



Asamblea General

Distr. general
16 de marzo de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

69º período de sesiones

Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio
a 4 de agosto de 2017

Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Examen anterior del tema	3
A. Debate en la Comisión de Derecho Internacional	3
B. Debate en la Sexta Comisión	5
C. Cuestiones derivadas de los debates	7
III. Criterios relativos al <i>ius cogens</i>	14
A. Generalidades	14
B. Primer criterio: norma de derecho internacional general	18
C. Segundo criterio: reconocimiento y aceptación	29
IV. Propuestas	43
A. Nombre del tema	43
B. Proyectos de conclusión	43
Proyecto de conclusión 4	
Criterios relativos al <i>ius cogens</i>	43
Proyecto de conclusión 5	
Normas de <i>ius cogens</i> como normas de derecho internacional general	43
Proyecto de conclusión 6	
Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del <i>ius cogens</i>	44
Proyecto de conclusión 7	
Comunidad internacional de Estados en su conjunto	44

* El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a Aldana Rohr (Universidad de Buenos Aires) y a Juan Pablo Pérez-León Acevedo (Universidad de Oslo, PluriCourts).



Proyecto de conclusión 8	
Aceptación y reconocimiento	44
Proyecto de conclusión 9	
Prueba de la aceptación y el reconocimiento	45
V. Programa de trabajo futuro	45

I. Introducción

1. En su 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema “*Ius cogens*” en su programa de trabajo a largo plazo¹. La Asamblea General, en su sexagésimo noveno período de sesiones, tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión². En su 67º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar a un Relator Especial. En su septuagésimo período de sesiones, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa y nombrar a un Relator Especial³.
2. En su 68º período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial y decidió remitir dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción⁴.
3. En el primer informe del Relator Especial se abordaron cuestiones conceptuales. En dicho informe, el Relator Especial propuso que en el segundo informe se examinaran los criterios relativos al *ius cogens*. Esta propuesta contó con el apoyo general de la Comisión. El propósito del presente informe es examinar los criterios relativos al *ius cogens*. Puesto que la Comisión ha decidido basar su examen del tema en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (en lo sucesivo, la “Convención de Viena”), el informe tomará la Convención como punto de partida para elaborar los criterios.

II. Examen anterior del tema

A. Debate en la Comisión de Derecho Internacional

4. En el primer informe, el Relator Especial propuso tres proyectos de conclusión. En el proyecto de conclusión 1 se enunciaba el alcance general del tema⁵. En el proyecto de conclusión 2 se indicaba que el *ius cogens* era una excepción a la regla general según la cual las normas de derecho internacional son normas de *ius dispositivum*⁶. En el proyecto de conclusión 3 se establecían las

¹ Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional 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.

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

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

⁴ Véase el primer informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/693). En relación con la decisión de remitir dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 100.

⁵ El proyecto de conclusión 1 propuesto por el Relator Especial (véase A/CN.4/693, párr. 74) disponía lo siguiente: “El presente proyecto de conclusiones se refiere a la forma en que se deben determinar las normas de *ius cogens* y a las consecuencias jurídicas que de ellas dimanar”. El Comité de Redacción aprobó el siguiente proyecto de conclusión: “El presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y los efectos jurídicos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre el *ius cogens*, de 9 de agosto de 2016 (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2016_dc_chairman_statement_jc.pdf).

⁶ El proyecto de conclusión 2 propuesto por el Relator Especial (véase A/CN.4/693, párr. 74) disponía lo siguiente:

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

características generales del *ius cogens*⁷. En el primer informe también se plantearon varias cuestiones metodológicas, en particular la cuestión de si la Comisión, en su examen del tema, debía elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. En el informe también se expusieron los fundamentos históricos y teóricos del *ius cogens*.

5. El informe fue en general bien recibido por los miembros de la Comisión. Sin embargo, algunos miembros criticaron determinadas conclusiones y los métodos empleados para llegar a ellas. No es necesario resumir todos los aspectos del debate, que está bien reflejado en el informe de la Comisión⁸. No obstante, algunas cuestiones planteadas en el debate tendrán repercusiones en la labor futura de la Comisión sobre el tema. Esas cuestiones se examinan brevemente en la sección II.C del presente informe. La primera de esas cuestiones se refiere al nombre del tema. Varios miembros señalaron que el nombre “*ius cogens*” no captaba adecuadamente la esencia del tema⁹. Se indicó que existían normas de *ius cogens* en el derecho interno que quedaban fuera del alcance del tema. Utilizar la denominación *ius cogens* para referirse a este tema podría dar la impresión de que la Comisión también estaba considerando esas normas. Algunos miembros sugirieron que sería mejor utilizar el nombre empleado en la Convención de Viena, es decir, “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”¹⁰. Si bien otros miembros habían sugerido la denominación “Normas imperativas (*ius cogens*) de derecho internacional general”, hubo mayor apoyo a la denominación “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Aunque algunos miembros dudaron de que el tema, tal como estaba formulado, abarcara ámbitos distintos del de los tratados, la mayoría de ellos aceptaron que el tema abarcaba (y debía abarcar) esferas del derecho internacional relacionadas con el *ius cogens* más allá del derecho convencional.

6. El debate sobre el primer informe se centró en los proyectos de conclusión preparados por el Relator Especial. Se expresó apoyo generalizado al proyecto de conclusión 1, aunque algunos miembros sugirieron que debía mencionar expresamente la intención de abarcar el derecho de la responsabilidad del Estado. El proyecto de conclusión 2 recibió un aluvión de críticas y pocos miembros de la Comisión lo apoyaron¹¹. El Relator Especial, en vista de las críticas, decidió retirar su propuesta de proyecto de conclusión 2, en el entendimiento de que el párrafo 2 de dicho proyecto se incorporaría en las definiciones del proyecto de conclusión 3.

7. El proyecto de conclusión 3 fue el que provocó mayor división de opiniones. Si bien se formularon algunas propuestas para modificar la redacción del párrafo 1 del proyecto de conclusión 3, su contenido no fue objeto de importantes desacuerdos. Por el contrario, el párrafo 2 sí provocó un acalorado debate. La

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

⁷ El proyecto de conclusión 3 propuesto por el Relator Especial (véase [A/CN.4/693](#), párr. 74) disponía lo siguiente:

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

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

⁸ Véase [A/71/10](#), párrs. 112 a 129.

⁹ Véase, por ejemplo, [A/CN.4/SR.3317](#), declaración del Sr. Candiotti.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Véase [A/71/10](#), párr. 124. En apoyo al contenido del proyecto de conclusión 2, véase [A/CN.4/SR.3314](#), declaración del Sr. Caflisch.

mayoría de los miembros de la Comisión que se pronunciaron sobre la cuestión apoyaron el contenido de ese párrafo¹². Unos pocos miembros rechazaron su contenido y sugirieron que el derecho internacional no reconocía que las normas de *ius cogens* “amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son de aplicación universal”¹³. Algunos miembros expresaron su acuerdo con el contenido del párrafo 2 pero sugirieron que el primer informe no ofrecía fundamentos suficientes para las características básicas que mencionaba.

8. Un último aspecto al que la Comisión prestó considerable atención fue la cuestión de si debía elaborar una lista ilustrativa en el marco de su examen del tema. La Comisión se dividió a partes iguales: algunos miembros sugirieron que debía elaborar una lista ilustrativa, como estaba originalmente previsto en la sinopsis del tema, mientras que otros sugirieron que no debía hacerlo¹⁴. El Relator Especial tendrá en cuenta esas opiniones, junto con las expresadas por los Estados, y formulará una recomendación a la Comisión en el momento oportuno.

9. Sobre la base de sus deliberaciones, la Comisión decidió remitir los proyectos de conclusión 1 y 3 al Comité de Redacción.

B. Debate en la Sexta Comisión

10. Muchas delegaciones celebraron la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. En general, las delegaciones también acogieron con satisfacción el examen del tema realizado por la Comisión, así como el primer informe del Relator Especial. Algunas delegaciones siguieron expresando reservas sobre la decisión de la Comisión de examinar este tema. Francia fue especialmente crítica con el enfoque del Relator Especial y sugirió que no se tenían debidamente en cuenta la práctica y las opiniones de los Estados y que, en lugar de ello, se había adoptado un enfoque del *ius cogens* “demasiado teórico o ideológico”¹⁵. Abundando sobre la cuestión de la práctica y las opiniones de los Estados, Francia sostuvo en su declaración que el Relator Especial, “a pesar de las reservas bien conocidas de [Francia], llega a la conclusión de que Francia no es un objetor persistente”¹⁶.

11. La idea de que el tema pasara a denominarse “normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)” recibió el apoyo de al menos una delegación, si bien ninguna delegación se opuso a ella¹⁷. Con respecto al alcance del tema, las delegaciones expresaron opiniones divergentes. Algunas consideraron que la Comisión debía limitar su examen del tema del *ius cogens* al derecho

¹² Para un resumen del debate sobre el proyecto de conclusión 3, véase [A/71/10](#), párrs. 125 a 127.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Véase [A/71/10](#), párrs. 116 a 118.

¹⁵ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 77.

¹⁶ Véase la declaración escrita de Francia (que obra en poder del Relator Especial): “En su informe, el Sr. Tladi está particularmente interesado en la posición de Francia. A pesar de las reservas bien conocidas de mi país respecto del concepto de *ius cogens*, llega a la conclusión de que Francia no es un objetor persistente [...] y que Francia lo ha aceptado en principio. Sin embargo, no tiene en cuenta las reservas expresadas sobre este concepto por las delegaciones de Francia, especialmente en los últimos años.” (sin cursiva en el original).

¹⁷ Véase la declaración de Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25)*, párr. 87 (“sería preferible utilizar la expresión ‘normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)’”). Aunque a Austria le preocupaba la redacción del proyecto de conclusión 3, párrafo 1, apoyó la idea de que la referencia correcta debía ser “normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”.

convencional¹⁸. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones que formularon observaciones sobre la cuestión opinaron que el tema debía ser amplio y abarcar ámbitos que iban más allá del derecho convencional¹⁹.

12. Algunas delegaciones expresaron preocupación en relación con la existencia y disponibilidad de práctica en la materia. Los Estados Unidos de América, por ejemplo, estaban preocupados porque, desde un punto de vista metodológico, solo existía una limitada práctica internacional, lo que podía hacer difícil extraer conclusiones válidas²⁰. Los Países Bajos fueron más directos y afirmaron que la clara mayoría de las fuentes citadas por el Relator Especial en su primer informe podían calificarse de “doctrina”²¹. Los Países Bajos añadieron que el primer informe no aclaraba cómo contemplaban los Estados la noción de *ius cogens* en la práctica, y advirtieron de que, fuera cual fuere el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema, debía tener en cuenta la práctica de los Estados y sustentarse en ella²².

13. Al igual que ocurrió en la Comisión de Derecho Internacional, el debate en la Sexta Comisión se centró en los proyectos de conclusión. En general, las delegaciones expresaron su apoyo a esos proyectos, si bien se formularon algunas advertencias y críticas en relación con el proyecto de conclusión 2²³. Al igual que ocurrió en los debates en la Comisión de Derecho Internacional, hubo opiniones divergentes sobre el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3. Cabe recordar que en dicho párrafo se identificaron tres elementos característicos de las normas de *ius cogens*, a saber, que son jerárquicamente superiores a otras normas, que son de aplicación universal y que reflejan los valores de la comunidad internacional. Algunos Estados rechazaron esos elementos²⁴, pero otros los apoyaron²⁵. Y algunos

¹⁸ Véase la declaración de Francia (A/C.6/71/SR.20, párr. 77).

¹⁹ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Chipre (A/C.6/71/SR.22, párr. 55), Grecia (A/C.6/71/SR.25, párr. 39), la República de Corea (A/C.6/71/SR.24, párr. 86), Portugal (que obra en poder del Relator Especial) y la Federación de Rusia (A/C.6/71/SR.25, párr. 67).

²⁰ Declaración de los Estados Unidos, A/C.6/71/SR.26, párr. 125.

²¹ Declaración de los Países Bajos, A/C.6/71/SR.26, párr. 43.

²² *Ibid.*

²³ Grecia se mostró crítica con el proyecto de conclusión (véase A/C.6/71/SR.25, párr. 41). Los siguientes Estados, si bien no criticaron el contenido del proyecto de conclusión, se mostraron cautos: Rumania (A/C.6/71/SR.26), España (A/C.6/71/SR.26, párr. 12: “España no termina de ver que el proyecto de conclusión 2 deba aludir a las normas dispositivas [...] en derecho internacional”) y Malasia (A/C.6/71/SR.26). Austria apoyó el contenido del proyecto de conclusión 2 y señaló que estaba de acuerdo con la propuesta de establecer una distinción entre *ius dispositivum* y *ius cogens* (A/C.6/71/SR.25, párr. 87).

²⁴ Los Estados que se opusieron a los elementos del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 fueron China (A/C.6/71/SR.24, párr. 89, donde señaló que esos elementos estaban en desacuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena) y los Estados Unidos (A/C.6/71/SR.26, párr. 126).

²⁵ Los Estados que apoyaron los elementos enunciados en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 fueron el Brasil (A/C.6/71/SR.26, párr. 91); Chequia (A/C.6/71/SR.24, párr. 72: “Las normas de *ius cogens*, que representan una excepción a otras normas del derecho internacional, protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional y son de aplicación universal”); El Salvador (A/C.6/71/25, párr. 62); Eslovenia (declaración que obra en poder del Relator Especial: “observa el examen a fondo de las características inherentes a las normas de *ius cogens* y desea subrayar que está de acuerdo con la afirmación de que el *ius cogens* tiene carácter especial y excepcional, que refleja los valores comunes y generales [y que requiere] la adhesión universal”); y Sudáfrica (A/C.6/71/SR. 26, párr. 87: “Es decepcionante que la Comisión no haya podido llegar a un acuerdo sobre lo que, a juicio de Sudáfrica, son características básicas y no controvertidas. Se acepta en general que las normas de *ius cogens* son universalmente vinculantes, reflejan valores e intereses fundamentales y son jerárquicamente superiores”).

Estados solo formularon observaciones sobre algunos de los elementos del proyecto de conclusión²⁶.

14. Si bien está claro que, de los Estados que expresaron su opinión sobre el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3, la mayoría apoyó su contenido, es útil centrarse en las críticas expresadas sobre los elementos de dicho párrafo. Para China, el problema con esos elementos es que “están en claro desacuerdo con los componentes básicos del *ius cogens* que se establecen en el artículo 53 de la Convención de Viena”²⁷, y consideró que los elementos del párrafo 2 añadían nuevos elementos o requisitos básicos²⁸. Con respecto a la superioridad jerárquica, China se preguntó si este “nuevo” elemento implicaba que el *ius cogens* debía prevalecer sobre la Carta de las Naciones Unidas, habida cuenta de que el Artículo 103 de la Carta establece que las obligaciones impuestas por la Carta prevalecerán sobre otras obligaciones²⁹. Por su parte, los Estados Unidos temían que los elementos del párrafo 2, en particular la noción de que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables y reflejan los valores fundamentales de la comunidad internacional, allanasen el camino a tentativas de extraer normas de *ius cogens* de principios vagos y discutibles del derecho natural, con independencia de su aceptación y reconocimiento concretos por los Estados³⁰.

15. Hay un último aspecto que se planteó en los debates en la Sexta Comisión que es preciso mencionar. La delegación de Turquía expresó su desacuerdo con el uso que se hizo en el primer informe del Tratado de Garantía³¹ y el hecho de que algunos Estados lo mencionaran como ejemplo de aplicación del *ius cogens*³². Esta preocupación ofrece al Relator Especial la oportunidad de aclarar que todos los ejemplos que figuran en los informes primero y segundo, así como en cualquier informe futuro, se citan únicamente como ejemplos de práctica, sin perjuicio de la calidad de la práctica o la exactitud de las opiniones derivadas de la práctica en cuestión. En efecto, no puede impedirse a la Comisión que se base en una práctica concreta porque esa práctica sea cuestionada por los Estados.

C. Cuestiones derivadas de los debates

16. Tal vez sea útil empezar con las observaciones relativas a la necesidad de basarse en la práctica. La opinión del Relator Especial al respecto figura en el primer informe. En ese informe, el Relator Especial señaló que “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

²⁶ Chipre apoyó el elemento de la “superioridad jerárquica” (A/C.6/71/SR.22, párr. 56), mientras que España expresó dudas acerca de la noción de superioridad jerárquica (A/C.6/71/SR.26, párr. 12). Islandia, en nombre de los países nórdicos, puso en duda la necesidad de hacer referencia a “los valores de la comunidad internacional” (A/C.6/71/SR.24, párr. 63), mientras que Eslovaquia apoyó la idea de que el *ius cogens* reflejaba “valores fundamentales de la comunidad internacional” (A/C.6/71/SR.26, párr. 147). La República Islámica del Irán apoyó la idea de que las normas de *ius cogens* eran universalmente aplicables (A/C.6/71/SR.26, párr. 122).

²⁷ A/C.6/71/SR.24, párr. 89.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, párr. 90.

³⁰ A/C.6/71/SR.26, párr. 126.

³¹ Véase A/CN.4/693, párr. 39 (“En 1964, por ejemplo, Chipre impugnó, sobre la base de la noción de normas imperativas, la validez del Tratado de Garantía, de 1960, celebrado entre Chipre, el Reino Unido, Grecia y Turquía”). El texto del Tratado de Garantía se puede consultar en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 382, núm. 5475.

³² Declaración de Turquía, A/C.6/71/SR.29, párr. 68.

pertinente”³³. De hecho, en los debates en la Sexta Comisión se respaldó esta opinión³⁴. El Relator Especial considera que el enfoque adoptado en el primer informe y en el presente informe es fiel a esta aproximación.

17. Si bien, como se sugiere en la declaración de los Países Bajos³⁵, hay más “doctrina” que práctica, también es cierto que no hay ninguna conclusión propuesta en el primer informe o en el presente informe que no se base en la práctica. En el resumen de los debates en la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial señaló (con ejemplos) que muchos textos de la Comisión sobre otros temas se habían adoptado basándose en bastante menos práctica que la mencionada en apoyo del contenido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3³⁶. Esta práctica se ha analizado y evaluado con precisión. Es cierto que, como observó Francia, la práctica de ese país fue de particular interés para el Relator Especial. Esto se explica porque, como es sabido, Francia se ha opuesto a la idea misma del *ius cogens*. Sin embargo, la práctica real que se observa en las declaraciones del propio país demuestra que no es así. La evaluación no se ocupa de si Francia es o no un objetor persistente, y en ningún momento se sacan conclusiones al respecto en el primer informe. Lo único que se afirma en el informe, en lo que respecta a Francia, es el hecho, bien documentado, de que, en la aprobación de la Convención de Viena, no se opuso a la idea del *ius cogens*. Lo que Francia hizo, más bien, fue expresar su preocupación por la falta de claridad sobre cómo se aplicaría y por la posibilidad de que se hiciera un uso abusivo.

18. Con respecto al párrafo 2 del proyecto de conclusión 3, es importante recordar que, contrariamente a lo que afirma el Reino Unido, el párrafo sí fue remitido al Comité de Redacción por la Comisión de Derecho Internacional, y que el texto gozó de un amplio grado de apoyo tanto dentro de esta como en el curso de los debates en la Sexta Comisión. En lo que respecta al fondo, es útil comenzar abordando la preocupación planteada por los Estados Unidos. Como se señaló en el primer informe, el Relator Especial no tiene la intención de resolver el debate entre derecho natural y derecho positivo ni adoptar un enfoque u otro. Los elementos que se indican en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 no deben ser vistos como un intento de introducir subrepticamente un enfoque iusnaturalista en la labor de la Comisión. Como se ilustrará en el presente informe, los criterios para determinar si una norma ha alcanzado la condición de *ius cogens* siguen siendo los previstos en el artículo 53 de la Convención de Viena. Del mismo modo, en respuesta a las preocupaciones de China, esos elementos no deben considerarse elementos adicionales. Por el contrario, deben considerarse elementos descriptivos y característicos, y no elementos (o criterios) constitutivos de las normas de *ius cogens*³⁷. Esas características pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar los criterios para identificar las normas de *ius cogens* del derecho internacional.

³³ A/CN.4/693, párr. 14. Véase también el párr. 45 (“Lo importante, a los efectos de la labor de la Comisión, es saber si el *ius cogens* encuentra asidero en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, que constituyen el fundamento esencial de esa labor. Aunque las opiniones expresadas en la bibliografía ayudan a interpretar la práctica y pueden servir de marco para su sistematización, por lo que deberíamos guiarnos es por la práctica de los Estados y por la práctica judicial”).

³⁴ Véase la declaración de Chequia (A/C.6/71/SR.24, párr. 72: La labor de la Comisión sobre el tema “debería basarse en la práctica judicial y de los Estados, complementada con obras académicas”). Véase también la declaración de Irlanda (A/C.6/71/SR.27, párr. 18).

³⁵ Véase A/C.6/71/SR.26, párr. 43.

³⁶ Véase A/CN.4/SR.3323, declaración del Relator Especial en que se resume el debate.

³⁷ Véase A/CN.4/693, párr. 72: “Si bien son características básicas [...] del *ius cogens*, no explican cómo se han de identificar las normas de *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo”.

19. Vale la pena recordar, al examinar los elementos del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3, que todas las delegaciones, y la inmensa mayoría de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, que hicieron uso de la palabra consideraron que el tema debía basarse en la práctica³⁸. Los elementos enunciados son elementos omnipresentes tanto en la práctica de los Estados como en la práctica judicial y, como señaló la delegación de Sudáfrica en el debate en la Sexta Comisión, son elementos “básicos y no controvertidos” y “generalmente aceptados”. En opinión del Relator Especial, en el primer informe ya se aportó práctica suficiente como fundamento de esos elementos³⁹. No obstante, a la luz de las sugerencias de algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁰ de que la práctica era insuficiente, el Relator Especial proporcionó material adicional en su resumen del debate. Dado que ese material adicional no figura en el primer informe, en el presente informe se ofrece un breve resumen de él, a pesar de que los proyectos de conclusión ya se han remitido al Comité de Redacción.

1. Valores fundamentales

20. Además de las numerosas declaraciones de los Estados⁴¹, los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*⁴² y *Croacia c. Serbia*⁴³ y su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*⁴⁴, el fallo del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija*⁴⁵ y la decisión de la Comisión Interamericana de

³⁸ El único miembro de la Comisión que sugirió que la Comisión debía basar su labor en la doctrina fue el Sr. Valencia-Ospina (véase [A/CN.4/SR.3323](#)).

³⁹ Véase [A/CN.4/693](#), párrs. 61 a 72.

⁴⁰ Sr. Wood ([A/CN.4/SR.3314](#)), Sr. Forteau ([A/CN.4/SR.3317](#)), Sr. McRae ([A/CN.4/SR.3315](#)), Sr. Valencia-Ospina ([A/CN.4/SR.3323](#)), Sr. Hmoud ([A/CN.4/SR.3322](#)) y Sr. Murphy ([A/CN.4/SR.3316](#)).

⁴¹ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Alemania ([A/C.6/55/SR.14](#), párr. 56: “su Gobierno reitera su convicción respecto de la necesidad de definir con más claridad las normas imperativas de derecho internacional que protegen valores humanitarios fundamentales”), Italia ([A/C.6/56/SR.13](#), párr. 15: “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición tautológica del derecho imperativo, que la doctrina y la jurisprudencia han intentado interpretar como un conjunto de normas que prohíben los comportamientos considerados intolerables porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y los pueblos, y para los valores humanos fundamentales”), México ([A/C.6/56/SR.14](#), párr. 13: “el propio concepto de normas imperativas se ha desarrollado para proteger los valores jurídicos más preciosos de la comunidad de Estados”) y Portugal ([A/C.6/56/SR.14](#), párr. 66: “Los conceptos de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales de Estado o violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general se basan en la creencia común en determinados valores fundamentales del derecho internacional”).

⁴² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43.

⁴³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015.

⁴⁴ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23.

⁴⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, fallo, causa núm. IT-95-17/1-T, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998, párrs. 153 y 154, donde el Tribunal vinculó expresamente la situación de la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens* a la “importancia de los valores que protege”, señalando que “el valor de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó ese pasaje del fallo en apoyo de su postura en la causa *Al-Adsani c. Reino Unido* (demanda núm. 35763/97), sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 30.

Derechos Humanos en el caso *Michael Domingues*⁴⁶, ha habido innumerables opiniones separadas y disidentes y escritos doctrinales en apoyo de la idea de que las normas de *ius cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional. Estas fuentes autorizadas deberían ser, por sí solas, base suficiente para apoyar el elemento de que las normas de *ius cogens* amparan los valores fundamentales del derecho internacional⁴⁷.

21. En su resumen del debate, el Relator Especial presentó muchas más fuentes autorizadas. En *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos declaró que las normas de *ius cogens* “se derivan de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional”⁴⁸. Asimismo, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Nueva York ha afirmado que las normas de *ius cogens* son las normas “con más alto rango dentro de las normas jurídicas internacionales”⁴⁹. Tribunales de otras jurisdicciones han expresado opiniones iguales o parecidas⁵⁰. El Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, hizo referencia a la “extraordinaria importancia de los valores que subyacen” a las obligaciones de *ius cogens*⁵¹. Por su parte, el Tribunal Supremo de Filipinas señaló, al definir el *ius cogens*, que las normas en cuestión se habían “considerado [...] fundamentales para la existencia de un orden internacional justo”⁵². En la causa *Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina declaró que el objetivo del *ius cogens* era “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”⁵³. El Tribunal

⁴⁶ *Michael Domingues c. Estados Unidos*, caso núm. 12.285 (2002), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02, párr. 49.

⁴⁷ En el resumen del debate, el Relator Especial señaló, en relación con la suficiencia de esas fuentes, que, a modo de comparación, “la Comisión ha aprobado el requisito del objeto persistente fundándose esencialmente en dos *obiter dicta* en las causas relativas a las *Pesquerías* y el *Derecho de asilo*, una jurisprudencia mucho menos abundante que la citada en el presente caso” (A/CN.4/SR.3323, pág. 15).

⁴⁸ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 965 F.2d 699, 1992 U.S. App., pág. 715. Otros tribunales de los Estados Unidos han citado esta decisión en apoyo de su postura, a saber: *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 US District Lexis 136922 (SD Cal. 2013), pág. 14; *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 US District Lexis 101385 (SD Cal. 2014), pág. 9; *Doe I v. Reddy*, 2003 US District Lexis 26120 (ND Cal 2003); opinión del Magistrado McKeown en *Alvarez-Machain v. United States*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003), pág. 613. Véase también la opinión disidente del Magistrado Pregerson en *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2010), pág. 778 (“las normas de *ius cogens* son componentes fundamentales del orden de la comunidad internacional”).

⁴⁹ *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (In Agent Orange Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d (EDNY, 2005), pág. 136.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, [2006] EWCA Civ 1279, párr. 101. La Corte Suprema del Canadá se refirió a las normas de *ius cogens* como aquellas normas que “son vitales o fundamentales para la noción de justicia en nuestra sociedad”, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran [2014] Supreme Court of Canada* 62, 3 SCR 176, párr. 151. El pleno del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia también ha descrito las normas de *ius cogens* como “normas imperativas básicas del derecho internacional” (*Sobre la aplicación de principios y normas del derecho internacional reconocidos universalmente y de tratados internacionales de la Federación de Rusia por los tribunales de jurisdicción general*, decisión del pleno del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, núm. 5 (10 de octubre de 2003), modificada el 5 de marzo de 2013).

⁵¹ Exp. núm. 0024-2010-PI/TC, sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 21 de marzo de 2011, párr. 53.

⁵² *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al*, Tribunal Supremo de la República de Filipinas (2011).

⁵³ *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa núm. 259, sentencia de 24 de agosto de 2004.

Constitucional de Sudáfrica también señaló que las normas de *ius cogens* “reflejan los valores más fundamentales de la comunidad internacional”⁵⁴.

22. De lo anterior se desprende claramente que las normas de *ius cogens* reflejan y amparan valores fundamentales de la comunidad internacional. Esta idea nunca se ha puesto seriamente en entredicho. Kolb, por ejemplo, un experto académico crítico con esta idea, ha afirmado que “es la teoría absolutamente predominante” hoy en día⁵⁵. Por supuesto, distintas autoridades utilizan distintas palabras para describir la idea central, pero la idea en sí es generalmente aceptada en el derecho internacional. Por ejemplo, algunas autoridades afirman que las normas de *ius cogens* “protegen” o “amparan” los valores fundamentales, mientras que otras afirman que esas normas “reflejan” los valores fundamentales. Además, algunas hablan de “valores fundamentales” mientras que otras hablan de “intereses fundamentales”. La idea general, sin embargo, es la misma.

2. Superioridad jerárquica

23. Al igual que ocurre con la idea de que el *ius cogens* refleja valores fundamentales, también se acepta generalmente que las normas de *ius cogens* son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional⁵⁶. En efecto, la Comisión ya ha llegado a la conclusión de que las normas de *ius cogens* son jerárquicamente superiores a otras normas⁵⁷, y esa conclusión debería ser base suficiente para incluir la superioridad jerárquica como elemento característico del *ius cogens*.

24. En el primer informe ya se mencionaron, además de la labor anterior de la Comisión, declaraciones de los Estados⁵⁸, decisiones judiciales⁵⁹ y doctrina⁶⁰ en

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, 2005 (4) SA 235 (CC), pág. 169, donde cita, en apoyo de su postura, el primer informe sobre protección diplomática presentado por el Sr. John Dugard, Relator Especial (A/CN.4/506).

⁵⁵ Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens — A General Inventory* (Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015), pág. 32.

⁵⁶ Véase Maarten den Heijer y Harmen van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, en *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016).

⁵⁷ Véanse las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II, segunda parte (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 12.V.13 (Part 2)), cap. XII, secc. D.2, párrs. 33 y 34.

⁵⁸ Véanse las declaraciones de los Países Bajos (A/C.6/68/SR.25, párr. 101: “El *ius cogens* tiene una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adopte la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario”) y del Reino Unido (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 53ª sesión, párr. 53: “en una sociedad internacional bien organizada se necesitan normas de derecho internacional de un orden más elevado que las normas puramente dispositivas que los Estados pueden derogar”).

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 153 (una característica de la prohibición de la tortura “guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional [...] este principio ha pasado a ser una norma imperativa o *ius cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional se ubica en un lugar superior al derecho dimanado de los tratados e incluso a las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, Gennady Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”, en *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1 (1991), y William Conklin, “The peremptory norms of the international community”, en *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3 (Oxford University Press, 2012), pág. 838 (“la posibilidad misma de una norma imperativa sugiere una vez más una jerarquía de normas del derecho internacional en la que las normas imperativas son las ‘normas fundamentales de la comunidad internacional’, situadas en

apoyo de la superioridad jerárquica. Vale la pena detenerse aquí para recordar que, en el pasado, la Comisión ha aprobado textos basándose en práctica mucho menos abundante. No obstante, tras el debate el Relator Especial presentó nuevas fuentes autorizadas en apoyo de lo que solo cabe describir como una característica obvia del *ius cogens*.

25. Como es bien sabido, en el asunto *Kadi c. Consejo y Comisión* el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea describió el *ius cogens* como un “orden público internacional”⁶¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha descrito el *ius cogens* como “normas que en la jerarquía internacional gozan de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”⁶². En el caso *Michael Domingues*, la Comisión Interamericana afirmó que las normas de *ius cogens* se derivaban de “un orden superior de normas jurídicas”⁶³.

26. En su opinión disidente en la causa *Sarei v. Rio Tinto*, el Magistrado Pregarso del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos reconoció que la superioridad jerárquica del *ius cogens* era incuestionable⁶⁴. Cabe mencionar que, si bien esta afirmación figuraba en una opinión disidente, la mayoría reconoció, en la causa *Siderman de Blake*, que las normas de *ius cogens* gozaban “del mayor rango dentro del derecho internacional”⁶⁵. En la causa *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, el Tribunal Supremo de Zimbabwe describió el *ius cogens* como aquellas normas “dotadas de primacía en la jerarquía de normas que constituyen el orden normativo internacional”⁶⁶. También se ha dicho del *ius cogens* que ocupa “la más alta posición jerárquica entre todas las demás normas y principios consuetudinarios”⁶⁷, que está “no solo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”⁶⁸, que tiene “precedencia sobre otras normas de derecho internacional”⁶⁹ y

la cúspide”). Véase también Marjorie Whiteman, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2 (1977), pág. 609, y Mark Janis, “The nature of *jus cogens*”, en *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2 (1988), pág. 360.

⁶¹ *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 2005, pág. II-3649 (21 de septiembre de 2005), párr. 226.

⁶² *Al-Adsani* (nota 45 *supra*), párr. 60, citando al Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija* (nota 45 *supra*). Véase también el párrafo 1 de la opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch en la causa *Al-Adsani* (“La mayoría reconoce que [la norma de *ius cogens*] es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional”). Véase también la opinión concurrente de los Magistrados Pinto de Albuquerque, Hajiyev, Pejchal y Dedov en *Al-Dumini and Montana Management Inc v. Switzerland*, [2016] ECHR 576 (21 de junio de 2016), párr. 34.

⁶³ *Michael Domingues c. Estados Unidos* (nota 46 *supra*), párr. 49. Véase *Hassan c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, párr. 92.

⁶⁴ *Sarei v. Rio Tinto* (nota 48 *supra*), pág. 19395.

⁶⁵ *Siderman de Blake* (nota 48 *supra*), pág. 717.

⁶⁶ Véase *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, [2008] ZWHHC 1, sentencia de 23 de enero de 2008. Véase también *Nguyen Thang Loi* (nota 49 *supra*), pág. 136, donde se describen las normas de *ius cogens* como las normas “con más alto rango dentro de las normas jurídicas internacionales”.

⁶⁷ *Bayan Muna* (nota 52 *supra*). Véase también *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd.*, [2012] BCLRB No. B28/2012, párr. 44, donde la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica (Canadá), citando la causa *Furundžija* (nota 45 *supra*), señaló que las normas de *ius cogens* gozaban de un “rango superior en la jerarquía internacional que el derecho convencional e incluso que las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”. Véase también *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another and Others: Ex Parte Pinochet (No. 3)*, [2000] 1 AC 147, pág. 198.

⁶⁸ *Julio Héctor Simón y Otros s/ privación ilegítima de la libertad*, Corte Suprema de Justicia de la Argentina, causa núm. 17/768, sentencia de 14 de junio de 2005, párr. 48. Véase también *Julio*

que son normas que “prevalecen sobre el derecho internacional consuetudinario y los tratados”⁷⁰. Los tribunales italianos también han sostenido que las normas de *ius cogens* tienen un rango superior a otras normas⁷¹.

27. De lo anterior se desprende claramente que la superioridad jerárquica es un elemento descriptivo característico del *ius cogens* que no puede ponerse seriamente en entredicho. Puede que se hayan utilizado diferentes términos, pero en general se acepta la idea de que el *ius cogens* es jerárquicamente superior o tiene mayor rango.

3. Aplicación universal

28. La idea de que las normas de *ius cogens* son de aplicación universal indica que se aplican a todos los Estados. Al igual que ocurre con los otros dos elementos, esta idea cuenta con respaldo en la práctica de los Estados y la práctica judicial internacional (en lo sucesivo, de forma abreviada, “práctica judicial y de los Estados”). En el primer informe se citaron materiales en apoyo de este elemento, en forma de decisiones judiciales⁷² y doctrina⁷³.

Lilo Mazzeo y Otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, sentencia de 13 de julio de 2007, párr. 15 (el *ius cogens* es “la más alta fuente del derecho internacional”).

⁶⁹ Véase la opinión concurrente de Lord Hoffman en *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, [2007] 1 AC 270, párr. 39.

⁷⁰ *Mani Kumari Sabbithi et al v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, 605 F. Supp 2d 122 (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia), pág. 129.

⁷¹ *Mario Luiz Lozano c. Fiscal General de la República Italiana*, sentencia en apelación de 24 de julio de 2008, Corte Suprema de Casación, Sala Primera de lo Penal, Italia, causa núm. 31171/2008, pág. 6 (“dándose prevalencia al principio de mayor rango y de *ius cogens*”). Véase también *Alemania c. De Guglielmi y De Guglielmi e Italia* (partes coadyuvantes), sentencia en apelación de 14 de mayo de 2012, Tribunal de Apelación de Turín, causa núm. 941/2012, ILDC 1905 (IT 2012), pág. 15.

⁷² Véase *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., párr. 190 (“Los Estados Unidos, en su contramemoria sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad, consideraron fundamental citar las opiniones de expertos académicos en el sentido de que este principio es una ‘norma universal’, ‘derecho internacional universal’, un ‘principio universalmente reconocido de derecho internacional’ y un ‘principio de *ius cogens*’”). Véase también *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva (nota 44 *supra*), pág. 23 (donde la Corte Internacional de Justicia hace referencia al “carácter universal [...] de la condena del genocidio”); opinión separada del Magistrado Moreno Quintana en la causa *Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo de 28 de noviembre de 1958 (www.icj-cij.org/docket/files/33/2271.pdf), págs. 106 y 107 (“Estos principios [...] tienen carácter imperativo y alcance universal”); y *Hanoch Tel-Oren et al v Libyan Arab Republic et al*, sentencia de 3 de febrero de 1984 del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 (hay “un puñado de actos abominables, cada uno de los cuales viola normas definibles, universales y obligatorias”).

⁷³ Véase, por ejemplo, William Conklin, “The preemptory norms of the international community”, en *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3 (Oxford University Press, 2012). Véase también Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976), pág. 78; Giorgio Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), pág. 283; Gennadii Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Dordrecht, Marinus Nijhoff Publishers, 1993), pág. 211; Levan Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), pág. 246; Pierre-Marie Dupuy y Yann Kerbrat, *Droit international public* (11^a ed., París, 2012), pág. 322 (“la cohesión de este conjunto normativo exige el reconocimiento por todos sus sujetos de un mínimo de normas imperativas”); Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), pág. 6; Dan Dubois, “The authority of preemptory norms in international law: State consent or natural law?”, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (Marinus

29. La Corte Interamericana ha afirmado que el *ius cogens* es “aplicable a todo Estado” y sus normas “vinculan a todos los Estados”⁷⁴. Asimismo, en el caso *Michael Domingues* la Comisión Interamericana determinó que las normas de *ius cogens* “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”⁷⁵. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos ha descrito las normas de *ius cogens* como aquellas que “no dependen del consentimiento de los Estados individuales sino que son universalmente vinculantes por su propia naturaleza”⁷⁶. Del mismo modo, en la causa *Belhas v. Moshe Ya'Alon* el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el 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 virtud del derecho internacional”⁷⁷. Asimismo, el Tribunal Federal Supremo de Suiza afirmó que las normas de *ius cogens* eran “vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional”⁷⁸.

30. Los materiales mencionados ponen de manifiesto que, en su práctica, los Estados y los tribunales siempre han aceptado que las normas de *ius cogens* amparan y reflejan valores fundamentales de la comunidad internacional, son de aplicación universal y son jerárquicamente superiores a otras normas del derecho internacional. El hecho de que en estos materiales se puedan utilizar, en ocasiones, distintas palabras para expresar las mismas ideas básicas no menoscaba la amplia aceptación de que gozan esas características.

III. Criterios relativos al *ius cogens*

A. Generalidades

31. Puede ser útil hacer dos aclaraciones preliminares. En primer lugar, la cuestión de quién determina si se han cumplido los criterios excede el alcance de este tema. Dicho esto, con respecto a las consecuencias del *ius cogens* en los tratados, en particular la nulidad de estos, en futuros informes habrá que abordar el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el procedimiento de solución obligatoria de una controversia relativa a la nulidad de un tratado por ser contrario al *ius cogens*. En segundo lugar, los elementos que se indican en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 propuesto en el primer informe del Relator Especial no constituyen criterios relativos al *ius cogens*. Son elementos descriptivos de las normas de *ius cogens*. Los criterios, o requisitos, para determinar qué normas del derecho

Nijhoff Publishers, 2009), pág. 135 (“El *ius cogens* [...] es aplicable a todos los Estados con independencia de que presten su consentimiento para ello”); y Matthew Saul, “Identifying *ius cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, en *Asian Journal of International Law* (2014), pág. 31 (“Se supone que las normas de *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados”).

⁷⁴ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrs. 4 y 5. Véase también la declaración escrita de 19 de junio de 1995 del Gobierno de México en relación con la solicitud de opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General en su resolución 49/75 K, de 19 de junio de 1995, párr. 7 (“Estas normas [...] son jurídicamente vinculantes para todos los Estados (*ius cogens*)”). El texto de la declaración escrita puede consultarse en www.icj-cij.org/docket/files/95/8694.pdf.

⁷⁵ *Michael Domingues* (nota 46 *supra*), párr. 49.

⁷⁶ *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), pág. 242.

⁷⁷ *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (District of Columbia Cir. 2008), págs. 1291 y 1292.

⁷⁸ *Youssef Nada c. Secretaría de Estado de Asuntos Económicos y Departamento Federal de Asuntos Económicos*, apelación administrativa, sentencia de 14 de noviembre de 2007, Tribunal Federal Supremo de Suiza, causa núm. 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), párr. 7.

internacional tienen rango de *ius cogens* se refieren a los elementos que deben estar presentes para que se pueda considerar que una norma o principio tiene carácter de *ius cogens*. Estos criterios son los que se tratan en la presente sección del segundo informe.

32. Como señaló el Sudán, la identificación de las normas de *ius cogens* es un proceso complejo⁷⁹. Del mismo modo, en su comentario del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Comisión señaló que “no hay ningún criterio sencillo” para determinar qué normas tienen carácter de *ius cogens*⁸⁰. Durante el debate en la Sexta Comisión en 2016, muchos Estados hicieron hincapié en que los criterios relativos al *ius cogens* debían basarse en el artículo 53 de la Convención de Viena⁸¹. El Relator Especial no interpretó que la opinión de que los criterios relativos al *ius cogens* debían basarse en el artículo 53 de la Convención de Viena significara que la Comisión no podía ir más allá de ese artículo *aun cuando la práctica así lo determinara*, como podría inferirse de la declaración de Malasia⁸². Por lo tanto, en el presente informe se toman como punto de partida los elementos del artículo 53 de la Convención de Viena a efectos de fijar los criterios para determinar las normas de *ius cogens*. No obstante, para dar contenido y significado al artículo 53 se recurre a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales.

33. La decisión de tomar como base el artículo 53 no se funda solamente en las opiniones expresadas por los Estados durante el debate en la Asamblea General, sino que coincide en general con la práctica y la doctrina. Al referirse al *ius cogens*, las cortes y los tribunales internacionales en general invocan el artículo 53 de la Convención⁸³. Además, gran parte de los trabajos académicos parten de la premisa de que en el artículo 53 se brinda la definición de *ius cogens*⁸⁴. Asimismo, en la

⁷⁹ Declaración del Sudán, A/C.6/71/SR.25, párr. 73.

⁸⁰ Véase el párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (1966), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II (segunda parte) (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 67.V.2), cap. II, secc. C.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la declaración de Chequia (A/C.6/71/SR.24, párr. 72). Véanse también las declaraciones del Canadá (A/C.6/71/SR.27, párr. 9), Chile (A/C.6/71/SR.25, párr. 101), China (A/C.6/71/SR.24, párr. 89), la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118: “El objeto de la labor de la Comisión sobre el tema no es impugnar los dos criterios establecidos en el artículo 53 [...] Por el contrario, el objetivo es dilucidar el significado y el alcance de ambos criterios”) y Polonia (A/C.6/71/SR.26, párr. 56). Véase además la declaración de Irlanda (A/C.6/71/SR.27, párr. 19: “La delegación de Irlanda concuerda con la opinión de que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados deberían ser el fundamento de la labor sobre el tema”).

⁸² Véase la declaración de Malasia (A/C.6/71/SR.26, párr. 75: “Sobre el tema del *ius cogens*, su delegación advierte contra la ampliación del principio más allá de los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Habida cuenta de que el derecho internacional se está desarrollando mediante instrumentos basados en el consentimiento, no es prudente ampliar un principio según el cual algunas normas universales pueden obligar a los Estados, con o sin su consentimiento”).

⁸³ Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996, párr. 83; y *Prosecutor v. Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 155; *Prosecutor v. Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, párr. 60. Véase también Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578/95. Véase, en particular, la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda), fallo (www.icj-cij.org/docket/files/126/10449.pdf), párr. 8.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Sévrine Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (Zúrich, Schulthess, 2015), pág. 19 (“Dado que en el artículo 53 se brinda la única definición jurídica que existe por escrito de los efectos de las normas de *ius cogens* [...] así como del proceso por el cual surgen [...], este constituye el punto de partida necesario para analizar dicho concepto”); y Ulf Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, en *Netherlands Yearbook of*

sinopsis del tema también se reconoce que el artículo 53 de la Convención de Viena es “el punto de partida de cualquier estudio en la materia”⁸⁵.

34. Antes de examinar el texto del artículo 53, es importante destacar que los criterios elaborados en este informe no se basan en opiniones predeterminadas o tendencias filosóficas particulares del Relator Especial, sino en el material pertinente de la práctica. No se basan, ni deberían basarse, en la intención de promover un enfoque en particular, ya sea estrecho o amplio, iusnaturalista o iuspositivista.

35. Dado que los criterios relativos al *ius cogens* se basan en el artículo 53 de la Convención de Viena, cabe recordar los términos de ese artículo:

“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.”

36. La primera oración del artículo 53 no es definitoria, sino que establece la consecuencia, desde la perspectiva del derecho de los tratados, de que un tratado sea contrario al *ius cogens*. Es en la segunda oración donde se establece la definición de normas de *ius cogens* de derecho internacional⁸⁶. En el artículo 53 se aclara que la definición se brinda a los efectos de la Convención de Viena. No obstante, como se indicó en los párrafos 32 y 33, la definición de la Convención de Viena se acepta como definición de *ius cogens*, en términos generales, incluso más allá del derecho de los tratados⁸⁷. La propia Comisión, siempre que ha examinado el *ius cogens* en el contexto de otros temas, se ha basado en la definición enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena⁸⁸.

International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), pág. 52. Véase también Stefan Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, en *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), pág. 166, donde se señala que “los tratados sobre *ius cogens* generalmente toman como punto de partida” el artículo 53 de la Convención de Viena.

⁸⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, anexo, párr. 7.

⁸⁶ Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, en *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), pág. 26. Véase también Ulf Linderfalk, “The creation of *jus cogens*: making sense of Article 53 of the Vienna Convention”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Heidelberg Journal of International Law]*, vol. 71, núm. 2 (2011), págs. 359 a 378.

⁸⁷ Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), pág. 6 (“Si bien la Convención de Viena se refiere al derecho de los tratados y obliga únicamente a los signatarios [...] en el artículo 53 se refleja un concepto cuyo efecto jurídico trasciende el contexto de los tratados”).

⁸⁸ Véase el párrafo 5 del comentario del artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte) (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.04.V.17 (Part 2)), pág. 90 (“Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general [...] sino también que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”). Véanse también las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 57 *supra*), párr. 32 (“Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional

37. El artículo 53 establece dos criterios acumulativos para la determinación de las normas de *ius cogens*. En primer lugar, la norma en cuestión debe ser una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, debe estar aceptado y reconocido que esa norma de derecho internacional general tiene ciertas características, a saber, que es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*⁸⁹. Según Sévrine Knuchel, el artículo 53 comprende tres elementos, a saber: la condición de norma de derecho internacional general, la aceptación y el reconocimiento como norma que no admite acuerdo en contrario, y la posibilidad de ser modificada únicamente por normas posteriores de *ius cogens*⁹⁰. Sin embargo, desde una perspectiva definitoria, el tercer elemento no es un criterio, sino que solo describe cómo puede modificarse una norma de *ius cogens* existente. Esto es *posterior* a la determinación del carácter de *ius cogens* de una norma y, por lo tanto, no puede ser un criterio para su determinación⁹¹. Además, aun como parte de la definición, no es un criterio independiente, sino que forma parte del criterio de “aceptación y reconocimiento”.

38. Desde el punto de vista textual, caben otras interpretaciones del artículo 53. Es posible, desde una perspectiva textual, interpretar que la norma es “aceptada y reconocida” en lo que se refiere al “derecho internacional general” y no a la imposibilidad de acuerdo en contrario. Desde esta perspectiva, el artículo 53 incluiría tres criterios, a saber: a) una norma de derecho internacional general reconocida (como tal) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; b)

(*ius cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena de 1969), es decir, toda norma ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario’). Si bien no es producto de la Comisión, véase además el informe del Grupo de Estudio, A/CN.4/L.682, párr. 375 (“El punto de partida [para establecer los criterios] debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es ‘una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto’”).

⁸⁹ Véase también la declaración de Irlanda (A/C.6/71/SR.27, párr. 20). Véase, en especial, Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, (2013) 71 OR (3d) 675, párr. 86, donde el Tribunal, luego de determinar que el *ius cogens* es una forma superior de derecho internacional consuetudinario, aclara que los elementos del artículo 53 que se refieren a la imposibilidad de acuerdo en contrario están matizados por el elemento del reconocimiento y la aceptación (“Una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario o norma de *ius cogens* es una forma superior de derecho internacional consuetudinario. Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como norma que no admite acuerdo en contrario”). Véase también Erika de Wet, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en *Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 542 (“En esencia, esto implica que primero se reconoce que una norma específica es una norma de derecho internacional consuetudinario, y luego la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta además que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario”); véase también Jure Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, en *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Erika de Wet y Jure Vidmar, eds. (Oxford, Oxford Scholarship Online, 2011), pág. 25.

⁹⁰ Knuchel (nota 84 *supra*), págs. 49 a 136. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118), en la que señala que los dos criterios establecidos son, en primer lugar, una norma reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y, en segundo lugar, una norma que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*.

⁹¹ Véase también la declaración de Grecia en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968: Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 52ª sesión, párr. 19. (“El Sr. Evrigenis estima que el tercer elemento entraña un círculo vicioso, ya que el hecho de que una norma de *ius cogens* solo pueda ser modificada por una norma ‘que tenga el mismo carácter’ no puede constituir una de las condiciones que determinan el ‘carácter’ de la norma”).

una norma que no admite acuerdo en contrario; y c) una norma que solo puede ser modificada por otra norma de *ius cogens*. Además del hecho de que no hay nada en la práctica ni en la historia de la negociación del artículo 53 que la apoye, esta interpretación también plantearía una serie de dificultades. Para empezar, tornaría tautológico el primer criterio, ya que el “derecho internacional general” debe de por sí ser generalmente aceptado y reconocido por la comunidad internacional. En segundo lugar, así planteados, los criterios segundo y tercero no serían criterios sino más bien una consecuencia del *ius cogens* y una descripción de cómo se pueden modificar las normas de *ius cogens*, respectivamente.

39. Conforme a lo anterior, para que se pueda considerar que una norma tiene rango de *ius cogens* esta debe ser una norma de derecho internacional general y debe estar aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario. En el informe se examinarán cada uno de estos criterios por separado.

B. Primer criterio: norma de derecho internacional general

40. El primer criterio, a saber, que las normas de *ius cogens* son normas de derecho internacional general, se enuncia explícitamente en el artículo 53. Además, la idea de que el *ius cogens* se refiere a una “norma de derecho internacional general” se reitera varias veces en el comentario del proyecto de artículo 50 de los artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados⁹². Cabe señalar que en la Conferencia de Viena hubo muchas sugerencias de cambios en la redacción del texto propuesto por la Comisión, pero ninguna de ellas se refería al concepto de “norma de derecho internacional general”. Este concepto se daba por sentado y todos los delegados que hablaron sobre diversos aspectos del *ius cogens* lo definieron en esos términos⁹³. Además, en decisiones judiciales tanto internacionales como nacionales se ha adoptado sistemáticamente el enfoque de que las normas de *ius cogens* de derecho internacional surgen de normas de derecho internacional general⁹⁴. Knuchel plantea algo similar cuando señala que este primer criterio “se refiere al proceso por el cual se crea la norma y no al proceso por el que esta adquiere carácter imperativo”⁹⁵. Esto sugiere que el primer criterio supone que el surgimiento de las normas de *ius cogens* es un proceso que tiene dos etapas, a saber, la creación de una norma “ordinaria” de derecho internacional general y la “elevación” de esa norma al

⁹² Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 50 (nota 80 *supra*).

⁹³ Véanse, por ejemplo, las siguientes declaraciones en los *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 91 *supra*): en la 52ª sesión, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, párr. 3, Grecia, párr. 19, y Cuba, párr. 34; y en la 53ª sesión, Nigeria, párr. 48, Austria, párr. 42, y Uruguay, párr. 51.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., párr. 99 (“la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y ha alcanzado el carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”); *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., párr. 81 (“infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*ius cogens*)”); *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (6th Cir. 1988) (Estados Unidos de América), pág. 373 (“ciertas normas consuetudinarias de derecho internacional alcanzan un ‘rango superior’, por lo que son ‘reconocidas por la comunidad internacional de Estados como imperativas’”); y *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* [2014], *Supreme Court of Canada* 62, 3 SCR 176, pág. 209.

⁹⁵ Véase Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 49. Véase también Linderfalk (nota 86 *supra*), pág. 371 (“por ‘la creación de una norma de *ius cogens*’ me refiero no a la creación de una norma jurídica, sino a la elevación de una norma jurídica al rango de *ius cogens*”).

rango de *ius cogens*⁹⁶. La Comisión describe acertadamente este proceso en dos etapas en los comentarios de los artículos sobre la responsabilidad del Estado:

“Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino *también* que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.”⁹⁷

41. Por lo tanto, no se ha puesto en duda que el concepto de “norma de derecho internacional general” sea un criterio. Sobre lo que puede haber diferencias es respecto a lo que significa exactamente este criterio. El Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional establecido por la Comisión de Derecho Internacional observó que “no existe una definición aceptada de ‘derecho internacional general’”⁹⁸. No obstante, los elementos del concepto pueden deducirse de la práctica y de la doctrina. El propio Grupo de Estudio distingue, entre otras cosas, entre el derecho internacional general, por un lado, y la *lex specialis*⁹⁹ y el derecho convencional¹⁰⁰, respectivamente, por otro. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia parece confirmar la distinción entre el derecho internacional general, por un lado, y el derecho convencional y la *lex specialis*, por otro¹⁰¹. Sin embargo, esta distinción *podría* impedir que algunas normas, como las del derecho internacional humanitario, adquieran el carácter de *ius cogens*. En efecto, el fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*¹⁰², en el que se basó el Grupo de Estudio, ilustra este punto. En él, la Corte hizo referencia a las normas especiales establecidas entre las partes, Eslovaquia y Hungría, que eran distintas a las normas generalmente aplicables a la comunidad internacional de Estados.

42. Parecería por lo tanto que, en el contexto del artículo 53, el adjetivo “general” en la expresión “normas de derecho internacional general” se refiere al alcance de la aplicabilidad. Esta interpretación parece coincidir con el enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en fallos, opiniones consultivas y opiniones

⁹⁶ Raphaële Rivier, *Droit international public*, 2ª ed. (París, Presses Universitaires de France, 2013), pág. 566 (“Solo una disposición que ya se ha formalizado en el derecho positivo y está aceptada universalmente como norma jurídica puede alcanzar el rango de norma imperativa”).

⁹⁷ Párrafo 5 del comentario del artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (nota 88 *supra*).

⁹⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), cap. XII, secc. D.2, párr. 10, nota 976. El Grupo de Estudio señaló que el significado del término dependía del contexto.

⁹⁹ Véase A/CN.4/L.682, párr. 8 (“Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’ se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’, el ‘derecho del mar’, el ‘derecho europeo’ e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el ‘derecho de las inversiones’ o el ‘derecho internacional de los refugiados’, etc.”). Véanse también los párrs. 81 y 194.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 92. Cabe señalar que el Grupo de Estudio, en algunos sentidos, trata el derecho convencional como *lex specialis*.

¹⁰¹ *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. 274. Véase también *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 76, párr. 132.

¹⁰² *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (nota 101 *supra*), párr. 132, donde la Corte observó que las relaciones entre Eslovaquia y Hungría se regían, entre otras cosas, por “las normas del derecho internacional general” y, sobre todo, “por las normas aplicables del Tratado de 1977 en su calidad de *lex specialis*”.

individuales. Si bien en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte* la Corte no emplea la palabra “general” al distinguir entre “las normas de derecho internacional [que] pueden, por acuerdo, suspenderse en casos particulares o entre partes particulares” y las normas de *ius cogens* que no admiten acuerdo en contrario, la expresión “normas de derecho internacional general” se refiere al primer tipo de normas, que son las que se aplican generalmente entre los Estados, pero cuya aplicación puede ser suspendida por normas (más) específicas¹⁰³. Al distinguir entre “una norma u obligación puramente convencional [respecto a la que] la facultad de formular reservas unilaterales [se admita] dentro de ciertos límites” y las “normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario que [...] deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”¹⁰⁴, la Corte contextualizó la distinción entre derecho internacional general y *lex specialis* señalada por el Grupo de Estudio.

43. La manifestación más clara del derecho internacional general es el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁵. En efecto, muchos ven el derecho internacional consuetudinario como la base más común para la formación de las normas de *ius cogens*¹⁰⁶. Gérard Cahin, por ejemplo, observa que el derecho internacional consuetudinario es “la vía normal y común, si no exclusiva, de formación de las normas de *ius cogens*”¹⁰⁷. La fuerte relación que existe entre las normas de derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens* puede verse en las declaraciones formuladas por los Estados en la Asamblea General a lo largo de los años¹⁰⁸. La jurisprudencia tanto de tribunales nacionales como internacionales

¹⁰³ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., párr. 72.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 63.

¹⁰⁵ Antonio Cassese, “For an Enhanced Role of *ius cogens*”, en Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), pág. 164 (“La segunda cuestión supone preguntar qué medios debe emplear un tribunal internacional para determinar si una norma o principio general de derecho internacional ha adquirido el carácter de norma imperativa. Lógicamente, esto presupone la existencia de dicha norma o principio consuetudinario” (en cursiva en el original). Véase también Erika de Wet (nota 89 *supra*), pág. 542.

¹⁰⁶ Para el debate, véase Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 86.

¹⁰⁷ Gérard Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, en *Revue générale de droit international public*, núm. 52 (Pédone, 2001), pág. 615. Véase también Raphaële Rivier, *Droit international public* (nota 96 *supra*), pág. 566 (“El derecho internacional consuetudinario ocupa pues una posición preeminente en la creación de normas que servirán de base para el derecho imperativo”). Véase, además, Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág. 199 (“una clase especial de *normas generales* creadas por la costumbre ha sido dotada de una *fuerza jurídica particular*: son de naturaleza imperativa y constituyen lo que se conoce como *ius cogens*”). Véase, además, João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Zúrich, Schulthess, 2016), pág. 115 (“Como fuente más probable del derecho internacional general, las normas consuetudinarias constituirían *ipso facto* e *ipso iure* una fuente privilegiada de normas de *ius cogens*”). Para una opinión contraria, véase Mark Janis, “The nature of *ius cogens*”, en *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2 (1988), pág. 361.

¹⁰⁸ Véase la declaración del Pakistán en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, *A/C.6/34/SR.22*, párr. 8 (“El principio de prohibición del uso de la fuerza, y su corolario, tienen carácter de *ius cogens* no solo en virtud del Artículo 103 de la Carta, sino también porque se han convertido en normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas por la comunidad internacional”). Véanse también las declaraciones del Reino Unido (*A/C.6/34/SR.61*, párr. 46) y Jamaica (*A/C.6/42/SR.29*, párr. 3: “El derecho de los pueblos a la libre determinación y la independencia es un derecho consagrado en el derecho internacional consuetudinario, y tal vez incluso una norma [imperativa] de derecho internacional general”). Véase también la declaración escrita de Jordania en relación con la solicitud de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, 30 de enero de 2004 (www.icj-cij.org/docket/files/131/1559.pdf), párrs. 5.42 a 5.45.

también apoya la idea de que las normas de *ius cogens* están constituidas por normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que la prohibición de la tortura “forma parte del derecho internacional consuetudinario” y que “se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*)”¹⁰⁹. Del mismo modo, la afirmación de la Corte de que “un gran número de normas del derecho humanitario” constituyen “principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario” confirma la idea de que las normas de *ius cogens* (que la Corte califica de “principios intransgredibles”) tienen una base consuetudinaria¹¹⁰.

44. En decisiones de otros tribunales internacionales se confirma la relación entre el derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que la prohibición de la tortura es “una norma de derecho internacional consuetudinario” y que “constituye además una norma de *ius cogens*”¹¹¹. En la causa *Furundžija*, el Tribunal describe las normas de *ius cogens* como normas que “en la jerarquía del derecho internacional están por encima del derecho convencional e incluso de las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”¹¹². En esta cita el Tribunal parece distinguir entre las normas “ordinarias” de derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens* como forma particular de derecho internacional consuetudinario. Del mismo modo, en la causa *Jelisić* el Tribunal declaró que “no puede haber absolutamente ninguna duda” de que la prohibición del genocidio enunciada en la Convención contra el Genocidio es “parte del derecho internacional consuetudinario” y está ahora “en la categoría de *ius cogens*”¹¹³.

45. Distintos tribunales nacionales han citado también el derecho internacional consuetudinario como fuente de muchas normas de *ius cogens*. En la causa *Siderman de Blake*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos definió las normas de *ius cogens* como “un subconjunto de élite de las normas reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario”¹¹⁴. El Tribunal también observó que, a diferencia de las normas ordinarias de derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens* “comprende las normas consuetudinarias que se consideran vinculantes para todas las naciones”¹¹⁵. En la causa *Buell*, el Tribunal de

¹⁰⁹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 94 *supra*), párr. 99. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 72 *supra*), párr. 190.

¹¹⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva (nota 83 *supra*), párr. 79. Véase también *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (nota 42 *supra*), pág. 161. Véase asimismo la opinión separada del Magistrado Simma en *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo de 6 de noviembre de 2003 (www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf), párr. 6 (“Es de lamentar que la Corte no haya tenido el coraje de volver a enunciar, y consiguientemente de confirmar, con mayor firmeza los principios fundamentales del derecho de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario (principios que en mi opinión tienen naturaleza de *ius cogens*) relativos al uso de la fuerza, o más bien la prohibición del uso de fuerza armada”).

¹¹¹ *Prosecutor v. Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, Sala de Primera Instancia, fallo de 16 de noviembre de 1998, párr. 454.

¹¹² *Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 153.

¹¹³ *Prosecutor v. Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, Sala de Primera Instancia, fallo de 14 de diciembre 1999, párr. 60.

¹¹⁴ *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 48 *supra*), pág. 715, donde se cita la causa *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), pág. 940.

¹¹⁵ *Ibid.* Este contraste entre las normas “ordinarias” de derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* (que sugiere que las normas de *ius cogens* constituyen normas extraordinarias de derecho internacional consuetudinario) se basa muchas veces en la decisión del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 153, donde se establece una distinción similar. Varios tribunales han mencionado y hecho suya esta distinción

Apelaciones de los Estados Unidos también observó, con respecto al *ius cogens*, que algunas normas consuetudinarias de derecho internacional alcanzan un “rango superior”, a saber, el de *ius cogens*¹¹⁶. En la causa *Kazemi Estate*, la Corte Suprema del Canadá describió las normas de *ius cogens* como una “forma superior de derecho internacional consuetudinario”¹¹⁷.

46. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina también ha reconocido que las normas de *ius cogens* relativas a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad surgen de normas de derecho internacional consuetudinario ya en vigor¹¹⁸. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú afirmó que las normas de *ius cogens* se refieren a “normas internacionales consuetudinarias [...] bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*”¹¹⁹. En la causa *Bayan Muna*, Filipinas definió el *ius cogens* como “la categoría de mayor jerarquía entre todas las demás normas y principios consuetudinarios”¹²⁰. Asimismo, el Tribunal Superior de Kenya, en la causa *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. The Attorney-General and Others*, determinó que el “deber de enjuiciar los delitos internacionales” es tanto una norma de derecho internacional consuetudinario como una norma de *ius cogens*¹²¹. El Tribunal de Apelaciones de Kenya observó que, aunque Kenya no había ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹²², tenía “de todos modos la obligación de prohibir la tortura en su territorio en virtud del derecho internacional consuetudinario”, que, según el Tribunal, es un principio de *ius cogens* y una norma imperativa de derecho internacional¹²³. Los tribunales italianos también han reconocido que las normas de *ius cogens* surgen de las normas de derecho internacional consuetudinario¹²⁴.

47. En virtud de lo expuesto, cabe concluir que las normas de derecho internacional consuetudinario son normas de derecho internacional general a efectos de los criterios relativos al *ius cogens* enunciados en el artículo 53 de la Convención de Viena.

48. Otra fuente general de derecho internacional son los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (en adelante, los “principios generales del derecho”) enunciado en el Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte

en sus decisiones, incluidos tribunales del Reino Unido. Véase, por ejemplo, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet* (nota 67 *supra*), pág. 198. Véase también *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (nota 50 *supra*), párr. 101.

¹¹⁶ *Buell v. Mitchell* (nota 94 *supra*), pág. 373.

¹¹⁷ Véase *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* (nota 94 *supra*), párr. 151. Véase también *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 2013 ONCA 30, 114 OR (3d) 206, párr. 30 (“Las normas imperativas de derecho internacional, o *ius cogens*, son formas superiores de derecho internacional consuetudinario que no admiten acuerdo en contrario”); y *Bouzari* (nota 89 *supra*), párr. 86 (“Una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario o norma de *ius cogens* es una forma superior de derecho internacional consuetudinario”).

¹¹⁸ Véase *Arancibia Clavel* (nota 53 *supra*), párr. 28.

¹¹⁹ Exp. núm. 0024-2010-PI/TC (nota 51 *supra*), párr. 53.

¹²⁰ *Bayan Muna* (nota 52 *supra*).

¹²¹ *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, Tribunal Superior de Kenya, fallo de 28 de noviembre de 2011, [2011] eKLR, párr. 14.

¹²² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841.

¹²³ *Koigi Wamwere v. The Attorney-General*, Tribunal de Apelaciones de Kenya, fallo de 6 de marzo de 2015, [2015] eKLR, párr. 6.

¹²⁴ *Germany v. Milde (Max Josef)*, fallo en apelación de 13 de enero de 2009, Primera Sección Penal, causa núm. 1072/2009, ILDC 1224 (IT 2009), párr. 6 (“las normas consuetudinarias que protegen derechos humanos inviolables no admiten acuerdo en contrario porque pertenecen al derecho internacional imperativo o *ius cogens*”).

Internacional de Justicia¹²⁵. Los principios generales del derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general. A diferencia del derecho convencional, el alcance de los principios generales del derecho no se limita a las partes específicas en el tratado. No obstante, si bien existen amplios fundamentos en la práctica para sostener que las normas de derecho internacional consuetudinario son fuente de normas de *ius cogens*, hay muchos menos fundamentos para sostener que los principios generales del derecho también constituyen una fuente de normas de *ius cogens*.

49. Hay, no obstante, suficientes fundamentos en la doctrina¹²⁶. Además, está claro que cuando la Comisión determinó que las normas de *ius cogens* eran “normas de derecho internacional general”, dentro de la expresión “derecho internacional general” incluyó también los principios generales del derecho. La primera vez que se examinó la noción de nulidad de un tratado por ser contrario a una norma general de derecho internacional fue en el primer informe de Sir Hersch Lauterpacht (el cuarto informe en total) sobre el derecho de los tratados¹²⁷. En el comentario del proyecto de artículo 15 sobre el derecho de los tratados, Lauterpacht consideró que las normas de *ius cogens* “constituyen principios de política pública internacional” y “forman parte de los principios de derecho que son generalmente reconocidos por las naciones civilizadas” (principios generales del derecho)¹²⁸. Los miembros de la Comisión también han aceptado en general que los principios generales del derecho pueden ser fuente de normas de *ius cogens*¹²⁹.

¹²⁵ El Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la Corte deberá aplicar “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

¹²⁶ Véanse, por ejemplo, Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 52 (“los principios generales [del derecho] pueden elevarse al rango de *ius cogens* si la comunidad internacional de Estados los reconoce y acepta como tales”); Shelton (nota 86 *supra*), párrs. 30 a 34; y Antônio Augusto Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case law”, en *XXXV Curso de Derecho Internacional* (Río de Janeiro, Brasil, 2008), pág. 27. Véase también Weatherall (nota 87 *supra*), pág. 133; y Thomas Kleinlein, “*Jus Cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, en Maarten den Heijer y Harmen van der Wilt, eds., en *Netherlands Yearbook of International Law 2015* (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2015), pág. 195 (“una norma imperativa debe pasar primero a ser una norma de derecho internacional general, esto es, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho con arreglo al Artículo 38 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”). Véase también William E. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3 (2012), pág. 840; Omar M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 1 (2012), pág. 60; Andrea Bianchi, “Human rights and the magic of *Jus Cogens*”, en *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3 (2008), pág. 493 (“La posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas pueden surgir únicamente del derecho consuetudinario”); Rafael Nieto-Navia, “International peremptory norms (*Jus Cogens*) and international humanitarian law”, en Lal Chand Vorah y otros, eds., *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (La Haya, 2003), págs. 613 a 615 (“Puede afirmarse en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales [...] y ii) principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”); Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Nueva York, Oxford University Press, 2006), pág. 126; y Elizabeth Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *Jus Cogens* norms”, en *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, pág. 214 (“el *ius cogens* emana del derecho consuetudinario y los principios generales del derecho internacional”).

¹²⁷ Informe sobre el derecho de los tratados presentado por Sir Hersch Lauterpacht, Relator Especial, A/CN.4/63, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1953*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 59.V.4, Vol. II).

¹²⁸ *Ibid.*, párrafo 4 del comentario del artículo 15.

¹²⁹ Véanse, por ejemplo, la declaración del Sr. de Luna, donde cita a Lord McNair, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I (primera parte) (publicación de las Naciones

50. Se ha sostenido que las delegaciones en la Conferencia de Viena no creían que los principios generales del derecho podían ser fuente de normas de *ius cogens*¹³⁰. Esta afirmación parece estar basada en la opinión de que una enmienda al texto de la Comisión propuesta por los Estados Unidos fue rechazada porque algunos Estados interpretaban que “sugería que podían surgir normas imperativas de la tercera fuente de derecho internacional”, a saber, los principios generales¹³¹. Sin embargo, parece que no era ese el objetivo de la propuesta¹³². La intención no parece haber sido introducir una nueva fuente de *ius cogens*, sino un requisito adicional, a saber, que la norma, además de ser una norma de derecho internacional general, debía estar reconocida por los sistemas jurídicos nacionales y regionales¹³³. Más concretamente, los Estados rechazaron en general la propuesta de los Estados Unidos por temor a que creara requisitos adicionales y, por lo tanto, supusiera una mayor carga para el establecimiento de normas de *ius cogens*. Por ejemplo, en su declaración Cuba manifestó que se oponía a la enmienda propuesta por los Estados Unidos porque significaría “subordinar las normas de *ius cogens* de derecho internacional a los ‘sistemas nacionales y regionales’” y que “cualquier Estado [podría] exceptuarse de la aplicación de la norma de *ius cogens* invocando su legislación interna”¹³⁴. Polonia se opuso también a la propuesta de los Estados Unidos con el argumento de que parecía sugerir la supremacía de los sistemas nacionales y regionales sobre el orden jurídico internacional¹³⁵. Incluso los Estados que la apoyaron no consideraron en general que la propuesta se refería a los principios generales del derecho, sino que la vieron como una confirmación del reconocimiento y la aceptación del carácter de *ius cogens* de la norma¹³⁶. Por otra parte, incluso aquellos Estados que sí interpretaron que la propuesta de enmienda se refería a (o al menos estaba relacionada con) los principios generales del derecho no se opusieron a ella por ese motivo. El Uruguay, por ejemplo, se opuso a la propuesta de enmienda porque se podía interpretar que atribuía carácter de *ius cogens* a todos los principios generales del derecho¹³⁷. En otras palabras, la declaración del Uruguay no excluía la posibilidad de que algunos principios generales del derecho pudieran alcanzar el rango de *ius cogens*.

Unidas, núm. de venta: 67.V.1), actas resumidas, 828ª sesión, párr. 31; y las declaraciones del Sr. Tunkin (actas resumidas, 684ª sesión, párr. 21) y del Sr. Gros (actas resumidas, 682ª sesión, párr. 70) en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 63.V.1, Vol. I).

¹³⁰ Knuchel (nota 84 *supra*), párr. 44 (“Los representantes de los Estados no parecen haber considerado los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas que se mencionan en el Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como posible norma de *ius cogens*”).

¹³¹ *Ibid.*, párr. 45.

¹³² La propuesta de los Estados Unidos, que figura en el documento [A/CONF.39/C.1/L.302](#), recogido en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.70.V.5), pág. 186, decía lo siguiente: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, admitida en común por los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo y que no admita acuerdo en contrario”.

¹³³ Véase la declaración de los Estados Unidos en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968: Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 52ª sesión, párr. 17.

¹³⁴ Véase la declaración de Cuba, *ibid.*, párr. 38.

¹³⁵ Véase la declaración de Polonia, *ibid.*, 53ª sesión, párr. 41.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, la declaración de Colombia, *ibid.*, párr. 30.

¹³⁷ Véase la declaración del Uruguay, *ibid.*, párr. 51. Véase, sin embargo, la declaración de Trinidad y Tabago, *ibid.*, 56ª sesión, párr. 64.

51. El hecho de que en la práctica existan muy pocos casos en los que se haya sostenido que los principios generales eran la fuente de una norma de *ius cogens* no justifica la conclusión de que las normas de *ius cogens* no pueden basarse en los principios generales¹³⁸. Claramente, al hacer referencia al “derecho internacional general” en el texto del artículo 53 se intentó dar a entender que los principios generales del derecho pueden ser la base de normas de *ius cogens*. Como señala Knuchel, los principios generales en el sentido del Artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia constituyen “una fuente generadora de derecho internacional” y, como tal, “pueden elevarse a la categoría de *ius cogens*” si cumplen los demás criterios para alcanzar esa categoría¹³⁹. Los principios generales del derecho, una vez aceptados como tales, crean derechos y obligaciones generales para los Estados en virtud del derecho internacional y pueden, por lo tanto, ser considerados normas de derecho internacional general. La propia Comisión, en el contexto de las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, examinó la función que cumple el artículo 31 3) c) de la Convención de Viena en la integración sistémica. Como se recordará, dicho artículo establece que, para la interpretación de los tratados, debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”¹⁴⁰. En sus conclusiones, y en relación con la interpretación de un tratado conforme al artículo 31 3) c), la Comisión distingue entre la aplicación del derecho convencional, por un lado, y del derecho internacional general, por el otro¹⁴¹. Este último, según la Comisión, consiste en el “derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho”¹⁴².

52. La expresión “derecho internacional general” abarca, por lo tanto, además del derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho.

53. Se ha planteado la cuestión de si el derecho convencional, aunque no sea en principio “derecho internacional general”, podría ser considerado como tal a los efectos del artículo 53 de la Convención de Viena. A primera vista, el artículo 53 de la Convención de Viena no se aplica al derecho convencional. Como se señaló anteriormente, en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, la Comisión distinguió entre el derecho convencional y el derecho internacional general a los efectos de lo que llamó la integración sistémica¹⁴³. Esto podría indicar que el derecho convencional no puede ser considerado derecho internacional general.

54. Grigory Tunkin ha sugerido que el derecho convencional sí puede constituir derecho internacional general¹⁴⁴. Por otra parte, parecería que durante la Conferencia

¹³⁸ Si bien no hay tantos casos en la práctica como los hay con respecto al derecho internacional consuetudinario, ha habido cierto reconocimiento de los principios generales del derecho. Véase, por ejemplo, *Jelisić* (nota 113 *supra*), párr. 60, donde el Tribunal señaló que la Corte Internacional de Justicia, tras observar que la prohibición del genocidio era una norma de *ius cogens*, afirmó que los principios en los que se basaba dicha prohibición eran principios “reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 120: “Los principios generales del derecho a los que remite el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son el mejor fundamento normativo de las normas de *ius cogens*”).

¹³⁹ Véase Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 52.

¹⁴⁰ Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 57 *supra*), párr. 17.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrs. 20 (en referencia al derecho internacional general) y 21 (derecho convencional).

¹⁴² *Ibid.*, párr. 20.

¹⁴³ *Ibid.*, párrs. 19 a 21. Véase también el informe del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.682), párr. 77.

¹⁴⁴ Grigory Tunkin, “Is general international law customary law only?”, en *European Journal of International Law*, vol. 4, en especial pág. 541 (“Creo que los expertos en derecho internacional deberían aceptar que el derecho internacional general comprende ahora normas de derecho

de Viena algunas delegaciones opinaron que los tratados podían ser fuente de normas de *ius cogens*. Quizás la declaración en la que se reconoció más claramente que el derecho convencional formaba parte del derecho internacional general fue la de Polonia, que afirmó lo siguiente:

“La forma y la fuente de esas normas no son esenciales para determinar su carácter imperativo. Unas son convencionales y otras consuetudinarias. Unas nacieron como costumbre y fueron luego codificadas en convenciones multilaterales. Otras, en cambio, nacieron de convenciones y solo después pasaron al derecho consuetudinario.”¹⁴⁵

55. La opinión más extendida, sin embargo, es que las normas convencionales, como tales, no generan normas de derecho internacional general que puedan llegar a adquirir el rango de *ius cogens*¹⁴⁶. El texto del artículo 53, en el que se basa nuestro examen del *ius cogens*, describe las normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general, que difieren de las normas convencionales, las cuales solo se aplican a las partes en el tratado. En su comentario del proyecto de artículo 50, la Comisión distingue claramente entre las “normas de derecho internacional general” y el derecho convencional. En el comentario se distinguen, por ejemplo, “las normas generales del derecho internacional” de las normas convencionales, mediante las cuales los Estados pueden prescindir de “las normas generales del derecho internacional”¹⁴⁷. En el párrafo 4 del comentario se señala que una “modificación de una norma de *ius cogens* probablemente habría de hacerse ahora mediante un tratado multilateral general”¹⁴⁸. Esta afirmación podría interpretarse como un

internacional tanto consuetudinarias como convencionales”). Véase, específicamente en el contexto del *ius cogens*, Grigory I. Tunkin, “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”, en *Toledo Law Review*, vol. 3 (1971), pág. 116 (los principios de *ius cogens* son “normas que han sido aceptadas ya sea expresamente por un tratado o tácitamente por la costumbre [...] Muchas normas de derecho internacional general son creadas a la vez por los tratados y por la costumbre”). Véase también Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 50 (“El derecho internacional contemporáneo comprende, en palabras de la [Corte Internacional de Justicia], ‘instrumentos de carácter universal o cuasiuniversal’, y nada impide que futuras convenciones creen normas universalmente vinculantes que podrían elevarse al rango de *ius cogens*”). Véase también Nieto-Navia (nota 126 *supra*), pág. 613 (“Puede afirmarse en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales [...] y ii) principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”).

¹⁴⁵ Véase la declaración de Polonia en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968: Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 53ª sesión, párr. 34. Véase también la declaración de Trinidad y Tabago en la 56ª sesión, párr. 63 (“Los tratados multilaterales generales, como la Carta de las Naciones Unidas, pueden ser también una fuente de normas que tengan carácter de *ius cogens*”).

¹⁴⁶ Véanse Weatherall (nota 87 *supra*), págs. 125 y 126; y Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing, 1988), pág. 92. Véase también Bianchi (nota 126 *supra*), pág. 493; y Evan Criddle y Evan Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, pág. 341. Véase además Alexander Orakhelashvili (nota 126 *supra*), pág. 113 (“La tendencia de los académicos a hacer hincapié en la costumbre parece surgir del reconocimiento general de que los tratados son inadecuados para crear normas imperativas”); y Ulf Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 5, pág. 860.

¹⁴⁷ Párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 80 *supra*). La Comisión afirmó además que no “sería correcto decir que una disposición de un tratado tiene carácter de *ius cogens* únicamente porque las partes hayan estipulado excluir toda excepción a dicha disposición”.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 4.

reconocimiento por la Comisión de que las normas convencionales pueden ser fuente de *ius cogens*. Sin embargo, en la oración siguiente la Comisión aclara que tales tratados multilaterales quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo¹⁴⁹. La Comisión agregó la expresión “norma de derecho internacional general” para indicar que se excluía el derecho convencional multilateral, con lo que sugiere una clara distinción entre las normas convencionales y las normas de derecho internacional general¹⁵⁰.

56. El hecho de que las normas convencionales no constituyan, como tales, normas de derecho internacional general no significa que los tratados no sean pertinentes para el derecho internacional general y la determinación del *ius cogens*. La relación entre el derecho internacional general (en particular, el derecho internacional consuetudinario) y el derecho convencional se describió en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*¹⁵¹. En esas causas, la Corte observó que una norma convencional puede codificar (o ser declaratoria de) una norma de derecho internacional general existente¹⁵², o la adopción de una norma convencional puede ayudar a cristalizar una norma incipiente de derecho internacional general¹⁵³, o que una norma convencional puede, luego de adoptada, llegar a reflejar una norma general sobre la base de la práctica ulterior¹⁵⁴. Quizás el mejor ejemplo de que un tratado puede enunciar una norma de derecho internacional general que cumple los criterios relativos al *ius cogens* es lo que la Comisión denominó “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza”¹⁵⁵. Si bien la norma básica está contenida en un tratado (la Carta de las Naciones Unidas), es también una norma de derecho internacional general, en forma de derecho internacional consuetudinario.

57. En la práctica judicial se ha reflejado de manera similar el papel de las normas convencionales en la determinación de normas de *ius cogens*. Un ejemplo destacado de ello es la causa *Bélgica c. Senegal*, en la cual la Corte Internacional de Justicia basó su conclusión de que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* en el carácter consuetudinario de esa prohibición y no en su carácter

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *North Sea Continental Shelf* (nota 103 *supra*). Véase también el proyecto de conclusión 11 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/71/10, cap. V, secc. C).

¹⁵² *North Sea Continental Shelf* (nota 103 *supra*), párr. 61.

¹⁵³ *Ibid.*, párrs. 61 a 69.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 70 a 74. Véase también *Federal Republic of Germany v. Margellos and Others*, Tribunal Supremo Especial, recurso de casación, causa núm. 6/2002, sentencia de 17 de septiembre de 2002, párr. 14 (“las disposiciones contenidas en el [...] Reglamento de La Haya que figura como anexo de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 se han convertido en normas consuetudinarias de derecho internacional (*ius cogens*)”).

¹⁵⁵ Véase el párrafo 1 del comentario del proyecto de artículo 50 (nota 80 *supra*). Esta redacción también se repite en la causa *Military and Paramilitary Activities* (nota 72 *supra*), pág. 190. Véase también Alfred Verdross, “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, en *American Journal of International Law*, vol. 60, pág. 59; Jochen A. Frowein, “*Ius cogens*”, en Rudiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, edición en línea (2012); y Jordan Paust, “The reality of *jus cogens*”, en *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, págs. 82 y 83 (“El *ius cogens* es una forma de derecho internacional consuetudinario. Puede estar reflejado también en tratados, pero, como norma consuetudinaria, su nacimiento, crecimiento, evolución y muerte dependen de los patrones de expectativas y comportamiento que son reconocibles generalmente como parte intrínseca del actual proceso social”). Véase también la declaración del Sr. Ago, actas resumidas, 828ª sesión, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I (primera parte) (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 67.V.1), párr. 15 (“Incluso si la norma de *ius cogens* proviene de un tratado, no es este el que le da su carácter; es que aun cuando se derive del tratado [...] es ya una norma de derecho internacional general”).

convencional¹⁵⁶. Las decisiones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia relativas a la tortura y al genocidio han sido particularmente reveladoras al respecto. En la causa *Furundžija*, tras reconocer que la tortura está prohibida por tratados de derechos humanos¹⁵⁷, el Tribunal procede a determinar el carácter de *ius cogens* de la prohibición sobre la base del derecho internacional consuetudinario¹⁵⁸. Este enfoque se ve más claramente en la causa *Fiscalía c. Tolimir*, donde el Tribunal, luego de haber reconocido que el genocidio está prohibido por la Convención contra el Genocidio, determina que la prohibición tiene carácter de *ius cogens* no por el hecho de ser una norma convencional, sino por ser una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁵⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha determinado que la prohibición establecida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es una norma de *ius cogens* sobre la base de su carácter consuetudinario¹⁶⁰.

58. Esta tendencia a determinar la existencia de una norma de *ius cogens* sobre la base del derecho internacional consuetudinario cuando la norma en cuestión existe también en el derecho convencional es notoria asimismo en la práctica de los Estados, incluso en decisiones nacionales. En la causa *Siderman*, por ejemplo, y aunque la tortura está prohibida por la Convención contra la Tortura, el Tribunal describe el *ius cogens* como “un subconjunto de élite de las normas reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario”¹⁶¹. La idea de que las normas convencionales, aunque ellas mismas no constituyan normas de derecho internacional general, pueden reflejar o enunciar tales normas, que pueden entonces alcanzar el rango de *ius cogens*, también está reflejada en la doctrina¹⁶². El enfoque

¹⁵⁶ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (nota 94 *supra*), párr. 99.

¹⁵⁷ *Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 144.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 153.

¹⁵⁹ *Prosecutor v. Tolimir*, causa núm. IT-05-88/2-T, Sala de Primera Instancia II, fallo de 12 de diciembre de 2012, párr. 733 (“Está ampliamente aceptado que estas disposiciones de la Convención contra el Genocidio son normas de derecho internacional consuetudinario que alcanzaron el rango de *ius cogens*”). Véase también *Jelisić* (nota 113 *supra*), párr. 60. Véase además *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, causa núm. IT-95-5/18-T, fallo de 24 de marzo de 2016, párr. 539.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, voto razonado concurrente del Juez *ad hoc* Ramón Cadena Rámila (“En la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, la prohibición establecida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario e, inclusive, del dominio del *ius cogens*”).

¹⁶¹ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (nota 48 *supra*), párr. 715. Para otros ejemplos donde el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura se fundamenta en el hecho de que es una norma de derecho internacional consuetudinario y no en el hecho de que es una norma de derecho convencional, véanse los siguientes, entre muchos otros: *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate (Pinochet)* (nota 67 *supra*); *Al-Adsani v. United Kingdom* (nota 45 *supra*), párr. 30; y *Kazemi v. Islamic Republic of Iran* (nota 50 *supra*), párrs. 151 y 152.

¹⁶² Weatherall (nota 87 *supra*), pág. 125 (“El derecho convencional es representativo del *ius dispositivum*, al que se yuxtapone el *ius cogens*, y, sea cual sea el papel que pueden desempeñar los tratados en la cristalización de normas imperativas, no son en sí mismos fuente formal de esas normas”). Véase también Alexander Orakhelashvili, “Audience and authority – the merit of the doctrine of *ius cogens*”, en *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, pág. 124 (“Este dilema analítico se resolvió en la causa *Nicaragua* hace tres décadas [...] La Corte Internacional de Justicia decidió hablar de normas consuetudinarias establecidas mediante la expresión concertada y colectiva de decenas, incluso cientos, de posiciones de los Estados, manifestadas mediante su participación en [entre otras cosas] los tratados multilaterales”); y Criddle y Fox-Decent (nota 146 *supra*), pág. 341. Véase también Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (Nueva York, Cambridge University Press, 2009), págs. 401 y 402, donde sugiere que la idea de que el principio de no retroactividad de los delitos y el castigo es una norma de *ius cogens* (o al menos una norma

que se señala en el presente informe también está respaldado por conclusiones de órganos internacionales de vigilancia no judiciales que se refieren, entre otras cosas, a la práctica nacional. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, por ejemplo, concluyó que la prohibición de todas las formas de privación arbitraria de la libertad constituía a la vez “derecho internacional consuetudinario y una norma imperativa (*ius cogens*)”, pero también concluyó que la prohibición de detención arbitraria “aparece en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal y se ha introducido en el derecho interno de casi todos los Estados”, y que “la detención arbitraria se denuncia periódicamente en los foros nacionales e internacionales”¹⁶³. En la causa *Belhaj and another v. Straw and others* ante el Tribunal Supremo del Reino Unido, Lord Sumption (con quien estuvo de acuerdo Lord Hughes) hizo suya la conclusión del Grupo de Trabajo de que dicha norma tenía rango de *ius cogens*¹⁶⁴ e invocó los principios enunciados en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para señalar que existía un consenso casi total sobre un núcleo irreductible de la obligación internacional según el cual “la detención es ilegal si no tiene ningún fundamento jurídico o no admite el recurso a los tribunales”¹⁶⁵.

59. Por lo tanto, si bien las disposiciones de los tratados no constituyen, en sí, normas de derecho internacional general capaces de ser fuente de normas de *ius cogens*, pueden reflejar normas de derecho internacional general que pueden alcanzar el rango de *ius cogens*.

C. Segundo criterio: reconocimiento y aceptación

60. En el primer informe sobre el tema del *ius cogens*, el Relator Especial señaló que la mayoría de las normas del derecho internacional entraban en la categoría de *ius dispositivum* y podían ser modificadas, derogadas e incluso abrogadas por actos consensuales de los Estados¹⁶⁶. Esto se aplica no solo a las normas convencionales, sino también a las normas de derecho internacional general. Si bien la Comisión no estaba en condiciones de aprobar un texto en el que se reconociera expresamente la distinción entre *ius dispositivum* y *ius cogens*, el Relator Especial considera que se trata de una importante distinción conceptual generalmente aceptada en la práctica y la doctrina¹⁶⁷, que cabe esperar que vuelva a ser considerada por la Comisión. Ahora

incipiente de *ius cogens*), además de una norma de derecho internacional consuetudinario, ha sido reconocida en reiteradas ocasiones en “la casi totalidad del derecho convencional”, adoptada “como cuestión de derecho interno por muchos Estados” y no encuentra ninguna “oposición [...] en los tiempos modernos”.

¹⁶³ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria relativo al derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un tribunal (A/HRC/30/37), párr. 11.

¹⁶⁴ *Belhaj and Another v. Straw and Others*, [2017] UKSC 3, sentencia de 17 de enero de 2017, párr. 271.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 270 (“El consenso sobre este punto se refleja en los términos del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que] a la fecha ha sido ratificado por 167 Estados [...]. Malasia es uno de los pocos Estados que no son partes, pero ha declarado que se adhiere a sus principios”).

¹⁶⁶ A/CN.4/693, párrs. 64 y 65.

¹⁶⁷ Véase *North Sea Continental Shelf* (nota 103 *supra*), párr. 72 (“Sin intentar adentrarse, y menos aún pronunciarse, sobre cualquier cuestión del *ius cogens*, es bien sabido que, en la práctica, las normas del derecho internacional pueden, mediante acuerdo, dejarse de lado en casos determinados, o entre partes determinadas”); la opinión disidente del Magistrado Tanaka en *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, segunda fase, fallo, I.C.J. Reports 1966, págs. 6 y ss., en especial pág. 298 (“el *ius cogens*, recientemente examinado por la Comisión de Derecho Internacional, [es] un tipo de derecho imperativo que contrasta con el *ius dispositivum*, que puede ser modificado mediante acuerdo entre los Estados”); y la opinión separada del Magistrado Shahabuddeen en *Case Concerning Maritime*

bien, la distinción también es significativa porque sirve para confirmar que no todas las “normas de derecho internacional general” son normas de *ius cogens*. La mayoría de estas normas – normas de derecho internacional general – son normas de *ius dispositivum*. Las normas de derecho internacional general *pueden* convertirse en normas de *ius cogens*. Para que lleguen a ser normas de *ius cogens*, se deben cumplir los requisitos adicionales indicados en el artículo 53 de la Convención de Viena.

61. Antes de abordar los requisitos que se deben cumplir para que una norma de derecho internacional general adquiera la categoría de *ius cogens*, es necesario analizar una cuestión preliminar relativa a la secuencia. La estructura del artículo 53 (una norma de *ius cogens* es una norma de derecho internacional general que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario) sugiere que primero, tanto en lo que respecta a la formación de la norma como en cuanto a su identificación, debe haber una norma de derecho internacional general. Una vez que una norma cumple el requisito de ser una norma de derecho internacional general, el siguiente paso es demostrar que esa norma cumple el requisito de la aceptación y el reconocimiento. Supuestamente basado en la causa de *Nicaragua*, el análisis de Alexander Orakhelashvili parece indicar que el requisito de la “norma de derecho internacional general” puede demostrarse tras la determinación de que la norma en cuestión es una norma de *ius cogens*¹⁶⁸. Sin embargo, esta secuencia no se sostiene. Aparte de las diferencias de opinión en cuanto a si en la causa de *Nicaragua* se reconoció la prohibición del uso de la fuerza como *ius cogens*¹⁶⁹, no está claro cuál sería el objetivo de la determinación de la naturaleza consuetudinaria de una norma una vez que se ha establecido que es una norma de *ius cogens*.

62. Esto no significa que los tribunales *siempre* tengan que demostrar metódicamente la secuencia de su determinación de que una norma constituye una norma de *ius cogens*. Sin embargo, en la identificación de una norma como norma de *ius cogens* es importante conocer la estructura del artículo 53 y los requisitos consiguientes.

Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) (www.icj-cij.org/docket/files/78/6759.pdf), párr. 135 (“Los Estados tienen derecho en virtud de un acuerdo a suspender la aplicación de las normas de derecho internacional distintas del *ius cogens*”). Véase también la opinión separada del Magistrado ad hoc Torres Bernárdez en *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (www.icj-cij.org/docket/files/135/15891.pdf), párr. 43 (“Puesto que las normas establecidas en los artículos 7 a 12 del estatuto del río Uruguay no son normas imperativas (*ius cogens*), nada impide a las partes decidir de ‘común acuerdo’”). En cuanto a la doctrina, véase Verdross (nota 155 *supra*), pág. 60 (“Hubo claramente consenso en la Comisión en que la mayoría de las normas de derecho internacional general no tienen carácter de *ius cogens*”); Christian Tomuschat “The Security Council and *jus cogens*”, en Enzo Cannizzaro (compilador), *The Present and Future of Jus Cogens* (Roma, 2015), pág. 19 (“La mayoría de las normas de derecho internacional son normas de *ius dispositivum*”); Merlin M. Magallona, “The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties”, *Philippine Law Journal*, vol. 51, núm. 5, pág. 521 (“normas de *ius dispositivum* que se pueden derogar en virtud de contratos privados”); Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), pág. 5 (“por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva –*ius dispositivum*–, las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades”).

¹⁶⁸ Orakhelashvili (nota 126 *supra*), págs. 119 y 120 (“una vez que una norma forma parte del *ius cogens*, su carácter consuetudinario puede ser probado por criterios diferentes de los aplicables a otras normas”).

¹⁶⁹ Véase el primer informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/693), párr. 46. Véase, para el debate, James A. Green, “Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, núm. 2.

63. El artículo 53 establece que para que tenga la categoría de *ius cogens*, una norma de derecho internacional general debe ser 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”. Como se explicó anteriormente, este es un requisito compuesto. El requisito incluye la aceptación y el reconocimiento. Pero este requisito de “aceptación y reconocimiento” consta de otros elementos, a saber: a) “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” y b) “que no admite acuerdo en contrario”. Los elementos describen diferentes aspectos relativos a la aceptación y el reconocimiento a que se hace referencia en el artículo 53. Dichos elementos describen quién debe aceptar y reconocer y qué se debe aceptar y reconocer.

64. Como ya se ha comentado, no es necesario demostrar que la norma en cuestión es una norma “que no admite acuerdo en contrario” ni tampoco demostrar que la norma en cuestión “podrá modificarse únicamente mediante una norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Sin prejuzgar el contenido y las conclusiones de los informes futuros, lo primero es consecuencia de las normas de *ius cogens*, mientras que lo segundo describe la manera en que se pueden modificar las normas de *ius cogens*. A los efectos del presente informe, y en particular los criterios relativos al *ius cogens*, esos elementos indican lo que se debería demostrar como “aceptado y reconocido” por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

65. Como se señaló anteriormente, es la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” la que debe aceptar y reconocer el carácter de *ius cogens* de una norma. Cabe recordar que la propia Comisión, al aprobar el proyecto de artículo 50, no había incluido el elemento de reconocimiento y aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, señalando únicamente que una norma de *ius cogens* es una norma “que no admite acuerdo en contrario”¹⁷⁰. Sin embargo, incluso durante las deliberaciones de la Comisión, el vínculo entre las normas de *ius cogens* y la aceptación de la “comunidad internacional de Estados” había sido puesto de manifiesto por varios miembros de la Comisión¹⁷¹.

66. La propuesta de los Estados Unidos de América de modificar el texto de la Comisión (proyecto de artículo 50), de modo que las normas de *ius cogens* fueran definidas como normas admitidas “en común por los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo”¹⁷², se inspiraba supuestamente en el objetivo de garantizar que el carácter imperativo de la norma en cuestión estuviera “respaldado por la comunidad internacional en su conjunto”¹⁷³. Si bien la propuesta de los Estados Unidos fue rechazada, entre otros motivos, por el temor de que implicara la subordinación de las normas de *ius cogens* al derecho interno¹⁷⁴, la idea de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional fue ampliamente aceptada por la Conferencia de Viena. La propuesta de Finlandia, Grecia y España,

¹⁷⁰ Véase el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 80 *supra*).

¹⁷¹ Véase la declaración del Sr. Luna, nota 129 *supra*, párr. 34 (“[el *ius cogens*] es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional”).

¹⁷² Véase la nota 132.

¹⁷³ Véase la declaración de los Estados Unidos (nota 133 *supra*), párr. 17.

¹⁷⁴ Véase la declaración de Cuba en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 52ª sesión; declaración de Polonia, 53ª sesión, párr. 41; y declaración del Uruguay, 53ª sesión, párr. 51, en la que se sugirió que si bien la propuesta de los Estados Unidos tenía por objeto referirse al reconocimiento, la idea quizá no había sido “felizmente expresada”.

que fue más directa en ese punto, describía las normas de *ius cogens* simplemente como normas “reconocidas por la comunidad internacional” que no admitían acuerdo en contrario¹⁷⁵.

67. Fue la propuesta conjunta de Finlandia, Grecia y España la que utilizó la Conferencia de Viena para aprobar la formulación del artículo 53¹⁷⁶. El Comité de Redacción, por su parte, insertó la palabra “aceptada” en esa propuesta a fin de que la comunidad internacional “aceptara y reconociera” la inderogabilidad de esa norma concreta¹⁷⁷. Según el Presidente del Comité de Redacción, se actuó así porque en el texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia aparecían las palabras “reconocidas”, “reconocidos” y “aceptada”¹⁷⁸ (“reconocidas” y “reconocidos” se utilizaban en relación con las convenciones internacionales y los principios generales del derecho, respectivamente, mientras que “aceptada” se utilizaba en relación con la costumbre internacional). La expresión “en su conjunto” fue introducida por el Comité de Redacción para indicar que “ningún Estado en particular debe tener derecho de veto” con respecto al reconocimiento de una norma como norma de *ius cogens*¹⁷⁹. El Presidente del Comité de Redacción explicó que con la inserción de las palabras “en su conjunto” no se trataba de exigir que una norma fuera “aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime”, sino que bastaba “una gran mayoría muy amplia” en ese sentido¹⁸⁰. La expresión “en su conjunto” indica que no son los Estados individualmente, sino los Estados como un colectivo, los que tienen que aceptar y reconocer la inderogabilidad de la norma en cuestión. Incluso en el seno de la Comisión, parecía que algunos miembros consideraban que el *ius cogens* requería una aceptación colectiva¹⁸¹.

68. Lo que no se explica en los trabajos preparatorios es la manera en que el Comité de Redacción llegó a insertar la palabra “Estados” de modo que el texto final fuera “comunidad internacional de Estados en su conjunto”. En el seno de la Comisión, algunos miembros consideraban que la “comunidad internacional” se refería a la comunidad internacional de Estados, mientras que otros entendían que era algo más amplio que solo la comunidad de Estados¹⁸². Sin embargo, es evidente

¹⁷⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 132 *supra*), pág. 174. Véase también la declaración del Uruguay, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (nota 91 *supra*), 53ª sesión, párr. 52, en la que se indicó que la propuesta de Finlandia, Grecia y España reflejaba la intención que subyacía en la propuesta de los Estados Unidos.

¹⁷⁶ Véase la declaración del Sr. Yaseen, Presidente del Comité de Redacción, *ibid.*, 80ª sesión, párr. 4.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 12. Véase también de Wet y Vidmar (nota 89 *supra*), pág. 543 (“Este umbral para adquirir la condición imperativa es elevado, porque, aunque no exige el consenso entre todos los Estados [...], sí requiere la aceptación de una mayoría muy amplia de Estados”). Véase además Christófolo (nota 107 *supra*), pág. 125 (“[refleja] el consentimiento de una mayoría abrumadora de Estados. Ni un Estado ni un número muy pequeño de Estados pueden obstruir el proceso de formación de las normas imperativas”).

¹⁸¹ Véase la declaración del Sr. Luna (nota 129 *supra*), párr. 34, en la que indicó que el *ius cogens* “es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional”.

¹⁸² Como ejemplo de una interpretación más amplia de “comunidad internacional”, véase la declaración del Sr. Verdross en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966* (nota 129 *supra*), 828ª sesión, párr. 9 (“algunas normas de derecho internacional [...] se refieren a los intereses de la comunidad internacional, es decir, a los de toda la humanidad”). Véase un ejemplo de interpretación más restrictiva en la declaración del Sr. Luna (nota 129 *supra*), párr.

que, incluso sin la adición de las palabras “de Estados”, los delegados presentes en la Conferencia de Viena interpretaron que “comunidad internacional en su conjunto” significaba “comunidad internacional de Estados en su conjunto”¹⁸³. Los Estados Unidos, por ejemplo, al explicar el significado de su propuesta, se refirieron al reconocimiento de la “comunidad internacional en su conjunto” en el sentido de que los “distintos Estados y grupos de Estados” habían de poder intervenir en “la formulación del *ius cogens*”¹⁸⁴. Asimismo, Chipre, tras haber expresado la opinión de que el *ius cogens* tenía por objeto proteger los intereses de toda la comunidad internacional en su conjunto, subrayó que “los pequeños Estados tienen aún más interés que los grandes en que se adopte esta norma”¹⁸⁵.

69. Recientemente se ha suscitado la cuestión de si el texto del artículo 53 debe interpretarse *ahora* en el sentido de “comunidad internacional en su conjunto”, de modo que incluya a otras entidades distintas de los Estados, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales e incluso quizás particulares, en la creación de las normas de *ius cogens*. En su declaración durante el examen por parte de la Sexta Comisión del informe de la Comisión de Derecho Internacional, el Canadá, si bien subrayó la necesidad de que ninguna definición de *ius cogens* se apartara del artículo 53, indicó que “sería conveniente que la Comisión [...] ampliara la idea de la aceptación y el reconocimiento de una norma imperativa por parte de los Estados para incluir otras entidades, como las organizaciones internacionales y no gubernamentales”¹⁸⁶. De hecho, en el contexto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión consideró la posibilidad de utilizar la expresión “comunidad internacional en su conjunto”¹⁸⁷. Sin embargo, tras analizar la cuestión, la Comisión decidió que “en la situación actual del derecho internacional, incumbe a los Estados determinar o reconocer las normas imperativas”¹⁸⁸.

70. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, determinó el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura sobre la base de los instrumentos elaborados por los

34, en la que indicó que el *ius cogens* “es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional”.

¹⁸³ Para una interesante descripción del concepto de “comunidad internacional”, véase E.A. Karakulian, “The idea of the international community in the history of international law”, *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, vol. 2, núm. 1, especialmente pág. 590, en la que el autor afirma que la idea, en un principio, pretendía referirse a “ciertos elementos comunes de la especie humana”, pero gradualmente “adquirió un carácter interestatal y la presunta comunidad humana general se mantuvo en el marco de la erudición o la formación clásica, perdiendo su dimensión jurídica”.

¹⁸⁴ Véase la declaración de los Estados Unidos (nota 133 *supra*), párr. 17.

¹⁸⁵ Véase la declaración de Chipre, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 53ª sesión, párr. 67.

¹⁸⁶ [A/C.6/71/SR.27](#), párr. 9. Véase también la intervención del Sr. Petrič durante el debate de la Comisión sobre el *ius cogens* en 2016 ([A/CN.4/SR.3322](#), pág. 3: (“El orador suscribe el análisis y las conclusiones del Relator Especial por lo que respecta a la controversia sobre la función del consentimiento en la formación del *ius cogens* y agrega que el consentimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto remite *ipso facto* al consentimiento de la sociedad de personas, puesto que uno no podría ir sin el otro”).

¹⁸⁷ Véase el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, con comentarios, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1982*, vol. II, segunda parte (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.83.V.3 (Part II)).

¹⁸⁸ *Ibid.*

Estados¹⁸⁹. La Corte Penal Internacional también ha afirmado que el *ius cogens* requiere el reconocimiento por parte de los Estados¹⁹⁰. Los tribunales nacionales también han seguido vinculando el establecimiento de las normas de *ius cogens* con el reconocimiento por parte de los Estados¹⁹¹. Si bien en la práctica y la doctrina el *ius cogens* sigue estando vinculado a nociones relativas a la conciencia de la humanidad¹⁹², los materiales aportados para ilustrar el reconocimiento de las normas como normas de *ius cogens* siguen siendo los elaborados por los Estados, como los tratados y las resoluciones de la Asamblea General.

71. En su examen de los temas de la identificación del derecho internacional consuetudinario y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la Comisión también ha abordado la función de los agentes no estatales. En cuanto a la práctica en la formación y la expresión del derecho internacional consuetudinario, la Comisión determinó que era “principalmente la práctica de los Estados” la que era pertinente a ese respecto¹⁹³. El empleo del adverbio “principalmente” tenía por objeto resaltar que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales podía contribuir también al derecho internacional consuetudinario¹⁹⁴. La práctica, o el “comportamiento”, de los agentes no estatales, como las organizaciones no gubernamentales, no contribuye a la formación o la expresión del derecho internacional consuetudinario, pero “puede ser pertinente al valorar la práctica”¹⁹⁵. Asimismo, en el contexto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, la Comisión determinó que, si bien la práctica de los agentes no estatales no constituía una práctica ulterior a los efectos de la interpretación de los tratados, “puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado”¹⁹⁶.

72. En ese mismo sentido, si bien son el reconocimiento y la aceptación de los Estados los elementos pertinentes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*, la práctica de los agentes no estatales no es irrelevante. Dicha práctica puede conducir al reconocimiento y la aceptación por los Estados de la imperatividad de la norma o puede contribuir a evaluar ese reconocimiento y esa

¹⁸⁹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 94 *supra*), párr. 99. La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General y la legislación nacional.

¹⁹⁰ *The Prosecutor v. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07-34-05-tENG), decisión sobre la solicitud de puesta en libertad provisional de los testigos detenidos, Sala de Primera Instancia II, 1 de octubre de 2013 (“la imperatividad [del principio de no devolución] encuentra un reconocimiento cada vez mayor entre los Estados”).

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, *Buell v. Mitchell* (nota 94 *supra*), párr. 102 (“reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”); *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran* (nota 89 *supra*), párr. 49; *On the Application of Universal Recognized Principles and Norms of International Law and of International Treaties of the Russian Federation by Courts of General Jurisdiction* (nota 50 *supra*); y *Arancibia Clavel* (nota 53 *supra*), párr. 29.

¹⁹² *Croatia v. Serbia*, fallo de 3 de febrero de 2015 (nota 43 *supra*), párr. 87, citando *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (nota 42 *supra*); Antônio Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)* (Leiden (Países Bajos), Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pág. 316 (“En mi opinión, en el mundo multicultural de nuestros tiempos, existe un mínimo irreducible, que, en lo que respecta a la creación del derecho internacional, descansa en su fuente material última: la conciencia humana”).

¹⁹³ Véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 1, del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (nota 151 *supra*).

¹⁹⁴ *Ibid.*, párr. 2 del proyecto de conclusión 4. Véase también el párrafo 2 del comentario del proyecto de conclusión 4.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 3 del proyecto de conclusión 4.

¹⁹⁶ A/71/10, proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, párr. 2 del proyecto de conclusión 5.

aceptación. Sin embargo, los elementos pertinentes siguen siendo la aceptación y el reconocimiento de “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.

73. Para que una norma de derecho internacional general adquiriera la condición de *ius cogens* tiene que ser reconocida por la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” como norma que goza de una determinada cualidad, a saber, que no admite acuerdo en contrario. Como se explicó anteriormente, la inderogabilidad por sí misma no es un criterio para tener la condición de *ius cogens*¹⁹⁷. Por el contrario, la aceptación y el reconocimiento de que la norma tiene esa condición constituye el criterio para que se considere una norma de *ius cogens*. Por sí sola, la inderogabilidad es la principal consecuencia de la imperatividad¹⁹⁸ y se abordará en el tercer informe del Relator Especial en 2018. Esta consecuencia es lo que distingue a las normas de *ius cogens* de la mayoría de las demás normas de derecho internacional, a saber, el *ius dispositivum*¹⁹⁹.

74. Si bien se aportará un análisis más detallado de la inderogabilidad en un informe ulterior, a los efectos del presente informe es suficiente afirmar que “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” debe aceptar y reconocer que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario. En otras palabras, la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que las reglas y otras normas de *ius dispositivum* que sean incompatibles con la norma considerada en cuestión son nulas. En particular, cualquier norma especial o posterior de *ius dispositivum* no tendrá prioridad sobre la norma en cuestión y será nula si es incompatible con ella²⁰⁰. Así pues, el criterio es que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que, a diferencia de otras

¹⁹⁷ Para una opinión contraria, véase Orakhelashvili (nota 162 *supra*), pág. 119, que sugiere que la inderogabilidad determina “qué normas entran dentro de la categoría de *ius cogens*”. En su opinión, la inderogabilidad implica que la norma no puede ser objeto de una bilateralización. Sin embargo, por muy interesante que pueda ser esta teoría, no es más que eso y no está respaldada por ninguna autoridad en la práctica. Véase también Kleinlein (nota 126 *supra*), pág. 192. Véase, sin embargo, Knuchel (nota 84 *supra*), nota 65 (“La aceptación y el reconocimiento de una norma por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario determinan que adquiera carácter imperativo”). No obstante, esto no significa que el contenido de la norma sea irrelevante. Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 83 *supra*), párr. 83 (“la cuestión de si una norma forma o no parte del *ius cogens* se relaciona con el carácter jurídico de la norma”).

¹⁹⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, fallo de 3 de febrero de 2012, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99 y ss., en especial párr. 95 (“una norma de *ius cogens* es una norma que no admite acuerdo en contrario”); Kolb (nota 55 *supra*), pág. 2 (“El término clave para la formulación clásica del *ius cogens* es, por lo tanto, ‘inderogabilidad’. En otras palabras, el *ius cogens* se caracteriza por una cualidad determinada de la norma de que se trate, es decir, el hecho de que no admite acuerdo en contrario”). Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 60 (“La derogabilidad es la característica que se presume de las normas internacionales”); Christófolo (nota 107 *supra*), pág. 125 (“El aspecto inderogable de las normas imperativas es una característica indisoluble, tal vez la más importante, de la definición de *ius cogens*”); Cathryn Costello y Michelle Foster, “Non-refoulement as custom and *ius cogens*? Putting the prohibition to the test”, en Maarten den Heijer y Harmen van der Wilt, eds., *Netherlands Yearbook of International Law 2015* (La Haya (Países Bajos), T.M.C. Asser Press, 2015), pág. 280 (“Si bien la inderogabilidad es la característica definitoria del *ius cogens*, es necesaria pero no suficiente”).

¹⁹⁹ *North Sea Continental Shelf cases* (nota 103 *supra*), párr. 72 (“Sin intentar adentrarse, y menos aún pronunciarse, sobre cualquier cuestión del *ius cogens*, es bien sabido que, en la práctica, las normas del derecho internacional pueden, mediante acuerdo, dejarse de lado en casos determinados, o entre partes determinadas”). Para un reconocimiento más explícito de la distinción entre *ius cogens* y *ius dispositivum*, véase la opinión disidente del Magistrado Tanaka en *South West Africa cases* (nota 167 *supra*), pág. 298 (“el *ius cogens*, examinado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, es un tipo de derecho imperativo que contrasta con el *ius dispositivum*, que puede ser modificado mediante acuerdo entre Estados”).

²⁰⁰ Christófolo (nota 107 *supra*), págs. 125 y 126. Véase también Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 60.

normas del derecho internacional general, la norma en cuestión seguirá siendo de aplicación universal y no estará sometida a un proceso de fragmentación²⁰¹. En otras palabras, desde el punto de vista jurídico, no es posible “derogar o anular la norma, destruir o menoscabar su fuerza y su efecto ni reducir el alcance de su poder”²⁰².

75. La disposición de un tratado que prohíba la celebración de un tratado que derogue o modifique el anterior tratado en el sentido del artículo 41 de la Convención de Viena no es necesariamente una norma de *ius cogens*²⁰³. Esa disposición no sería una norma de derecho internacional general y produciría efectos solo entre las partes. Por lo tanto, otros Estados que no sean partes en dicho tratado podrían concertar válidamente un tratado prohibido por el tratado anterior. Además, el efecto para un tratado que infrinja una cláusula de ese tipo no será necesariamente la nulidad, sino que dependerá de otras normas de derecho internacional, incluidas las normas del propio tratado²⁰⁴. Aunque no es de por sí una norma de *ius cogens*, esa disposición puede ser un reflejo de dicha norma. Asimismo, a los efectos de los criterios, esa disposición puede ser útil como prueba respecto de una norma que no admite acuerdo en contrario.

76. El análisis anterior explica quién debe aceptar y reconocer y qué debe ser aceptado y reconocido. Sin embargo, no explica de qué manera se deben mostrar esa aceptación y ese reconocimiento. La aceptación y el reconocimiento son los elementos esenciales para que una norma adquiera la condición de norma de *ius cogens*. El elemento de la aceptación y el reconocimiento es el más importante de los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* del derecho internacional. Aunque el contenido de las normas y los valores que esas normas amparan son las razones subyacentes de la imperatividad de la norma, lo que las identifica como normas de *ius cogens* es la aceptación y el reconocimiento de esa condición por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto²⁰⁵.

77. Jure Vidmar y Erika de Wet han sugerido que la exigencia de la aceptación y el reconocimiento implica una “doble aceptación”, puesto que esa norma primero tendría que ser aceptada como una norma “ordinaria” de derecho internacional y posteriormente como una norma imperativa de derecho internacional²⁰⁶. Esa

²⁰¹ Orakhelashvili (nota 162 *supra*), pág. 118 (“Por consiguiente, se entiende que las normas de *ius cogens* funcionan de manera uniforme en relación con todos los miembros de la comunidad internacional. La inderogabilidad significa la imposibilidad jurídica de quedar excluido del ámbito de aplicación material de la norma o del efecto imperativo de la misma, reforzando la exigencia de la continua uniformidad en la aplicación de la norma pertinente”). Véase también Weatherall (nota 87 *supra*), pág. 86 (“Este efecto jurídico del *ius cogens* refleja la resistencia de las normas imperativas a ser modificadas o derogadas en virtud de la voluntad particular de Estados concretos”).

²⁰² Orakhelashvili (nota 126 *supra*), pág. 73.

²⁰³ El artículo 41, párr. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: [...] b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado”.

²⁰⁴ Véase, para el debate, Daniel G. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (tesis doctoral inédita, 2013), pág. 27 (“Los artículos 41 1) y 58 1) de la Convención de Viena sugieren que el intento de modificar o suspender un tratado que no se ajuste a la disposición respectiva quedaría sin efecto, pero las consecuencias exactas siguen sin especificarse ni probarse. Puesto que estas disposiciones no están comprendidas en la sección 2 de la parte V de la Convención de Viena (Nulidad de los tratados), entre las consecuencias de los acuerdos entre partes no se incluiría necesariamente la de la nulidad”).

²⁰⁵ Véase también Knuchel (nota 84 *supra*), pág. 66.

²⁰⁶ de Wet (nota 89 *supra*), pág. 542 (“Por consiguiente, la comunidad internacional de Estados en su conjunto sometería una norma imperativa a una ‘doble aceptación’”); Vidmar (nota 89 *supra*), pág. 25 (“Puede decirse que una norma imperativa está sujeta a una ‘doble aceptación’”).

determinación es correcta, siempre que se entienda que la “primera” aceptación y la “segunda” aceptación son cualitativamente diferentes entre sí. En la primera aceptación, la norma es aceptada como norma de derecho internacional, bien por medio de la “aceptación como derecho” (*opinio iuris sive necessitatis*) para el derecho internacional consuetudinario o el reconocimiento “por las naciones civilizadas” para los principios generales del derecho. La segunda aceptación es la aceptación de las cualidades especiales de esa norma como norma general del derecho internacional, a saber, la inderogabilidad²⁰⁷. Esta última aceptación ha sido denominada *opinio iuris cogentis*²⁰⁸. Lo que es más importante, de conformidad con el debate que figura anteriormente sobre las consecuencias de la expresión “en su conjunto”, esta doble aceptación no exige la “aceptación” o el “consentimiento” de los Estados a título individual, sino, más bien, exige que la comunidad internacional de Estados en su conjunto, o colectivamente, asuma la inderogabilidad de la norma en cuestión²⁰⁹.

78. Si bien este enfoque es generalmente aceptado²¹⁰, la cuestión importante es la de cómo se deben demostrar la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad

por la comunidad internacional de Estados en su conjunto: la aceptación del contenido de la norma y la aceptación de su carácter especial, es decir, su carácter imperativo”).

²⁰⁷ Para el debate, véase Vidmar (nota 89 *supra*), pág. 26. Véase también Costello y Foster (nota 198 *supra*), pág. 10 (“Para que una norma sea de *ius cogens* debe cumplir los requisitos normales del derecho internacional consuetudinario [...] y además debe ser considerada ampliamente como inderogable”); Asif Hameed, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 52 y ss., en especial pág. 62. Véase también Gordon A. Christenson “*Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988), págs. 585 y ss., en especial pág. 593 (“Las pruebas también tendrían que demostrar la necesaria *opinio iuris* de que la obligación es imperativa poniendo de manifiesto la aceptación de que la norma tiene carácter preponderante”); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (nota 114 *supra*) (“[...] para que esa norma consuetudinaria de derecho internacional se convierta en norma imperativa debe haber un reconocimiento adicional de ‘la comunidad internacional [...] en su conjunto’ de que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario”).

²⁰⁸ Kerstin Bartsch y Björn Elberling, “*Jus Cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in *Kalageropoulou et al. v. Greece and Germany* Decision”, *German Law Journal*, vol. 4 (2003), págs. 477 y ss., en especial pág. 485 (“Como puede desprenderse del artículo 53 de la Convención de Viena [...], la evolución de una norma de *ius cogens* [...] presupone, además de los elementos de la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, la convicción de la gran mayoría de los Estados de que la norma en cuestión es de fundamental importancia y, por lo tanto, no puede ser derogada (*opinio iuris cogentis*)”). Véase Kadelbach, atinadamente, (nota 84 *supra*), pág. 167 (“La mayoría de las propuestas siguen una vía intermedia. Ahora bien, se requieren la práctica y la *opinio iuris* para el reconocimiento de la propia norma. Sin embargo, se puede afirmar el carácter inderogable, la *opinio iuris cogentis*, en consecuencia, con los criterios que integran el derecho de los tratados”).

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, Alain Pellet, “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12 (1992), págs. 22 y ss., en especial pág. 38, que indica que el requisito establecido en el artículo 53 para la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto “excluye una aceptación, o incluso un reconocimiento, Estado por Estado”.

²¹⁰ Véase, por ejemplo, la declaración de Irlanda, A/C.6/71/SR.27, párr. 20. Véase también Linderfalk (nota 84 *supra*), en especial págs. 65 a 69, en que se examinan diferentes enfoques que no tienen una aceptación mayoritaria. Linderfalk sugiere que los positivistas sostienen que para que haya una práctica general, “los Estados no suelen apartarse de una norma de derecho [...] y en general no modifican [la norma] por medio del derecho internacional común. En segundo lugar, tiene que haber una *opinio iuris generalis*, es decir, que los Estados suscriban ampliamente la opinión de que en virtud de un conjunto autorizado de normas consuetudinarias [...] dicha norma no admite acuerdo en contrario”. Por lo tanto, además de la necesidad de demostrar la existencia de una norma mediante el proceso normal, para los positivistas también

—*opinio iuris cogentis*—. Esta cuestión plantea a su vez dos cuestiones. En primer lugar, ¿qué materiales pueden aportarse para demostrar que una norma ha adquirido carácter imperativo? En segundo lugar, ¿cuál debería ser el contenido de los materiales pertinentes?

79. Con respecto a la naturaleza de los materiales que pueden utilizarse para demostrar la aceptación y el reconocimiento, cabe recordar que la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” significa que se trata de la “aceptación y reconocimiento” de los Estados. Así pues, son pertinentes los materiales capaces de expresar las opiniones de los Estados. En particular, se trata de materiales elaborados, adoptados o aprobados por los Estados. Los materiales procedentes de otras fuentes pueden ser pertinentes, pero como fuente subsidiaria y como medio de evaluar los materiales que reflejan las opiniones de los Estados.

80. El enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* puede ofrecer algunas lecciones valiosas con respecto a los criterios relativos a las normas de *ius cogens*. En primer lugar, de conformidad con el enfoque general descrito anteriormente, la Corte establece la prohibición de la tortura como “parte del derecho internacional consuetudinario” y a continuación señala que dicha prohibición “ha alcanzado el carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”²¹¹. A continuación, la Corte describe los materiales que sirven de base para concluir que existe *opinio iuris* al respecto²¹². La lista incluye tratados y resoluciones, así como referencias a la legislación:

“La prohibición se basa en una práctica internacional generalizada y en la *opinio iuris* de los Estados. Dicha prohibición figura en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal (en particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, relativa a la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) y se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados; por último, los actos de tortura se denuncian periódicamente en los foros nacionales e internacionales.”²¹³

81. La Corte no es explícita acerca de si aquí está describiendo la *opinio iuris cogentis* o simplemente la *opinio iuris sive necessitatis*. Incluso es posible que la Corte haya combinado las dos. Sin embargo, parece que la Corte considera que esos materiales son pertinentes para el establecimiento de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad. La referencia a instrumentos de “aplicación universal”, que es una característica fundamental de las normas de *ius cogens*, indica que la Corte se está ocupando de la aceptación y el reconocimiento de la imperatividad de las normas. Por otra parte, la Corte entiende que los materiales pertinentes para evaluar la *opinio iuris* “ordinaria” son los mismos materiales que son pertinentes para determinar si la comunidad internacional de Estados en su conjunto ha aceptado y reconocido el carácter imperativo de una norma.

es necesario demostrar que el aspecto de la inderogabilidad cumple el requisito consuetudinario de la práctica y la *opinio iuris*.

²¹¹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 94 *supra*), párr. 99.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.* La redacción de este criterio se reprodujo en el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (véase la nota 163 *supra*). Cabe observar que las fuentes citadas por la Corte son similares a las mencionadas en la causa *Filartiga v. Pena-Irala*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos (segundo circuito), sentencia de 30 de junio de 1980 (630 F.2d 876), págs. 7 a 11.

82. Si bien los Estados y otros agentes del derecho internacional no siempre han indicado claramente sobre qué base creían que las normas particulares habían adquirido la categoría de *ius cogens*²¹⁴, es habitual hacer referencia a los tratados y las resoluciones de organizaciones internacionales como prueba de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad de las normas y esta cuestión no debería ser objeto de controversia²¹⁵. La opinión de que los tratados y las resoluciones de las organizaciones internacionales, en particular las de las Naciones Unidas, son los materiales pertinentes para determinar la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad también se refleja en las declaraciones de los Estados. Este punto de vista también es compatible con la idea de que la opinión de los Estados es el elemento determinante de la derogabilidad.

83. Si bien los tratados y las resoluciones ofrecen ejemplos de materiales para la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad, esos no son los únicos materiales pertinentes para la identificación de las normas de *ius cogens*. Todos los materiales con los que se pueda demostrar que los Estados colectivamente creen que una norma concreta no admite acuerdo en contrario son pertinentes a los efectos de la identificación de las normas de *ius cogens*. En cuanto a la *opinio iuris sive necessitatis*, la aceptación y el reconocimiento pueden “reflejarse de muy diversas formas”²¹⁶. Los materiales incluidos en la lista no exhaustiva de las formas de prueba de la *opinio iuris* que figura en el proyecto de conclusión 10 del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad²¹⁷. Por lo tanto, además de las disposiciones de los tratados y las resoluciones, las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales y cortes nacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento²¹⁸. No obstante, es el contenido de esas diversas formas de prueba lo que determina si las pruebas constituyen aceptación como derecho (a los efectos del derecho

²¹⁴ Para el debate, véase de Wet (nota 89 *supra*), pág. 544.

²¹⁵ Véase, por ejemplo, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (nota 42 *supra*), párr. 161, y *Croatia v. Serbia*, fallo de 3 de febrero de 2015 (nota 43 *supra*), párr. 87. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *objeciones preliminares*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 582, párr. 28, refiriéndose al argumento de Guinea de que el derecho a un juicio imparcial era *ius cogens* sobre la base, entre otras cosas, de una serie de instrumentos; la opinión separada del Vicepresidente Ammoun en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 21 de junio de 1971 sobre Namibia (www.icj-cij.org/docket/files/53/5601.pdf), pág. 79, basándose en las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad para llegar a la conclusión de que el derecho a la libre determinación es un derecho imperativo; las observaciones presentadas por escrito por el Gobierno de las Islas Salomón a la Corte Internacional de Justicia sobre la solicitud de la Organización Mundial de la Salud de una opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (www.icj-cij.org/docket/files/95/8714.pdf), párr. 3.28 (“Es totalmente normal en derecho internacional que las normas más comunes y fundamentales se reafirmen y se incorporen repetidamente a los tratados”).

²¹⁶ Párrafo (2) del comentario del proyecto de conclusión 10 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (nota 151 *supra*).

²¹⁷ En el párr. 2 del proyecto de conclusión 10 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (nota 151 *supra*) figura una lista de ejemplos de formas de prueba de la *opinio iuris*.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 156, donde el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se refirió, entre otras, a las siguientes causas judiciales nacionales: *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 48 *supra*); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (nota 114 *supra*); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp 1189, 1196 (SDNY 1996); *In re Estate Ferdinand E Marcos*, 978 F.2d 493 (novenno circuito); *Marcos Manto v. Thajane*, 508 US 972, 125L Ed 2d 661, 113 S Ct. 2960.

internacional consuetudinario) o aceptación y reconocimiento de la inderogabilidad (a los efectos del *ius cogens*).

84. Puesto que lo que se requiere para demostrar que una norma es de *ius cogens* son la aceptación y el reconocimiento de los Estados, todas las formas de materiales enumerados anteriormente emanan de procesos estatales. Sin embargo, esto no significa que las fuentes de la sociedad civil, los órganos de expertos y otras fuentes no puedan utilizarse para evaluar y contextualizar los instrumentos elaborados por los Estados. En la causa *RM v. Attorney-General*, por ejemplo, el Tribunal Superior de Kenya se basó en la observación general núm. 18 (1989) del Comité de Derechos Humanos, relativa a la no discriminación²¹⁹, para sugerir que la no discriminación era una norma imperativa de derecho internacional general²²⁰. Asimismo, para fundamentar su conclusión de que el principio de no devolución era una norma de *ius cogens*, la Corte Penal Internacional se refirió, entre otras cosas, a la opinión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados²²¹. Del mismo modo, la conclusión del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija*, en el sentido de que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens*, se basó, entre otras cosas, en las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²²². Esos “otros” materiales pueden, por supuesto, no constituir prueba de la aceptación y el reconocimiento. Sin embargo, pueden proporcionar un contexto para las principales formas de prueba y ayudar a evaluar los materiales principales.

85. Habitualmente también se ha hecho referencia a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales en apoyo de la afirmación de que una determinada norma ha adquirido la categoría de *ius cogens*. En la causa *Fiscalía c. Popović*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia citó la declaración de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro* (citando la causa *República Democrática del Congo c. Rwanda*) en el sentido de que “la norma que prohíbe el genocidio es, sin duda, una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*)”²²³. Aunque la Corte Internacional de Justicia no se refirió al *ius cogens* en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²²⁴, la opinión consultiva ha sido citada en numerosas ocasiones para apoyar la conclusión

²¹⁹ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 relativa a la no discriminación (véase HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)), párr. 1.

²²⁰ *RM v. Attorney-General*, sentencia del Tribunal Superior de Kenya de 1 de diciembre de 2006, eKLR [2006] eKLR, pág. 18.

²²¹ Véase *Prosecutor v. Germain Katanga* (nota 190 *supra*), párr. 30, en referencia a la opinión consultiva de 2007 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución. La Corte también se refirió a varias conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado.

²²² Véase *Prosecutor v. Furundžija* (nota 45 *supra*), párrs. 144 y 153. El Tribunal se refirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la observación general núm. 24 del Comité de Derechos Humanos y un informe del Relator Especial sobre la tortura (E/CN.4/1986/15).

²²³ *Prosecutor v. Popović et al.*, sentencia, causa núm. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 de junio de 2010, párr. 807 (nota 2910). Para otras referencias a los fallos de la Corte Penal Internacional en relación con Bosnia y Herzegovina, véase la causa *Karadžić* (nota 159 *supra*), párr. 539 (nota 1714).

²²⁴ Para el debate, véase el primer informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/693), párr. 54 (nota 187), en el que se indica que si bien la Corte Internacional de Justicia no emplea la expresión *ius cogens* o normas imperativas, sí describe la prohibición del genocidio en términos tales que sugieren el carácter imperativo.

de que la prohibición del genocidio es una norma de *ius cogens*²²⁵. La declaración de la Corte Internacional de Justicia acerca de las consecuencias de los “principios inviolables del derecho internacional consuetudinario” en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* también se ha mencionado en apoyo de la conclusión de que las violaciones graves de los Convenios de Ginebra constituyen violaciones de normas de *ius cogens*²²⁶. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*, por ejemplo, la conclusión de la Corte de que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* se basaba, entre otras cosas, en la amplitud de la prohibición, en particular el hecho de que se prohibía a los Estados “expulsar, devolver o extraditar” a una persona a un lugar donde pudiera ser sometida a tortura²²⁷. Para demostrar la amplitud de esa prohibición, la Corte se refirió a las sentencias, entre otros tribunales, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²²⁸. En la causa *Ayyash y otros*, el Tribunal Especial para el Líbano llegó a la conclusión de que los principios de legalidad²²⁹ y de juicio imparcial²³⁰ gozaban de la condición de *ius cogens*, y en la causa *El Sayed* que el derecho al acceso a la justicia había adquirido “la condición de norma imperativa (*ius cogens*)”²³¹, sobre la base, entre otras cosas, de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales.

86. También se ha hecho referencia a la Comisión de Derecho Internacional al determinar si una norma concreta ha alcanzado la condición de *ius cogens*. Como es bien sabido, en la evaluación del carácter de la prohibición del uso de la fuerza, la Corte Internacional de Justicia observó que “la Comisión de Derecho Internacional [...] expresó la opinión de que ‘las disposiciones jurídicas de la Carta relativas a la prohibición del uso de la fuerza constituían en sí mismas un ejemplo claro de normas de derecho internacional que tienen la condición de *ius cogens*’”²³². La

²²⁵ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Karadžić* (nota 159 *supra*), párr. 539; *causa 002, Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, documento núm. D427/1/30 (30 de abril de 2011), párr. 244; *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* (nota 83 *supra*), párr. 66; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia* (nota 42 *supra*), pág. 161; *Croatia v. Serbia* (nota 43 *supra*), párr. 87.

²²⁶ *Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order* (nota 225 *supra*), párr. 256; *causa 002/02, Decision on Evidence Obtained through Torture*, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, documento núm. 350/8 (5 de febrero de 2016), párr. 25, en que el Tribunal se basó, entre otras cosas, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 94 *supra*). Otras decisiones internacionales mencionadas por las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya en *Decision on Evidence Obtained through Torture* son *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 8139/09, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2010.

²²⁷ *Prosecutor v. Furundžija* (nota 45 *supra*), párr. 152.

²²⁸ *Soering v. United Kingdom*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 1991; y *Chahal v. United Kingdom*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 1996.

²²⁹ *Prosecutor v. Ayyash et al.* (STL-11-01/I), decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, autoría, acumulación de cargos, Sala de Apelaciones, 16 de febrero de 2011, párr. 76, en referencia a la causa del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

²³⁰ *Prosecutor v. Ayyash et al.* (STL-11-01/AC.AR90.1), decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la impugnación por parte de la defensa de la jurisdicción y la legalidad del Tribunal, Sala de Apelaciones, 24 de octubre de 2012 (que hace referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Kadi*).

²³¹ *El Sayed* (CH/PRES/2010/01), providencia por la que se asigna el asunto al Juez de Primera Instancia, Presidente del Tribunal Especial del Líbano, 15 de abril de 2010, párr. 29 (en referencia a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

²³² *Military and Paramilitary Activities* (nota 72 *supra*), párr. 190. Véase también el asunto de Víctor Raúl Pinto, *Pinto c. Familiares de Tomás Rojas*, decisión de la Corte Suprema de Chile

mayoría de las contribuciones que proporcionan una lista de las normas generalmente aceptadas de *ius cogens* se basan en la lista facilitada por la Comisión en el comentario del proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado²³³. Por tanto, la propia labor de la Comisión también puede contribuir a la identificación de las normas de *ius cogens*. La doctrina también puede ser útil, como material secundario, para evaluar y contextualizar las principales formas de aceptación y reconocimiento del carácter imperativo de las normas²³⁴.

87. Parece evidente que los materiales mencionados con anterioridad son esencialmente los mismos materiales que también son pertinentes para la identificación del derecho internacional consuetudinario, es decir, pueden presentarse como práctica o prueba de la *opinio iuris*. Como se ha indicado anteriormente, lo que separa la aceptación y el reconocimiento como criterio respecto del *ius cogens* y los posibles usos de esos materiales para los fines de la identificación del derecho internacional consuetudinario es que, en el primer caso, los materiales deben demostrar una creencia por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión no admite acuerdo en contrario²³⁵. Las disposiciones de los tratados que prohíben las reservas o la retirada y establecen la inderogabilidad, aunque no son concluyentes, también serían pertinentes para ese fin.

88. Para determinar si los materiales que justifican llegar a la conclusión de que existe una creencia por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que una norma es inderogable, es necesario examinar todos los materiales en su contexto y otorgarles la importancia que a cada uno le corresponde. Varios factores pueden ser pertinentes al evaluar si los materiales disponibles proporcionan prueba de la aceptación y el reconocimiento de una norma como norma de *ius cogens*. La referencia expresa en los materiales a la inderogabilidad de una norma de derecho internacional general sería un factor importante. También es importante que los materiales, considerados en su conjunto, pongan de manifiesto la

sobre el recurso de casación, 13 de marzo de 2007, rol núm. 3125-94, ILDC 1093 (CL 2007), párrs. 29 y 31.

²³³ Párrafo 5 del comentario del proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado (nota 88 *supra*). Véase den Heijer y van der Wilt (nota 56 *supra*), pág. 9, refiriéndose a las normas que figuran en la lista como normas “incuestionables”; Christófolo (nota 107 *supra*), pág. 151; y Weatherall (nota 87 *supra*), pág. 202. Véase también de Wet (nota 89 *supra*), pág. 543. Sin embargo, la autora no se basa en la lista de la Comisión, sino en la lista que figuraba en el informe del Grupo de Estudio de la Comisión (nota 88 *supra*), que había sido modificada ligeramente con respecto a la de la Comisión. Por ejemplo, en la lista que proporciona la autora, el “derecho a la legítima defensa” figura como norma de *ius cogens* por derecho propio, mientras que en la lista de la Comisión aparece la “prohibición de la agresión” pero no la “legítima defensa” como norma independiente de *ius cogens*.

²³⁴ Véase, por ejemplo, *Nguyen Thang Loi* (nota 49 *supra*), pág. 108, apoyándose en M. Cherif Bassiouni, “Crimes against humanity”, en Roy Gutman y David Rieff, eds., *Crimes of War: What the Public Should Know* (Norton, 1999); *Prosecutor v. Kallon and Kamara: Decision on Challenge of Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty* (SCSL-2004-15-AR72E y SCSL-2004-16-AR72E), 13 de marzo de 2004, párr. 71, basándose en Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* (Cambridge, 2004); *Bayan Muna* (nota 52 *supra*), citando a M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pág. 63. Véase también *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 48 *supra*), pág. 718, citando a varios autores, incluidos Karen Parker y Lyn Beth Neylon, “*Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12 (1988/89), pág. 411, y Kenneth C. Randal, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1988), pág. 785, en apoyo de la afirmación de que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*.

²³⁵ Véanse los autores citados en las notas 207 y 208.

creencia por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto en la inderogabilidad de la norma en cuestión.

89. Como se ha señalado anteriormente, las características del *ius cogens* que figuraban en el primer informe del Relator Especial y que se exponen en el presente informe no son criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*. Son más bien elementos descriptivos que caracterizan la naturaleza del *ius cogens*. Por lo tanto, no es necesario demostrar que una determinada norma tiene esas características a fin de considerarla como una norma de *ius cogens*. En otras palabras, esos elementos descriptivos no son requisitos adicionales de las normas de *ius cogens*. Sin embargo, a la luz de las pruebas sólidas anteriormente señaladas, se puede alegar la creencia de los Estados de que determinadas normas reflejan esas características en apoyo de la inderogabilidad. Por consiguiente, cuando los materiales, considerados en su contexto y en su conjunto, muestran la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que una norma de derecho internacional general ampara o refleja los valores fundamentales de la comunidad internacional, es jerárquicamente superior a otras normas de derecho internacional y es universalmente aplicable, pueden ser prueba de que los Estados creen que esa norma es inderogable y, por lo tanto, es una norma de *ius cogens*. La relevancia de esas características, aunque solo en la medida en que son material indiciario, está relacionada con el hecho de que, como señaló la Corte Internacional de Justicia, la cuestión de si una norma forma o no parte del *ius cogens* “se relaciona con el carácter jurídico de la norma”²³⁶.

IV. Propuestas

A. Nombre del tema

90. A la luz del debate en la Comisión durante el 68º período de sesiones, el Relator Especial propone que la Comisión cambie el nombre del tema “*Ius cogens*” por el de “Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”.

B. Proyectos de conclusión

91. Sobre la base del análisis anterior, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de conclusión para su examen por la Comisión.

Proyecto de conclusión 4 **Criterios relativos al *ius cogens***

Para identificar una norma como norma de *ius cogens* es necesario demostrar que la norma en cuestión cumple dos criterios:

- a) Debe ser una norma de derecho internacional general; y
- b) Debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

Proyecto de conclusión 5 **Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general**

1. Una norma de derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general.

²³⁶ Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 83 *supra*), párr. 83.

2. El derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de las normas de *ius cogens* del derecho internacional.
3. Los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de *ius cogens* del derecho internacional.
4. Una norma establecida en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional general capaz de adquirir la categoría de norma de *ius cogens* del derecho internacional general.

Proyecto de conclusión 6

Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del *ius cogens*

1. Una norma de derecho internacional general es considerada norma de *ius cogens* cuando es aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario.
2. El requisito de que una norma sea aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario exige considerar la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Proyecto de conclusión 7

Comunidad internacional de Estados en su conjunto

1. La aceptación y el reconocimiento de la comunidad de Estados en su conjunto es el elemento pertinente para la identificación de las normas de *ius cogens*. Por consiguiente, lo pertinente es la actitud de los Estados.
2. Si bien las actitudes de los agentes distintos de los Estados pueden ser pertinentes al evaluar la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no pueden, por sí mismas, constituir aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las actitudes de otros agentes pueden ser pertinentes permitiendo establecer un contexto y evaluar las actitudes de los Estados.
3. La aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*. No se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.

Proyecto de conclusión 8

Aceptación y reconocimiento

1. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* es distinto de la aceptación como derecho a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. También es distinto del requisito del reconocimiento a los efectos de los principios generales del derecho en el sentido del artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
2. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* significa que debe proporcionarse la prueba de que, además de ser aceptada como derecho, la norma en cuestión es aceptada por los Estados como norma que no admite acuerdo en contrario.

Proyecto de conclusión 9

Prueba de la aceptación y el reconocimiento

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma de *ius cogens* puede reflejarse en una variedad de materiales y puede adoptar diversas formas.
2. Los siguientes materiales pueden constituir prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general ha adquirido la categoría de *ius cogens*: los tratados, las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales, las declaraciones públicas hechas en nombre de Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales nacionales.
3. Las sentencias y decisiones de los tribunales y cortes internacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento a los efectos de determinar que una norma es norma de *ius cogens* del derecho internacional.
4. Otros materiales, como la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la labor de los órganos de expertos y la doctrina, pueden proporcionar un medio secundario para identificar las normas de derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario. Estos materiales también pueden ayudar a evaluar la entidad de los materiales principales.

V. Programa de trabajo futuro

92. El presente informe se centra en los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*. El primer informe del Relator Especial se centró en la naturaleza y la evolución histórica del *ius cogens*. En el primer informe, el Relator Especial también proporcionó una hoja de ruta para 2017, 2018 y 2019. Si bien se afirmó que la hoja de ruta se utilizaría con flexibilidad, el Relator Especial considera que, en esta etapa, no es necesario apartarse de ella.
93. En el próximo informe, en 2018, el Relator Especial se propone iniciar el examen de los efectos o las consecuencias del *ius cogens*. En el informe se abordarán, entre otras cosas, las consecuencias del *ius cogens* en términos generales. En el informe también se examinarán los efectos del *ius cogens* en el derecho de los tratados y otras ramas del derecho internacional, como el derecho de la responsabilidad del Estado y las normas sobre la jurisdicción. Con respecto a los efectos del *ius cogens*, el Relator Especial agradecería los comentarios de la Comisión sobre otras esferas del derecho internacional que podrían beneficiarse del estudio. En el cuarto informe del Relator Especial se tratarán asuntos diversos que puedan dimanar de los debates que se celebren en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión.
94. El Relator Especial también examinará, sobre la base de los debates que se celebren en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión, si propone una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens* y, en su caso, sobre qué base y en qué forma. El Relator Especial presentará propuestas sobre esta cuestión en el cuarto informe.