que estas decisiones se referían a Jefes de Estado en ejercicio que gozaban de inmunidad *ratione personae*. Las decisiones en las causas *Gaddafi* y *Mugabe* sugieren que, cuando los funcionarios en cuestión ya no ocupan el cargo de Jefes de Estado —situación en que la Comisión ha concluido que se aplicaría la inmunidad *ratione materiae*<sup>332</sup>— no se admite la inmunidad. En la causa *Gaddafi*, por ejemplo, el Tribunal declaró explícitamente que la protección que ofrecía la inmunidad era para los Jefes de Estado *en ejercicio*. En la causa *Mugabe*, el Tribunal afirmó que Mugabe solo podía invocar la inmunidad aplicable *mientras* fuera Jefe del Estado.

128. Naturalmente, ha habido decisiones en que se ha confirmado la inmunidad de personas que no eran Jefes de Estado. Cabe citar las causas *Bo Xilai* y *Mofaz* juzgadas por el Tribunal de Primera Instancia del Reino Unido<sup>333</sup>. No obstante, en ambas causas los tribunales partieron de la premisa, con razón o sin ella, de que los funcionarios en cuestión, el Ministro de Defensa (Mofaz) y el Ministro de Comercio (Bo Xilai), gozaban de inmunidad *ratione personae*. En la causa *Mofaz*, por ejemplo, el tribunal concluyó que un Ministro de Defensa gozaría automáticamente de inmunidad del mismo modo que un Ministro de Relaciones Exteriores. Asimismo, en la causa *Bo Xilai*, tras recordar el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*, el tribunal determinó que las funciones del Ministro de Comercio de China eran equivalentes a las ejercidas por un Ministro de Relaciones Exteriores.

129. Tal vez el mejor ejemplo de causa sustanciada ante tribunales nacionales en que se ha confirmado la inmunidad *ratione materiae* es la causa relativa a la solicitud de extradición de Hissène Habré<sup>334</sup>. En dicha causa, Habré, por ser ex Jefe de Estado, ya no gozaba de inmunidad *ratione personae*, sino únicamente de la inmunidad (residual) *ratione materiae*. El tribunal determinó que, aunque Habré ya no era Jefe de Estado, seguía gozando de inmunidad<sup>335</sup>. Si bien esta decisión constituye sin duda práctica, es preciso señalar que se basó erróneamente en la causa relativa a la *Orden de detención*<sup>336</sup>. Mientras que la causa de Habré se refería a la inmunidad *ratione materiae*, la causa relativa a la *Orden de detención* se refería a la inmunidad *ratione personae*. De hecho, en el fallo votado mayoritariamente en la causa relativa a la *Orden de detención* se excluía específicamente el caso de las personas que ya no

<sup>331</sup> Reino Unido, Decisión en *Re Mugabe*, sentencia de 14 de enero de 2004, Tribunal de Primera Instancia de Bow Street (donde se afirma que Robert Mugabe es Presidente y Jefe de Estado de Zimbabwe y goza de inmunidad mientras sea Jefe del Estado. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o reclusión y, por lo tanto, no se puede dictar la orden solicitada).

<sup>332</sup> Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 6, párr. 3; informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (A/71/10).

<sup>333</sup> Reino Unido, *Re Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, y *Re Bo Xilai*, sentencia de 8 de noviembre de 2005, Tribunal de Primera Instancia de Bow Street.

<sup>334</sup> Senegal, *Hissène Habré Request*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, Tribunal de Apelación de Dakar.

<sup>335</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>336</sup> *Ibid.*, párr. 5 (“*Considérant que Hissène Habré doit alors bénéficier de cette immunité de juridiction qui, loin d’être une cause d’exonération de responsabilités pénales, revêt simplement un caractère procédural au sens de l’arrêt Yéro Abdoulaye Ndombasi du 14/02/2002 rendu par la Cour Internationale de Justice dans le litige opposant le Royaume de Belgique à la République Démocratique de Congo...*” [Considerando que Hissène Habré debe entonces beneficiarse de esta inmunidad de jurisdicción, que no exime de responsabilidad penal, sino que tiene simplemente carácter procesal en el sentido del fallo sobre Yéro Abdoulaye Ndombasi dictado por la Corte Internacional de Justicia el 14 de febrero de 2002 en la controversia entre el Reino de Bélgica y la República Democrática del Congo]).

estaban en ejercicio<sup>337</sup>. Así pues, si bien la causa *Habré* sin duda constituye práctica, no se le debe dar un peso excesivo como medio auxiliar de determinación de normas de derecho porque se basa en una comprensión errónea del primer fallo de la Corte Internacional de Justicia en que se basa<sup>338</sup>.

130. Incluso ignorando la fundamentación errónea de la causa *Habré*, la descripción que figura más arriba parece indicar que, en general, las fuentes autorizadas apoyan la no aplicación de la inmunidad *ratione materiae* en los procesos penales. No obstante, existe el problema de la lógica de la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. Esa lógica parece aplicarse a la inmunidad en el contexto de los procesos tanto civiles como penales. En otras palabras, no hay, *a priori*, ningún motivo por el que la norma enunciada en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* se aplique a los asuntos civiles, pero no a los penales. Cabe hacer dos breves observaciones al respecto. En primer lugar, la distinción entre el *iure gestiones* y el *iure imperii* se aplica a los asuntos civiles, pero, al parecer, no a los penales. Por lo tanto, no cabe duda de que existen diferencias entre los dos tipos de procesos en lo que respecta a la inmunidad. En segundo lugar, y lo que es más importante, como se acordó al comienzo del examen del tema, la Comisión debe guiarse por la práctica de los Estados, y no por consideraciones teóricas. Es particularmente importante observar, a este respecto, que en algunas causas en que se ha confirmado la inmunidad en asuntos civiles se ha señalado que pueden aplicarse normas diferentes a los asuntos penales<sup>339</sup>. En la medida en que la práctica de los Estados, en forma de causas sustanciadas ante tribunales nacionales, apoya esa distinción, la Comisión debe seguir dicha práctica.

131. La opinión de que, en los procesos penales, la inmunidad *ratione materiae* no se aplica respecto de los actos cuya prohibición constituye una norma de *ius cogens* se refleja ahora en el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de

<sup>337</sup> Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo (nota 303 *supra*), párr. 61 (“En tercer lugar, una vez que una persona deja de ocupar [el cargo en cuestión], ya no gozará de todas las inmunidades reconocidas por el derecho internacional”).

<sup>338</sup> Véase el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, informe de la Comisión de sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (A/71/10), párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 13 (“... el valor de esas decisiones varía mucho, dependiendo de la calidad del razonamiento de cada decisión [...] y de la acogida de la decisión entre los Estados y otros tribunales”).

<sup>339</sup> Véase, por ejemplo, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 303 *supra*), párr. 61. Véase también *Yousuf v. Samantar* (nota 316 *supra*), pág. 20 (donde se afirma que una serie de decisiones de tribunales de otros países han reflejado la voluntad de rechazar la inmunidad respecto de los actos oficiales en el contexto penal en caso de presuntas violaciones del *ius cogens*, al tiempo que se señala que la excepción del *ius cogens* parece estar menos establecida en el contexto civil). Puede encontrarse una crítica de esta posición en Orakhelashvili, “Audience and authority” (nota 69 *supra*), pág. 139.

jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>340</sup>. Esto respalda aún más la inclusión de una disposición sobre la inmunidad en el proyecto de conclusiones.

132. El análisis anterior puede resumirse del siguiente modo:

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

b) lo dispuesto en el apartado a) no impide el establecimiento de la jurisdicción por cualquier otro motivo permitido en su legislación nacional, de conformidad con el derecho internacional;

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

d) la inmunidad *ratione materiae* no es de aplicación respecto de ningún delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### 3. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la competencia de las cortes y tribunales internacionales

133. El principio enunciado en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* de que la norma sobre la inmunidad, por ser procesal, no es incompatible con las normas sustantivas relativas a los crímenes de *ius cogens* también se ha aplicado a la relación entre el *ius cogens* y la competencia de las cortes y tribunales internacionales<sup>341</sup>. Como se ha descrito anteriormente, en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, la República Democrática del Congo reclamaba la competencia de la Corte Internacional de Justicia por entender que la presunta infracción en litigio era contraria a una norma imperativa de derecho internacional, es decir, alegaba que la Corte tenía competencia a pesar de que Rwanda no hubiera reconocido dicha competencia de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En particular, la República Democrática del Congo argumentaba que el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 “establecía la competencia de la Corte para resolver las controversias derivadas de la

<sup>340</sup> El proyecto de artículo 7, aprobado provisionalmente en 2017, establece lo siguiente:

**Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica**

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

- a) crimen de genocidio;
- b) crímenes de lesa humanidad;
- c) crímenes de guerra;
- d) crimen de *apartheid*;
- e) tortura;
- f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

<sup>341</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo (nota 303 *supra*), párr. 95.

vulneración de normas imperativas<sup>342</sup>. Además, la República Democrática del Congo sostenía que la reserva de Rwanda a la cláusula compromisoria prevista en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que habría establecido la competencia de la Corte, era nula porque “procuraba impedir que la Corte cumpliera su noble misión de salvaguardar las normas imperativas”<sup>343</sup>. La Corte rechazó este argumento señalando que “el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma” de *ius cogens* “no puede por sí mismo constituir una base para la competencia de la Corte” puesto que, “con arreglo al Estatuto de la Corte, esa competencia se funda siempre en el consentimiento de las partes”<sup>344</sup>. Este principio fue reiterado por la Corte en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*<sup>345</sup>.

134. Con independencia de las críticas que puedan hacerse contra la dicotomía entre los aspectos procesales y sustantivos enunciada en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*<sup>346</sup>, la distinción entre normas procesales y sustantivas parece difícil de criticar en el contexto de la competencia. Sería exagerado sugerir que cualquier invocación del *ius cogens* otorgaría a la Corte Internacional de Justicia la competencia para conocer de una controversia. Esta afirmación privaría literalmente de sentido al requisito del consentimiento respecto de la competencia. Sin entrar en el debate sobre la validez o no de la distinción entre lo sustantivo y lo procesal en el contexto de la inmunidad, parece razonable concluir que la relación entre las normas procesales relativas a la inmunidad y las normas sustantivas que subyacen a las normas de *ius cogens* es más estrecha que la existente entre la norma procesal que exige la aceptación de la competencia y la norma sustantiva que subyace a las normas de *ius cogens*.

135. El principio de que las denuncias de vulneraciones del *ius cogens* no establecen la competencia de un tribunal internacional si no se ha dado consentimiento al ejercicio de dicha competencia debe interpretarse en relación con el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969. Así pues, en las causas en que es aplicable la Convención, es decir, cuando ambas partes en una controversia son parte en la Convención, una denuncia de que un tratado infringe una norma de *ius cogens* podría fundamentar la competencia de la Corte. No obstante, de conformidad con el artículo 66, esto se aplica únicamente a la cuestión de la nulidad de los tratados y no a las cuestiones generales relativas al *ius cogens*. Por consiguiente, la disposición solo es aplicable en lo que respecta a la validez de los tratados.

136. El breve análisis anterior puede resumirse del siguiente modo: con sujeción a la aplicación del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, el hecho de que una controversia se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no es suficiente para establecer la competencia de la Corte si no media el consentimiento necesario al ejercicio de dicha competencia con arreglo al derecho internacional.

<sup>342</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (nota 124 *supra*), párr. 15.

<sup>343</sup> *Ibid.*, párr. 56.

<sup>344</sup> *Ibid.*, párr. 66.

<sup>345</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo (nota 262 *supra*), párr. 88.

<sup>346</sup> Véase un ejemplo de críticas contra la causa *Jurisdictional Immunities of the State* en Orakhelashvili, “Audience and authority” (nota 69 *supra*), pág. 138; *Albers e altri*, sentencia del Tribunal de Casación de Italia de 9 de agosto de 2012, párr. 5.

#### 4. Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en otras fuentes de derecho internacional

137. Aunque los efectos del *ius cogens* en la validez de los tratados están bien establecidos, en gran medida gracias al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, los efectos del *ius cogens* en la validez de otras fuentes están menos definidos. En esta sección del presente informe se examinarán los efectos del *ius cogens* en otras importantes fuentes, como son el derecho internacional consuetudinario, los actos unilaterales y las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

##### a) Derecho internacional consuetudinario

138. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 propuesto en el segundo informe del Relator Especial establecía que “[e]l derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de las normas de *ius cogens* del derecho internacional”<sup>347</sup>. Basándose en esta relación entre el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*, Kawasaki ha afirmado que no puede haber ningún conflicto entre el *ius cogens* y el derecho internacional consuetudinario<sup>348</sup>. En primer lugar, señala que, puesto que se trata de un proceso fáctico de acumulación de práctica estatal acompañado de una conciencia colectiva de obligación, el derecho internacional consuetudinario no es un acto jurídico que cree un derecho, una obligación o alguna otra situación jurídica y que, por lo tanto, pueda ser nulo<sup>349</sup>. En segundo lugar, sostiene que la lógica de ese proceso impide que una norma de derecho internacional consuetudinario pueda estar en conflicto con una norma de *ius cogens* debido a la existencia misma de esa norma de *ius cogens*<sup>350</sup>.

139. Con respecto a la primera objeción de Kawasaki, cabe señalar que el proceso fáctico descrito da lugar a una norma y que esa norma, con independencia de su origen, puede entrar en conflicto con una norma de *ius cogens*. De hecho, incluso el proceso de elaboración de un tratado entraña un proceso fáctico —la negociación— seguido de actos de consentimiento que crean derechos y obligaciones. En cuanto a la segunda objeción, conviene indicar que, con arreglo a la Convención de Viena de 1969, un tratado que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* anterior también es nulo *ab initio*, es decir, no llega a nacer. La disposición convencional no llega a nacer porque es incompatible con una norma de *ius cogens* anterior. Del mismo modo, una práctica generalizada, incluso si los Estados consideran que constituye derecho, no crearía una norma de derecho internacional consuetudinario porque esa norma sería nula *ab initio* por estar en conflicto con una norma de *ius cogens* jerárquicamente superior. Se podría argumentar que es muy poco probable que los Estados acepten semejante práctica como derecho. Pero, incluso en tal caso, la analogía con el derecho de los tratados es pertinente porque, como se ha demostrado en la práctica, es muy improbable que los Estados celebren tratados que sean incompatibles con el *ius cogens*. No obstante, esta realidad no obvia la necesidad de establecer la nulidad de toda norma de derecho internacional consuetudinario que esté en conflicto con una norma de *ius cogens* en el

<sup>347</sup> El Comité de Redacción aprobó provisionalmente en 2017 esta disposición, que se ha mantenido sin cambios sustanciales. Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), 26 de julio de 2017, anexo, proyecto de conclusión 5, párr. 2 (donde afirmó que el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)).

<sup>348</sup> Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law” (véase la nota 75 *supra*), pág. 31.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> *Ibid.*

supuesto, aunque poco probable, de que pueda surgir tal conflicto. En cualquier caso, también pueden surgir normas de derecho internacional consuetudinario particular (derecho internacional consuetudinario regional o local) que pueden ser incompatibles con el *ius cogens*. Toda conclusión que establezca la nulidad de una norma de derecho internacional consuetudinario que sea incompatible con el *ius cogens* también servirá para anular las normas de derecho internacional consuetudinario particular<sup>351</sup>.

140. A continuación se examinan los efectos del *ius cogens* en el derecho internacional consuetudinario en la práctica. La idea de que las normas de derecho internacional consuetudinario que entren en conflicto con normas de *ius cogens* son nulas se deriva de la superioridad jerárquica de estas y se refleja en la práctica de los Estados. En la causa *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Distrito de Columbia observó que las normas de *ius cogens* gozaban del rango más alto en derecho internacional y *prevalecían sobre el derecho internacional consuetudinario* y los tratados<sup>352</sup>. En el Reino Unido, el Queen's Bench Division del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales también se refirió, en la causa *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, a la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* y, por consiguiente, declaró inadmisibles su derogación por los Estados mediante tratados o normas de derecho consuetudinario que no tuvieran el mismo rango<sup>353</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina también ha declarado que los crímenes de lesa humanidad revestían "carácter de *ius cogens*, de modo que [la prohibición] se encuentra no solo por encima de los tratados, sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho"<sup>354</sup>. En la causa *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney-General*, el Tribunal Superior de Kenya afirmó que las normas de *ius cogens* convertían en nula cualquier otra norma imperativa que entrara en conflicto con ellas<sup>355</sup>. Esta idea de que las normas de *ius cogens* tienen precedencia sobre otras normas de derecho internacional consuetudinario también se ha reafirmado en la jurisprudencia de los tribunales regionales. En el asunto *Al-Adsani*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que las normas de *ius cogens* eran normas que, en la jerarquía internacional, gozaban de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias "ordinarias"<sup>356</sup>. Los Magistrados Rozakis y Caflisch fueron aún más claros en su opinión disidente conjunta, a la que se adhirieron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić, y señalaron lo siguiente:

"Al aceptar que la norma sobre la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, la mayoría reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier

<sup>351</sup> Kleinlein, "Jus cogens as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies" (véase la nota 64 *supra*), pág. 187 (donde se afirma que es relativamente fácil observar una jerarquía estructural entre el *ius cogens* y las normas consuetudinarias regionales o locales).

<sup>352</sup> Estados Unidos, núm. 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), pág. 940 (sin cursiva en el original). Véase también *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, núm. 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), pág. 715. Véase además *Sabbithi v. Al Saleh*, núm. 605 F. Supp. 2d 122 (D.D.C. 2009), pág. 129.

<sup>353</sup> Reino Unido, *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* núm. [2009] 1 WLR 2579, pág. 142 ii).

<sup>354</sup> Argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, causa núm. 17768, sentencia de 14 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>355</sup> Kenya, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney-General and others*, sentencia del Tribunal Superior, pág. 14.

<sup>356</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* (véase la nota 303 *supra*), párr. 30, donde se cita *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. I, párr. 153.

otra norma de derecho internacional, puesto que la característica básica de una norma de *ius cogens* es que prevalece sobre cualquier otra norma que no tenga ese carácter. En caso de conflicto entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera.”<sup>357</sup>

141. Con independencia del debate doctrinal sobre la posibilidad de que una norma de derecho internacional consuetudinario esté en conflicto con una norma de *ius cogens*, lo que está claro es que, teniendo en cuenta la práctica, en caso de plantearse tal conflicto, prevalecería la norma de *ius cogens* y la norma de derecho internacional consuetudinario incompatible sería nula. Esto se aplica tanto cuando la norma de *ius cogens* es anterior como cuando surge después de la aparición de la norma de derecho internacional consuetudinario. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, la única excepción a este principio es cuando la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión es una norma de *ius cogens* capaz de modificar la norma de *ius cogens* anterior.

142. Cabe preguntarse, en relación con lo que antecede, si la doctrina del objetor persistente se aplica a las normas de *ius cogens*. La Comisión ya ha determinado que cuando un Estado ha objetado de forma persistente a una norma de derecho internacional consuetudinario, dicha “norma no será oponible a ese Estado”<sup>358</sup>. No obstante, la Comisión era consciente de que la inclusión de esta disposición se “entender[ía] sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*”<sup>359</sup>. Desde un punto de vista doctrinal, una cuestión que se ha planteado es si es siquiera posible que surja una norma de *ius cogens* cuando hay un objetor persistente<sup>360</sup>. En opinión del Relator Especial, la objeción persistente a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario no puede impedir la aparición de una norma de *ius cogens*. Una vez que la norma de derecho internacional consuetudinario se ha formado, la cuestión que se debe abordar es si “la comunidad internacional en su conjunto” —descrita en el segundo informe del Relator Especial y definida en el proyecto de conclusión 7<sup>361</sup>— acepta y reconoce la inderogabilidad de la norma en cuestión. Huelga decir que, si hay un número suficiente de objetores, la norma de *ius cogens* no surge, no por la norma del objetor persistente, sino porque no habría una mayoría suficientemente importante de Estados para que se considerara que hay un “reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Por consiguiente, la cuestión fundamental es, en caso de que se cumpla el criterio de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad de la norma en cuestión, si el Estado o los Estados objetores persistentes quedarán obligados por la norma de *ius cogens* en cuestión.

143. Como se describe en los informes primero y segundo del Relator Especial y se refleja en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en 2017, las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables<sup>362</sup>. Si bien cabe sostener que las normas de *ius cogens* no son oponibles frente a un “objetor

<sup>357</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* (véase la nota 303 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch (a la que se adhirieron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić), párr. 1.

<sup>358</sup> Véase el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, conclusión 15.

<sup>359</sup> *Ibid.*, párrafo 10) del comentario a la conclusión 15.

<sup>360</sup> Véase, por ejemplo, Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law” (nota 179 *supra*), pág. 50.

<sup>361</sup> Declaración de la Presidencia del Comité de Redacción sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), 26 de julio de 2017, anexo, proyecto de conclusión 7.

<sup>362</sup> [A/CN.4/693](#), párrs. 67 y 68, y [A/CN.4/706](#), párrs. 28 a 30.

persistente”, ello iría en contra de la idea misma de la aplicabilidad universal del *ius cogens*. A este respecto, el Tribunal Federal de Suiza afirmó en la causa *Nada* que las normas de *ius cogens* eran vinculantes para *todos* los sujetos de derecho internacional<sup>363</sup>. Además, en la causa *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Distrito de Columbia describió las normas de *ius cogens* como normas de aceptación tan universal que se considera que vinculan a *todos los Estados* en el derecho internacional<sup>364</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha concluido que las normas de *ius cogens* “vinculan a todos los Estados”<sup>365</sup>.

144. Para que la doctrina del objetor persistente sea siquiera posible frente a la aceptación, como punto de partida, de la aplicación universal del *ius cogens*, sería necesaria la existencia de una práctica clara e inequívoca que establezca esa excepción. Ello es así porque, por definición, la aplicación de la norma del objetor persistente a las normas de *ius cogens* implicaría la posibilidad de una derogación. No obstante, el carácter y el rango de las normas de *ius cogens* vienen definidos por su inderogabilidad. Al preparar el presente informe, el Relator Especial no ha podido encontrar un solo ejemplo de práctica que respalde la idea de que la doctrina del objetor persistente se aplica a las normas de *ius cogens* como excepción a la regla de la aplicación universal de las normas de *ius cogens*. Más bien, existe práctica en sentido contrario. En el caso *Michael Domingues*, en particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que las normas de *ius cogens* “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>366</sup>. Se trata de una declaración importante porque se formuló en respuesta a una clara invocación de la doctrina del objetor persistente.

145. El análisis anterior puede resumirse como sigue:

- a) una norma de derecho internacional consuetudinario no surgirá si entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*);
- b) una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter de *ius cogens* dejará de existir si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que entre en conflicto con ella;
- c) habida cuenta de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) obligan a todos los sujetos de derecho internacional, la doctrina del objetor persistente no es aplicable.

<sup>363</sup> Suiza, *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, recurso administrativo, sentencia de 14 de noviembre de 2007, Tribunal Federal Supremo de Suiza, causa núm. 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), párr. 7.

<sup>364</sup> Estados Unidos, *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, núm. 515 F.3d 1279 (DC Cir. 2008), págs. 1291 y 1292.

<sup>365</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva núm. OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, serie A, núm. 18, párrs. 4 y 5. Véase también la declaración escrita del Gobierno de México, de 19 de junio de 1995, acerca de la petición de una opinión consultiva presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones (resolución 49/75K), párr. 7 (donde se afirma que esas normas tienen un carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados (*ius cogens*)). Véase también Irán (República Islámica del) (A/C.6/68/SR.26), párr. 4 (“el concepto de ‘objetor persistente’ no tiene [...] cabida en la formación del *ius cogens*”).

<sup>366</sup> *Michael Domingues c. los Estados Unidos*, caso núm. 12285, informe núm. 62/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decisión de 22 de octubre de 2002, párr. 49.

b) *Actos unilaterales*

146. La Comisión ya ha admitido que, en la actualidad, el derecho internacional reconoce que los Estados pueden asumir obligaciones mediante actos unilaterales<sup>367</sup>. Los actos unilaterales susceptibles de dar lugar a obligaciones jurídicas en las circunstancias apropiadas pueden ser declaraciones y otros tipos de comportamiento<sup>368</sup>. Tendría poco sentido impedir que los Estados asuman obligaciones incompatibles con el *ius cogens* mediante tratados y permitirles asumir esas mismas obligaciones mediante actos unilaterales.

147. La Comisión ha reconocido que es nulo todo acto unilateral que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general<sup>369</sup>. En el comentario al principio rector 8 de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, la Comisión afirmó que la norma que establece la nulidad de todo acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional “se inspira en la norma análoga enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969”<sup>370</sup>. Esta norma es un reconocimiento del hecho de que el *ius cogens* prohíbe cualquier derogación. Todo acto unilateral que pretenda crear derechos y/u obligaciones incompatibles con el *ius cogens* equivale a una derogación y, por lo tanto, es inadmisibles. Se ha interpretado que en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *La República Democrática del Congo c. Rwanda* se reconoce la posible nulidad de una reserva, que es un acto unilateral, por su incompatibilidad con una norma de *ius cogens*<sup>371</sup>.

148. La Comisión también ha reconocido la inderogabilidad en relación con los actos unilaterales en el marco de su labor sobre las reservas a los tratados<sup>372</sup>. A ese respecto, cabe recordar que las reservas a los tratados, aunque están fuera del ámbito de los

<sup>367</sup> Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte). Véase también Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law” (nota 179 *supra*), pág. 44.

<sup>368</sup> Véase una descripción completa de los tipos de actos unilaterales en Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 152 y ss. No es necesario, a los efectos del presente informe, distinguir los diferentes tipos de actos unilaterales.

<sup>369</sup> Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, principio rector 8.

<sup>370</sup> *Ibid.*, comentario al principio rector 8.

<sup>371</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (nota 124 *supra*), párr. 69 (“En la medida en que la República Democrática del Congo ha sostenido, además, que la reserva de Rwanda está en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general, basta a la Corte con observar que no existe en la actualidad ninguna norma de esa naturaleza que obligue a un Estado a dar su consentimiento a la competencia de la Corte para resolver una controversia relativa a la Convención contra el Genocidio”). Véanse los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, comentario al principio rector 8 (“la Corte no descartó la posibilidad de que una declaración unilateral de Rwanda pudiera estar desprovista de validez en el caso de que contraviniera una norma de *ius cogens*, lo que sin embargo se demostró que no sucedía”). Véase también Knuchel, “*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*” (nota 64 *supra*), pág. 160 (donde se afirma que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido indirectamente esta cuestión y que, en la causa relativa a las *Actividades armadas*, la Corte no descartó la posibilidad de que la reserva de Rwanda pudiera ser nula en caso de que contraviniera el *ius cogens*, pero consideró que se había demostrado que tal cosa no sucedía).

<sup>372</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, párrafo 18) del comentario a la directriz 3.1.5.3.

Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, son en ellas mismas actos unilaterales. En el marco de su labor sobre las reservas a los tratados, la Comisión señaló que era “sin duda exacto [que la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *ius cogens* se refiere no solo a las relaciones convencionales, sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales]”<sup>373</sup>. En el presente informe se ha concluido, en consonancia con la labor de la Comisión sobre las reservas, que, si bien una reserva a un tratado no es necesariamente nula, “no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación”<sup>374</sup>. Esto es así porque la reserva se formula frente a una norma convencional, y no frente a una norma imperativa de *derecho internacional general*. Es por ello que, aunque puede ser válida a los efectos del tratado, no afecta a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

149. En la medida en que un acto unilateral tenga por objeto o pretenda crear derechos y/u obligaciones, esos derechos y obligaciones deben ser compatibles con las normas imperativas de derecho internacional general. Por consiguiente, todo acto unilateral que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es nulo.

c) *Resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad*

150. Por regla general, las resoluciones de organizaciones internacionales no son vinculantes en derecho internacional. Así, en circunstancias normales, una resolución de una organización internacional no crea derechos ni obligaciones y, por lo tanto, no puede dejar sin efecto a normas de derecho internacional con carácter de *ius dispositivum*, y menos aún normas de *ius cogens*. No obstante, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden contener normas que son vinculantes para los Estados Miembros de las Naciones Unidas<sup>375</sup>. Por tratarse de actos jurídicos, cabe esperar que la regla de la inderogabilidad de las normas imperativas también sea de aplicación a las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>376</sup>. No obstante, lo que distingue a las decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad de otros actos jurídicos es que, al igual que las normas de *ius cogens*, tienen la característica singular de ser jerárquicamente superiores a otras normas. De conformidad con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, “las obligaciones contraídas [...] en virtud de la [...] Carta” prevalecerán sobre las “obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional”. Es importante destacar que, a diferencia del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el Artículo 103 de la Carta no prevé la nulidad de los “otros acuerdos internacionales” y se limita a establecer un orden de prelación<sup>377</sup>.

151. En cuanto a los tratados, es muy improbable que el Consejo de Seguridad apruebe una resolución que, a primera vista, esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional. Sin embargo, ello no es imposible y, en la

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> Véase el párrafo 76 *supra*.

<sup>375</sup> Carta de las Naciones Unidas, Art. 25 (“Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”).

<sup>376</sup> Véase, por ejemplo, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, párrafo 18) del comentario a la directriz 3.1.5.3 (“... es sin duda exacto [que la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *ius cogens* se refiere no solo a las relaciones convencionales, sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales]”).

<sup>377</sup> Véase un análisis de la cuestión en João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Ginebra, Schulthess, 2016), págs. 98 a 100.

medida en que exista alguna práctica que indique la forma de resolver ese conflicto, es necesario ofrecer algunas conclusiones.

152. La doctrina mayoritaria apoya la tesis de que las resoluciones del Consejo de Seguridad que están en conflicto con una norma de *ius cogens* son nulas<sup>378</sup>. De hecho, en general se reconoce que las resoluciones del Consejo de Seguridad están sujetas al *ius cogens* y a los principios y propósitos de la Carta, algunos de los cuales pueden constituir *ius cogens*<sup>379</sup>. Costelloe ha cuestionado la afirmación de que una resolución del Consejo de Seguridad es nula si entra en conflicto con el *ius cogens*<sup>380</sup>. Señala, entre otras cosas, que no existe práctica que apoye ese planteamiento<sup>381</sup>.

153. Los Estados han señalado en varias ocasiones que las resoluciones del Consejo de Seguridad deben conformarse a las normas de *ius cogens*. Suiza, por ejemplo, durante una sesión del Consejo de Seguridad sobre terrorismo, indicó que “algunos tribunales también han expresado su voluntad de que se vele por que las acciones selectivas [del Consejo de Seguridad] respeten” las normas de *ius cogens* y que estas eran normas “que no pueden desestimar las Naciones Unidas ni los Estados Miembros”<sup>382</sup>. Del mismo modo, Qatar ha observado que, mientras que, en virtud del Artículo 103 de la Carta, las obligaciones dimanantes de las resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecen sobre otras obligaciones, esto no se aplica a las normas de *ius cogens*<sup>383</sup>. Finlandia ha señalado que existía una “opinión generalizada de que las atribuciones del Consejo de Seguridad, aunque son excepcionalmente amplias, están limitadas por las normas imperativas de derecho internacional”<sup>384</sup>. Más directamente, la República Islámica del Irán ha dicho que “el Consejo de Seguridad está sujeto a [...] las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*) y obligado a cumplirlas”<sup>385</sup>. Solo los Estados Unidos han expresado *algunas* dudas acerca de la primacía de las normas de *ius cogens* sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad:

“Es importante que la Comisión no apruebe ninguna norma que pueda interpretarse como limitación de la primacía de las obligaciones de la Carta o la

<sup>378</sup> Véanse, en general, Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Oxford y Portland (Oregon), Hart, 2004), y Anne Peters, “The Security Council, Functions and Powers – Article 25”, en *The Charter of the United Nations: A Commentary (volume I)*, 3ª ed., Bruno Simma y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012). Véase también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 64 *supra*), pág. 186 (donde se afirma que, en general, parece reconocerse que los actos jurídicos vinculantes de organizaciones internacionales, como las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, también son nulos si están en conflicto con el *ius cogens*).

<sup>379</sup> Dire Tladi y Gillian Taylor, “On the Al Qaida/Taliban sanctions regime: due process and sunset”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10 (2011), págs. 771 a 789; Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (véase la nota 64 *supra*), pág. 186. Véase también Hennie Strydom, “Counter-terrorism sanctions and human rights”, en *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Maluwa, du Plessis y Tladi (nota 302 *supra*).

<sup>380</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), págs. 128 a 136.

<sup>381</sup> *Ibid.*, pág. 133.

<sup>382</sup> Suiza, 5446ª sesión, 30 de mayo de 2006 (véase [S/PV.5446](#)). Véanse también la Argentina y Nigeria, 5474ª sesión, 22 de junio de 2006 (véase [S/PV.5474](#)); y Qatar, 5679ª sesión, 22 de mayo de 2007 ([S/PV.5679](#)).

<sup>383</sup> Qatar, 5779ª sesión, 14 de noviembre de 2007 ([S/PV.5779](#)).

<sup>384</sup> Finlandia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), durante el sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General, tema 80 del programa.

<sup>385</sup> Irán (República Islámica del), sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, tema 82 del programa.

autoridad del Consejo de Seguridad. Ante la confusión que existe a la hora de decidir entre normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y obligaciones contraídas en virtud del Artículo 103 de la Carta, deben evitarse pronunciamientos generales acerca de la relación entre dichas categorías.”<sup>386</sup>

154. En varias decisiones judiciales se ha reconocido también que las atribuciones del Consejo de Seguridad se ven limitadas por las normas de *ius cogens* y están sujetas a dichas normas. El ejemplo más notorio es el del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, establecido precisamente mediante una resolución del Consejo de Seguridad, que ha observado que las atribuciones del Consejo de Seguridad están “sujetas al respeto de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”<sup>387</sup>. La Cámara de los Lores del Reino Unido también ha determinado que las resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecen sobre otras obligaciones internacionales, incluidas las impuestas por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), “salvo cuando la obligación es de *ius cogens*...”<sup>388</sup>. El Tribunal de Primera Instancia del Tribunal de Justicia Europeo también ha afirmado que las normas de *ius cogens* constituyen “un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del derecho internacional, incluidos los órganos de [las Naciones Unidas], y que no tolera excepción alguna”<sup>389</sup>. Añade que “existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: estas deben respetar las normas perentorias fundamentales del *ius cogens*”. En opinión del Tribunal, si la resolución del Consejo de Seguridad contuviera obligaciones que estuvieran en conflicto con una norma de *ius cogens*, estas “no vincularían a los Estados Miembros de [las Naciones Unidas] ni, por lo tanto, a la Comunidad”<sup>390</sup>. El Tribunal Supremo Federal de Suiza ha sido más explícito a este respecto:

*“Grenze der Anwendungspflicht für Resolutionen des Sicherheitsrats stellt jedoch das ius cogens als zwingendes, für alle Völkerrechtssubjekte verbindliches Recht dar. Zu prüfen ist deshalb, ob die Sanktionsbeschlüsse des*

<sup>386</sup> Estados Unidos (A/C.6/60/SR.20), párr. 36.

<sup>387</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 15 de julio de 1999, *Judicial Reports 1999*, párr. 296.

<sup>388</sup> Reino Unido, *R v. Secretary of State for Defence (On the Application of Al-Jedda)*, sentencia de 12 de diciembre de 2007, Cámara de los Lores, núm. [2008], All ER 28 (Lord Bingham). Véase también Reino Unido, *R and Justice (On the Application of Al-Jedda)*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Tribunal de Apelaciones, párr. 71 (donde se afirma que si el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII, considera que las exigencias que plantea una amenaza para la paz deben estar por encima de las prescripciones impuestas por un instrumento de derechos humanos (aparentemente distintas del *ius cogens*, que es inderogable), es porque la Carta de las Naciones Unidas le ha conferido la facultad de hacerlo).

<sup>389</sup> *Yassin Agdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto núm. T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, párr. 226.

<sup>390</sup> *Ibid.*, párr. 230. Aunque en *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados núms. C-402/05 P y C-415/05 P, sentencia de 3 de septiembre de 2008, Gran Sala, Tribunal de Justicia Europeo, se revocó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, al hacerlo no concluyó que las resoluciones del Consejo de Seguridad no estuvieran sujetas al *ius cogens*. Más, bien, la Gran Sala determinó que le incumbía controlar la legalidad del acto comunitario, y no de los actos de otras organizaciones (párrs. 286 a 289).

*Sicherheitsrats ius cogens verletzen, wie der Beschwerdeführer geltend macht.*<sup>391</sup>

155. Si bien algunos pueden afirmar que la práctica descrita más arriba no es muy amplia, cabe recordar dos cosas. En primer lugar, no es sorprendente que la práctica no sea tan importante como cabría esperar de otro modo si se tiene en cuenta que es poco habitual que se afirme que una resolución del Consejo de Seguridad es contraria a una norma de *ius cogens*. En segundo lugar, aparte de la posición de los Estados Unidos descrita anteriormente, que no es inamovible, prácticamente no hay pruebas que apoyen la conclusión contraria. Los Estados que no comparten esa opinión han tenido amplia oportunidad de expresar su discrepancia en su respuesta a las declaraciones de otros Estados y a los informes de la Comisión sobre la fragmentación. En las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación se determinó que la actuación del Consejo de Seguridad debía estar en conformidad con las normas de *ius cogens*<sup>392</sup>.

156. Quizás no haya mejor explicación de la idea de que las resoluciones del Consejo de Seguridad no pueden dejar sin efecto a las normas de *ius cogens* que la célebre opinión separada del Magistrado Lauterpacht en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*<sup>393</sup>. El Magistrado Lauterpacht señaló que la prioridad otorgada al Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 103 de la Carta “no puede, como cuestión de simple jerarquía de normas aplicarse en caso de conflicto entre una resolución del Consejo de Seguridad y el *ius cogens*”<sup>394</sup>. La opinión del Magistrado Lauterpacht es particularmente importante por la forma en que expresa la necesidad lógica de ese principio: “En efecto, basta con enunciar la proposición contraria, es decir, que una resolución del Consejo de Seguridad puede incluso requerir la participación en un genocidio, para que resulte evidente su inaceptabilidad”<sup>395</sup>.

157. Lo expuesto anteriormente indica que incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad están sujetas a la regla de la inderogabilidad de las normas de *ius cogens*. No obstante, al igual que ocurre con el derecho de los tratados, habida cuenta de la importante función que cumplen las resoluciones del Consejo de Seguridad, cabe esperar que, en la medida de lo posible, se eviten las consecuencias de su nulidad

<sup>391</sup> Suiza, *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, recurso administrativo, sentencia de 14 de noviembre de 2007, Tribunal Supremo Federal, párr. 7 (donde se afirma que, no obstante, el *ius cogens*, el derecho imperativo vinculante para todos los sujetos de derecho internacional, marca los límites de la obligación de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por esta razón, debe determinarse si, como afirma el demandante, las resoluciones del Consejo de Seguridad que prevén la sanción contravienen el *ius cogens*). Véase también *A. gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, sentencia administrativa en primera instancia, Tribunal Supremo Federal, Sala Primera de Derecho Público, párr. 7.

<sup>392</sup> Párrafo 40) 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, en *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 251. Véase también “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi (*A/CN.4/L.682* y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 142 *supra*), párr. 360.

<sup>393</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 325, opinión separada del Magistrado Lauterpacht, pág. 407.

<sup>394</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>395</sup> *Ibid.*

mediante la aplicación de las reglas de interpretación<sup>396</sup>. En efecto, aunque las resoluciones del Consejo de Seguridad no son tratados, se ha sugerido que, para interpretarlas, podrían aplicarse las reglas de interpretación de la Convención de Viena<sup>397</sup>. El Tribunal Especial para el Líbano ha determinado que las reglas de interpretación de la Convención de Viena son aplicables a su Estatuto con independencia de que se entienda que el Estatuto forma parte de un tratado o de una resolución del Consejo de Seguridad, ya que esas reglas de interpretación deben considerarse aplicables a cualquier instrumento internacional vinculante, cualquiera que sea su fuente normativa<sup>398</sup>. Dado que las reglas de interpretación indicadas más arriba exigen una interpretación que sea compatible con el derecho internacional general, incluido el *ius cogens*, las resoluciones del Consejo de Seguridad deben, en la medida de lo posible, interpretarse de manera compatible con el *ius cogens*.

158. Los Estados también han señalado que, en la medida de lo posible, las resoluciones del Consejo de Seguridad deben interpretarse de manera que sean compatibles con las normas de *ius cogens*. En su demanda en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Bosnia y Herzegovina afirmó que todas las resoluciones del Consejo de Seguridad debían interpretarse de manera compatible con la prohibición del uso de la fuerza, que es una norma de *ius cogens*<sup>399</sup>. Del mismo modo, la República Islámica del Irán ha afirmado que la resolución 713 (1991) del Consejo de Seguridad —de hecho, la misma resolución a la que se refería Bosnia y Herzegovina— “no puede interpretarse ahora de manera que tenga consecuencias contrarias a la Carta de las Naciones Unidas o a los principios de *ius cogens*”<sup>400</sup>. De hecho, la idea de que las resoluciones del Consejo de Seguridad deben interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con el derecho internacional se ha aplicado a otras normas de derecho internacional. En el asunto *Al-Dulimi*, por ejemplo, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que debía optarse por una interpretación que se ajustara lo más posible al Convenio Europeo de Derechos Humanos y que esa presunción solo podía refutarse en caso de que una resolución

<sup>396</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (véase la nota 60 *supra*), pág. 151.

<sup>397</sup> Dire Tladi, “Interpretation of protection of civilians mandates in the United Nations Security Council resolutions”, en *By All Means Necessary: Protecting Civilians and Preventing Mass Atrocities in Africa*, Dan Kuwali and Frans Viljoen (eds.) (Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017), pág. 75. Véanse también los argumentos orales expuestos por Sudáfrica ante la Corte Penal Internacional el 7 de abril de 2017 (ICC-02/05-01.09-T-2-ENG ET WT 07-04-2017 1-92 SZ PT), pág. 26. Véase también *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, Sala de Controversias de los Fondos Marinos, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, págs. 10 y ss., en especial pág. 29, párr. 60. Véase también, aunque con más prudencia, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 442, párr. 94, donde se afirma que, si bien las reglas de la Convención de Viena pueden servir de orientación, para la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede ser necesario tener en cuenta otras consideraciones.

<sup>398</sup> *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, causa núm. STL-11-01/1, fallo, 16 de febrero de 2011, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 26.

<sup>399</sup> Solicitud de inicio de las actuaciones presentada por la República de Bosnia y Herzegovina, 20 de marzo de 1993, párr. 122, en la causa *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales (véase la nota 393 *supra*).

<sup>400</sup> Irán (República Islámica del), 3370ª sesión del Consejo de Seguridad, 27 de abril de 1994 (véase S/PV.3370).

estableciera de manera clara y explícita que los Estados debían adoptar medidas contrarias a las obligaciones que les incumben<sup>401</sup>.

159. El análisis anterior puede resumirse del siguiente modo:

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

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

## IV. Propuestas de proyectos de conclusión

160. Sobre la base del presente informe, se proponen los siguientes proyectos de conclusión:

### **Proyecto de conclusión 10**

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

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

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

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

### **Proyecto de conclusión 11**

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

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es nulo en su totalidad, y ninguna parte del tratado puede separarse o dividirse de él.

<sup>401</sup> *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Gran Sala, demanda núm. 5809/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2016, párr. 140. Véase también *Nada v. Switzerland*, Gran Sala, demanda núm. 10593/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2012, párr. 172. Véase en particular *Al-Jedda v. the United Kingdom*, Gran Sala, demanda núm. 27021/08, ECHR 2011, párr. 102 (donde se afirma que, en ese contexto, el Tribunal considera que, al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, debe existir la presunción de que el Consejo de Seguridad no tiene la intención de obligar a los Estados Miembros a infringir los principios fundamentales de los derechos humanos).

2. Un tratado que se convierta en nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad, a menos que:

- a) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- b) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no constituyan una base esencial del consentimiento en el tratado; y
- c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

#### **Proyecto de conclusión 12**

##### **Eliminación de las consecuencias de los actos realizados sobre la base de un tratado nulo**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tienen la obligación legal de eliminar las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base del tratado.

2. La terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, a menos que ese derecho, obligación o situación jurídica esté él mismo en conflicto con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### **Proyecto de conclusión 13**

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

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

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

#### **Proyecto de conclusión 14**

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

1. Con sujeción a las normas jurisdiccionales de la Corte Internacional de Justicia, cualquier controversia referente a si un tratado entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe someterse a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes en la controversia convengan en someter la controversia a arbitraje.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el hecho de que una controversia se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no es suficiente para establecer la competencia de la Corte si no

media el consentimiento necesario al ejercicio de dicha competencia con arreglo al derecho internacional.

#### **Proyecto de conclusión 15**

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

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no surge si entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

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

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

#### **Proyecto de conclusión 16**

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

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

#### **Proyecto de conclusión 17**

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

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

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

#### **Proyecto de conclusión 18**

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

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

#### **Proyecto de conclusión 19**

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

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

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

### **Proyecto de conclusión 20**

#### **Deber de cooperar**

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

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

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

### **Proyecto de conclusión 21**

#### **Deber de no reconocer ni prestar asistencia**

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

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

### **Proyecto de conclusión 22**

#### **Deber de ejercer la jurisdicción nacional respecto de crímenes prohibidos por normas imperativas de derecho internacional general**

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

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

### **Proyecto de conclusión 23**

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

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

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

161. Durante las deliberaciones en el Comité de Redacción, algunos miembros señalaron que sería preferible dividir los proyectos de conclusión en partes. El Relator

Especial considera que los proyectos de conclusión han adquirido una consistencia suficiente que justifica su división en partes en este momento. Se presentarán propuestas a este respecto en el Comité de Redacción.

## V. Labor futura

162. En períodos de sesiones anteriores de la Comisión y de la Sexta Comisión, los miembros de la Comisión y los Estados han expuesto su opinión sobre la conveniencia de establecer una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. Sobre la base de esos comentarios y observaciones, en el próximo informe se incluirán propuestas sobre la forma de proceder con respecto a dicha lista ilustrativa. En el próximo informe también se abordará la cuestión del *ius cogens* regional teniendo en cuenta las opiniones ya expresadas en la Comisión y en la Sexta Comisión. Por último, se seguirán examinando las diversas cuestiones que planteen la Comisión y los Estados. En función de cómo avancen las futuras deliberaciones, es posible que el proyecto de conclusiones se apruebe en primera lectura en el próximo período de sesiones de la Comisión.

---