



Asamblea General

Distr. general
31 de enero de 2019

Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

71^{er} período de sesiones

Ginebra, 29 de abril a 7 de junio

y 8 de julio a 9 de agosto de 2019

Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*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	3
B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General	6
III. <i>Ius cogens</i> regional	12
IV. Lista ilustrativa	23
A. Tener o no tener (una lista ilustrativa)	23
B. Normas cuyo carácter imperativo ya ha sido reconocido por la Comisión	26
1. Aspectos generales	26
2. La prohibición de la agresión	29
3. La prohibición de la tortura	33
4. La prohibición del genocidio	38
5. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad	42
6. La prohibición del <i>apartheid</i> y la discriminación racial	46
7. La prohibición de la esclavitud	50
8. El derecho a la libre determinación	53

* Este cuarto informe fue elaborado durante el desempeño del Relator Especial como profesor invitado en la Universidad de California (Irvine) con una beca Fulbright. El Relator Especial da las gracias al Sr. Francisco Lobo (Universidad de Nueva York), a la Sra. Tanishta Vaid (Universidad Nacional de Derecho de Gujarat) y a la Sra. Cheree Olivier (Instituto de Derecho Internacional y Comparado en África de la Universidad de Pretoria) por el material que han aportado para ayudar en la elaboración del presente informe.



9. Las normas básicas del derecho internacional humanitario	57
C. Otras posibles normas de <i>ius cogens</i> no identificadas en los trabajos anteriores de la Comisión	60
V. Propuesta de proyecto de conclusión	69
VI. Labor futura.....	70

I. Introducción

1. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar a un Relator Especial¹.
2. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial² y decidió remitir dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción³. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial⁴, en el que este trataba de determinar los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La Comisión decidió remitir los seis proyectos de conclusión al Comité de Redacción⁵. También decidió cambiar el nombre del tema “*Ius cogens*” por el de “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”.
3. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial, relativo a las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)⁶. La Comisión decidió remitir 12 proyectos de conclusión al Comité de Redacción⁷.
4. El propósito del presente informe es examinar dos importantes cuestiones pendientes. En el informe se abordará en primer lugar la cuestión del *ius cogens* regional, según lo prometido en el tercer informe, y, en segundo lugar, la cuestión de la lista ilustrativa.

II. Examen anterior del tema

A. Debate en la Comisión

5. En el 70º período de sesiones, el tercer informe suscitó un intenso debate durante siete días en el que intervinieron hasta 27 miembros de la Comisión. Casi todos los miembros se mostraron de acuerdo con el Relator Especial en que el tema del tercer informe era particularmente complicado y delicado. En general, con algunas salvedades expresadas en términos contundentes⁸, los miembros de la Comisión

¹ Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 286.

² [A/CN.4/693](#).

³ Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 100.

⁴ [A/CN.4/706](#).

⁵ Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 146.

⁶ [A/CN.4/714](#) y Corr.1.

⁷ Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 96.

⁸ Hubo intervenciones muy críticas del Sr. Zagaynov ([A/CN.4/SR.3416](#)); el Sr. Murphy ([A/CN.4/SR.3416](#)); el Sr. Rajput ([A/CN.4/SR.3418](#)); el Sr. Huang ([A/CN.4/SR.3419](#)); Sir Michael Wood ([A/CN.4/SR.3421](#)); y el Sr. Valencia-Ospina ([A/CN.4/SR.3421](#)). Cabe destacar que, a diferencia de otros miembros críticos, el Sr. Valencia-Ospina no reprochó al Relator Especial que fuera demasiado lejos sino, por el contrario, que no fuera suficientemente lejos. Cabe mencionar también que el Sr. Nolte ([A/CN.4/SR.3417](#)), si bien se mostró crítico en general, no fue tan duro como los demás.

apoyaron el enfoque del Relator Especial y el proyecto de conclusiones propuesto⁹. El Relator Especial preparó una completa respuesta al debate en la que abordó las principales críticas que se habían formulado¹⁰. El resumen del debate figura en el informe de la Comisión y no se reproducirá aquí¹¹. Por consiguiente, en el presente informe solo se destacarán las cuestiones que suscitaron fuertes críticas.

6. Conviene comenzar con una crítica metodológica planteada por el Sr. Nolte¹² y apoyada por el Sr. Grossman¹³, el Sr. Murase¹⁴ y el Sr. Rajput¹⁵, sobre todo porque esa crítica metodológica cobró un protagonismo inesperado durante el examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional en la Sexta Comisión. En sus intervenciones, esos miembros criticaron el método de trabajo adoptado por la Comisión *para este tema*, consistente en no enviar los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción para su aprobación por la Comisión con sus comentarios. Señalaron que esa manera de trabajar socavaba el margen de influencia de los Estados Miembros en la labor de la Comisión.

7. Se formularon varias propuestas para garantizar la coherencia de la terminología¹⁶. A un nivel más sustantivo, algunos miembros señalaron que el informe (y sus conclusiones) no estaban respaldados por una práctica suficiente de los Estados¹⁷. No obstante, otros miembros opinaron que el informe estaba bien sustentado por la práctica¹⁸.

8. Como cuestión general, muchos miembros plantearon la falta de consideración de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional¹⁹. Los miembros señalaron que las consecuencias jurídicas del *ius cogens* sobre los principios generales también debían abordarse en el proyecto de conclusiones.

9. Aunque dos miembros plantearon algunas cuestiones estructurales fundamentales²⁰, en general los miembros se mostraron satisfechos con el contenido

⁹ La mayoría de los miembros en su conjunto adoptó una actitud positiva hacia el informe y los proyectos de conclusión, aunque algunos propusieron ciertos cambios de redacción: Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415); Sr. Nguyen (*ibid.*); Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3416); Sr. Park (*ibid.*); Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417); Sra. Lehto (*ibid.*); Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3418); Sr. Ouazzani Chahdi (*ibid.*); Sr. Vázquez-Bermúdez (*ibid.*); Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419); Sr. Hassouna (*ibid.*); Sra. Oral (*ibid.*); Sr. Reinisch (*ibid.*); Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3420); Sr. Grossman Guiloff (*ibid.*); Sr. Hmoud (*ibid.*); Sr. Al-Marri (*ibid.*); Sr. Peter (A/CN.4/SR.3421); Sra. Escobar Hernández (*ibid.*); y Sr. Gómez Robledo (*ibid.*).

¹⁰ A/CN.4/SR.3425.

¹¹ Véase A/73/10, párrs. 111 a 152.

¹² A/CN.4/SR.3417.

¹³ A/CN.4/SR.3420.

¹⁴ A/CN.4/SR.3418.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Véanse, por ejemplo, Sr. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3418) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421) sobre la utilización de la palabra “efectos” en lugar de “consecuencias”.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416). Otros miembros, por ejemplo, el Sr. Murphy (*ibid.*), el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421), opinaron que ciertas partes del informe y sus correspondientes proyectos de conclusión no estaban respaldados por la práctica, pero no llegaron a hacer una afirmación general sobre una falta de práctica en el informe.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415); Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3416); Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417); Sra. Lehto (*ibid.*); Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3418); Sr. Vázquez-Bermúdez (*ibid.*); Sra. Oral (A/CN.4/SR.3419); y Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3420).

¹⁹ Véanse, por ejemplo, Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416); Sr. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3418); Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3420); y Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3421).

²⁰ Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3416) y Sra. Oral (A/CN.4/SR.3419). Véanse opiniones contrarias sobre la estructura en las intervenciones del Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415) y el Sr. Nguyen (*ibid.*).

y la estructura del primer grupo de proyectos de propuestas²¹. No obstante, se formularon varias sugerencias de redacción destinadas a armonizar el proyecto de conclusiones con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, “Convención de Viena de 1969”)²². Además, si bien la mayoría de los miembros apoyaban el tercer párrafo del proyecto de conclusión 10 relativo a los efectos del *ius cogens* en la interpretación²³, varios miembros expresaron la opinión de que el párrafo debía ser de carácter general y aplicable a todas las fuentes del derecho internacional²⁴.

10. La principal fuente de debate en el grupo encargado de las cuestiones relacionadas con los tratados con respecto a los proyectos de conclusión se refería a la idoneidad del proyecto de conclusión 14 (procedimiento recomendado para el arreglo de controversias). Si bien algunos miembros apoyaban el proyecto de conclusión 14²⁵, la disposición fue criticada por dos frentes opuestos y mutuamente contradictorios. Por un lado, algunos miembros indicaron que la disposición, a pesar de su carácter de recomendación, trataba de imponer obligaciones convencionales a los Estados que no eran partes en la Convención de Viena de 1969 y a los Estados que habían objetado expresamente formulando una reserva a las disposiciones de dicha Convención sobre arreglo de controversias²⁶. Por otra parte, otros miembros señalaron que, al no incluir todo el marco de la Convención de Viena de 1969 y reducir las disposiciones sobre arreglo de controversias a meros procedimientos recomendados, se restaba importancia a la condición del acuerdo sobre las disposiciones de *ius cogens* establecida en la Convención (arts. 53 y 64)²⁷.

11. El contenido de los proyectos de conclusión 15 y 16 se apoyó en general, con algunas sugerencias de menor importancia para mejorar la redacción²⁸. Del mismo modo, se apoyó en general el contenido del proyecto de conclusión 17, en el que el principal motivo de controversia se refería a la cuestión de si en el texto del proyecto de conclusión se debía hacer referencia explícita a las decisiones del Consejo de Seguridad²⁹. También se apoyó en general el contenido de los proyectos de conclusión 18, 19, 20 y 21³⁰. Aparte de cuestiones de menor importancia, se debatieron dos cuestiones principales. En primer lugar, un miembro lamentó que la cuestión de la legitimación reflejada en el artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”) no se hubiera incluido en los proyectos de conclusión

²¹ Como ejemplo de las cuestiones planteadas, se puso en duda la conveniencia de mantener la distinción entre el *ius cogens* emergente y el *ius cogens* preexistente a los efectos de la divisibilidad.

²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

²³ No obstante, el Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415), el Sr. Park (A/CN.4/SR.3416) y la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3417), sí advirtieron de que esa propuesta interpretativa no debía utilizarse para evitar los efectos del *ius cogens*.

²⁴ Véanse, por ejemplo, Sr. Nolte (A/CN.4/SR.3417); Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3418); y Sra. Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3421).

²⁵ Véanse, por ejemplo, Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415); Sr. Nguyen (*ibid.*); y Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3416).

²⁶ Véanse, por ejemplo, Sr. Park (A/CN.4/SR.3416); Sr. Zagaynov (*ibid.*); y Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419).

²⁷ Véanse, en especial, Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3416) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

²⁸ Véanse, no obstante, las intervenciones del Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416); el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

²⁹ Esta cuestión planteó dos minidebates (véanse A/CN.4/SR.3420 y A/CN.4/SR.3421).

³⁰ Véanse, no obstante, las fuertes críticas expresadas por el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418).

propuestos³¹. El Relator Especial suscribe esa crítica y espera que el Comité de Redacción pueda incluir una disposición a tal efecto como segundo párrafo del proyecto de conclusión 18. En segundo lugar, varios miembros criticaron la exclusión de la palabra “grave” de los proyectos de conclusión, en contra de lo dispuesto en los artículos sobre la responsabilidad del Estado³².

12. No obstante, fueron los proyectos de conclusión 22 y 23 los que suscitaron más debate. Algunos miembros expresaron fuertes críticas³³. Otros miembros manifestaron su apoyo a los proyectos de conclusión³⁴. Teniendo en cuenta el debate, y después de responder a las críticas a los proyectos de conclusión 22 y 23, el Relator Especial propuso sustituir los proyectos de conclusión 22 y 23 por una cláusula “sin perjuicio”³⁵.

B. Debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General

13. Antes de describir el debate sobre el tema celebrado en la Sexta Comisión durante el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General (y en parte darle respuesta), el Relator Especial desea expresar su profundo agradecimiento al Presidente de la Comisión durante su 70º período de sesiones por su declaración al final del debate, en la que explicó que los miembros de la Comisión, incluidos los Relatores Especiales, asistían a la Sexta Comisión voluntariamente y corriendo con sus propios gastos³⁶. La observación espontánea de una delegación había creado la desafortunada impresión de que los Relatores Especiales estaban disfrutando de las playas de Miami a expensas de las Naciones Unidas³⁷.

³¹ Sra. Oral (A/CN.4/SR.3419). Para los artículos sobre la responsabilidad del Estado, véase resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

³² Véanse, en especial, Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3416); Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421). Véase una firme defensa de la exclusión de la palabra “grave” en la intervención del Sr. Hmoud (A/CN.4/SR.3420).

³³ Se opusieron a estos proyectos de conclusión los siguientes miembros: Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416); Sr. Murphy (*ibid.*); Sr. Nolte (A/CN.4/SR.3417); Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418); Sr. Huang (A/CN.4/SR.3419); y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

³⁴ Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3415); Sr. Nguyen (*ibid.*); Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3416); Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417); Sra. Lehto (*ibid.*); Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3418); Sr. Ouazzani Chahdi (*ibid.*); Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419); Sr. Hassouna (*ibid.*); Sra. Oral (*ibid.*); Sr. Cissé (A/CN.4/SR.3420); Sr. Grossman Guilof (*ibid.*); Sr. Hmoud (*ibid.*); Sr. Peter (A/CN.4/SR.3421); y Sra. Escobar Hernández (*ibid.*). Véase, no obstante, Sr. Reinisch (A/CN.4/SR.3419), quien, si bien no cuestionaba el contenido del proyecto de conclusión 23, señaló que no debía incluirse en el presente proyecto de conclusiones porque trataba una cuestión que se abordaba en el marco de otro tema.

³⁵ A/CN.4/SR.3425.

³⁶ Sr. Valencia-Ospina (A/C.6/73/SR.30).

³⁷ Para que conste en acta, el Relator Especial siempre asiste a los períodos de sesiones de la Sexta Comisión corriendo con sus propios gastos y sin asistencia de las Naciones Unidas, su Gobierno ni ninguna otra institución.

14. Si bien algunos Estados expresaron preocupación por el enfoque de la Comisión, la mayoría acogieron favorablemente la labor del Relator Especial y de la Comisión sobre este tema³⁸. Además de formular observaciones sobre proyectos de conclusión específicos, los Estados Miembros abordaron una serie de cuestiones, incluido el enfoque metodológico del Relator Especial y la Comisión sobre el tema. Aunque en los debates también se plantearon las cuestiones del *ius cogens* regional y la lista ilustrativa, estas no se abordarán en la presente sección del informe, sino en las secciones subsiguientes.

15. Al igual que varios miembros de la Comisión, muchos Estados expresaron su descontento con la metodología empleada por la Comisión, consistente en mantener los proyectos de conclusión en el Comité de Redacción hasta que se haya ultimado un conjunto completo³⁹. Es interesante observar que, aunque se adoptó expresamente

³⁸ De los Estados que formularon observaciones sobre el tema, los siguientes adoptaron una posición generalmente negativa: China (A/C.6/73/SR.25); Francia (A/C.6/73/SR.26); Rumania (*ibid.*); Israel (A/C.6/73/SR.27); Turquía (*ibid.*); y Estados Unidos de América (A/C.6/73/SR.29). Los siguientes Estados adoptaron una posición positiva: Bahamas en nombre de la Comunidad del Caribe (CARICOM) (A/C.6/73/SR.20); Austria (declaración de 26 de octubre de 2018, véase también A/C.6/73/SR.25) (en que reitera su agradecimiento por la labor de la Comisión sobre este tema) (todas las intervenciones ante la Sexta Comisión citadas en el presente informe pueden consultarse en el portal PaperSmart de las Naciones Unidas, en <http://papersmart.unmeetings.org>); Brasil (A/C.6/73/SR.25); Chipre (*ibid.*); Egipto (*ibid.*); México (*ibid.*) (“acoge con beneplácito el hecho de que la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial se basen en disposiciones de instrumentos aprobados por la Comisión, en particular la Convención de Viena, los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas. Apoya la inclusión de un proyecto de conclusión sobre las consecuencias de las normas de *ius cogens* para los principios generales del derecho, a fin de abarcar todas las fuentes del derecho internacional”); Singapur (declaración de 30 de octubre de 2018, véase también A/C.6/73/SR.25) (en que destacó que, con sus observaciones, no pretendía menoscabar su reconocimiento de la labor llevada a cabo en su conjunto y del profundo análisis realizado para la elaboración del informe); Estonia (A/C.6/73/SR.26); Japón (*ibid.*) (“su delegación apoya el enfoque del Relator Especial”); Nueva Zelanda (*ibid.*); Portugal (*ibid.*); Tailandia (*ibid.*); Grecia (A/C.6/73/SR.27 y declaración de 30 de octubre de 2018) (“felicitó al Relator Especial por haber logrado dar un enfoque pragmático y holístico a su tercer informe [...] a pesar de la escasa práctica de los Estados en la materia” y extendió su agradecimiento al Comité de Redacción por su examen en curso del proyecto de conclusiones); República Islámica del Irán (A/C.6/73/SR.27); Malasia (declaración de 30 de octubre de 2018, véase también A/C.6/73/SR.27) (que expresó reconocimiento por la labor realizada hasta la fecha por el Relator Especial); República de Corea (A/C.6/73/SR.27 y declaración de 30 de octubre de 2018) (“A pesar de la escasa práctica y jurisprudencia de los Estados en la materia, el Relator Especial ha podido preparar un informe exhaustivo que trata de aclarar esas cuestiones fundamentales del derecho internacional”, y la delegación encomió encarecidamente al Relator Especial y a la Comisión de Derecho Internacional por su inestimable labor); Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27); Viet Nam (*ibid.*); y Mozambique (A/C.6/73/SR.28). Otros Estados expresaron sus opiniones sobre diversas disposiciones sin adoptar una posición general positiva ni negativa con respecto a la forma en que se estaba tratando el tema: Polonia (A/C.6/73/SR.25); República Checa (*ibid.*); Alemania (A/C.6/73/SR.26); Eslovaquia (*ibid.*); India (*ibid.*); Países Bajos (*ibid.*); y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/73/SR.27). Es algo difícil situar a Italia (A/C.6/73/SR.25). Si bien el tono general de su intervención pareció positivo, su propuesta de que la Comisión aprobara un informe denotaba una fuerte posición negativa.

³⁹ Francia (A/C.6/73/SR.20) (“El Comité de Redacción ha aprobado provisionalmente varias conclusiones sobre el tema ‘Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)’, pero ninguna de ellas ha sido examinada o aprobada por la Comisión de Derecho Internacional en sesión plenaria, y aún no se han presentado comentarios. La profusión de temas también dificulta a los Estados la presentación de las observaciones que la Comisión solicita cada año. Por lo tanto, es esencial recuperar la anterior práctica de la Comisión de examinar solo un número limitado de temas en cada período de sesiones, lo que le permitirá analizar los temas en

hace varios años⁴⁰, este enfoque no se ha planteado en los debates hasta ahora. Además, la impresión de que es la primera vez que la Comisión trabaja de esta manera no es acertada. La Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario” (que más tarde se cambió a “Identificación del derecho internacional consuetudinario”) en 2012. Examinó el tema en 2012, 2013, 2014 y 2015, y en 2016 aprobó todo el proyecto de conclusiones y sus comentarios. La primera vez que se incluyeron proyectos de conclusión con comentarios en el informe de la Comisión sobre ese tema fue en 2016 —año en que se aprobó el conjunto completo en primera lectura—, sin que ni un solo miembro de la Comisión ni ningún Estado Miembro expresaran preocupación alguna sobre esta metodología. De hecho, es interesante que la delegación de Francia, en su intervención durante el debate en la Sexta Comisión, se refiriera a la manera en que se trató el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario” como el método de trabajo ideal⁴¹. No obstante, la misma delegación expresó preocupación porque ese mismo método de trabajo se empleara ahora en el tema “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. El resumen que figura en el informe de la Comisión de la respuesta del Relator Especial a las críticas de los tres miembros de la Comisión que plantearon por primera vez la cuestión parece más apologético que la respuesta que se dio realmente al resumir el debate⁴². Por ello, es necesario reproducir la respuesta literalmente:

Deseo comenzar mis observaciones respondiendo a la preocupación del Sr. Nolte por los métodos de trabajo. Esta preocupación era compartida por el Sr. Rajput, el Sr. Grossman y el Sr. Murase...

Cabe recordar que el Relator Especial propuso por primera vez a la Comisión este particular método de trabajo para este tema durante el resumen del debate sobre el primer informe como solución de compromiso, en respuesta a las preocupaciones de miembros como el Sr. Nolte, el Sr. Murphy y el Sr. Wood, quienes cuestionaban la propuesta que se hacía en ese primer informe de que la Comisión adoptara un enfoque fluido, es decir, que aprobara algunas conclusiones pero las fuera ajustando a medida que avanzaban los trabajos. La alternativa, según me pareció entender entonces, suponía una desviación más radical de la práctica de la Comisión. Era que el Relator Especial elaborara varios informes sin ningún proyecto de conclusión y solo después, cuando todas las cuestiones estuvieran claras, preparara proyectos de conclusión. Tal vez él lo haya olvidado, pero hay un dicho en Sudáfrica que dice que la víctima nunca olvida.

detalle y hacer un balance de la práctica y la jurisprudencia en todo el mundo.”); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/73/SR.24); China (A/C.6/73/SR.25); Singapur (*ibid.*); Alemania (A/C.6/73/SR.26); Rumania (*ibid.*); Israel (A/C.6/73/SR.27); y Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, A/72/10, párr. 210 (“[e]l Relator Especial reiteró que prefería que el Comité de Redacción finalizase su labor sobre todas las propuestas de proyectos de conclusión que se proponía presentar durante la primera lectura antes de remitirlas de nuevo al pleno de la Comisión”). Véanse también la declaración de 9 de agosto de 2016 del Presidente del Comité de Redacción (Sr. Šturma) sobre el *ius cogens* y la declaración de 26 de julio de 2017 del Presidente del Comité de Redacción (Sr. Rajput) sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

⁴¹ Francia (A/C.6/73/SR.20) (“Por esa razón, debe hacerse un esfuerzo para que las Relatorías Especiales reciban información útil sobre los diferentes ordenamientos jurídicos. El método utilizado para la labor de la Comisión sobre el tema ‘Identificación del derecho internacional consuetudinario’ es un modelo que podría adoptarse en lo sucesivo”).

⁴² A/73/10, párr. 162.

Es cierto que, después de plantear esta propuesta, como Relator Especial vi que este enfoque tenía otras ventajas, de modo que, aunque inicialmente lo propuse como solución de compromiso, he pasado a suscribirlo plenamente.

No obstante, también debo añadir que, aunque no por elección del Relator Especial, en las actas se verá que este tema siempre se ha examinado en la segunda mitad del período de sesiones. En ninguna de las sesiones en las que se ha examinado este tema habría sido posible, en las dos o tres semanas que quedaban después de su finalización en el Comité de Redacción, preparar los comentarios, presentarlos para su edición y traducción y tenerlos listos para su aprobación por la Comisión.

Es cierto que esto podría haberse hecho de un año para otro, de modo que los proyectos de conclusión examinados en 2016 se aprueben en 2017, los proyectos de conclusión examinados en 2017 se aprueben en 2018 y los proyectos de conclusión que puedan examinarse el año en curso se aprueben en 2019. Pero esto podría resultar aún más confuso para los Estados que ahora reciben tanto el resumen del debate sobre el texto aún no aprobado del año en curso como el texto aprobado del informe del año anterior.

16. Una segunda cuestión metodológica planteada por varias delegaciones se refería a la importancia de la práctica en el examen del tema. Varios Estados cuestionaron el hecho de que el Relator Especial se basara más en la teoría y la doctrina que en la práctica de los Estados⁴³. Cabe señalar que, aunque algunos Estados señalaron este extremo, la mayoría no lo hizo y, de hecho, algunos observaron de manera explícita que el tercer informe del Relator Especial se basaba en la práctica de los Estados, a pesar de su escasez⁴⁴. Es difícil responder a la crítica de que la labor del Relator Especial y de la Comisión ha seguido un enfoque teórico y no se ha basado en la práctica, ya que ninguno de los Estados ha señalado un solo proyecto de conclusión que carezca absolutamente de respaldo en la práctica. Ni un solo proyecto de

⁴³ República Checa (A/C.6/73/SR.25) (“El enfoque del Relator Especial se basa principalmente en referencias a la doctrina y no a la práctica internacional”); Eslovaquia (A/C.6/73/SR.26) (“Eslovaquia observa con preocupación que varios de los proyectos de conclusión sobre el tema propuesto por el Relator Especial se basan solamente en opiniones doctrinales y no en la práctica de los Estados”); Francia (*ibid.*); Rumania (*ibid.*) (“El examen del tema por la Comisión de Derecho Internacional debe basarse en la práctica de los Estados y no en estudios doctrinarios”); e Israel (A/C.6/73/SR.27 y declaración de 30 de octubre de 2018) (que expresó varias preocupaciones sobre la metodología empleada por el Relator Especial, entre ellas que “el Relator Especial se ha basado demasiado en la teoría y la doctrina, en lugar de en la práctica pertinente de los Estados”). Véase también Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29) (“En términos más generales, la falta de práctica de los Estados o jurisprudencia sobre el grueso de las cuestiones que se abordan en el proyecto tiene claras consecuencias para el papel y la función de los proyectos de conclusión que se acaban aprobando sobre el tema. Pese a presentarse como ‘proyectos de conclusión’, las afirmaciones que contiene el proyecto no se basan en una autoridad jurídica, sino que reflejan un intento de imaginar, mediante un razonamiento deductivo, la forma en que ciertos principios pueden aplicarse en circunstancias hipotéticas.”).

⁴⁴ Algunos ejemplos de Estados que hicieron esa observación son: Austria (declaración de 26 de octubre de 2018, véase también A/C.6/73/SR.25) (que acogió favorablemente los proyectos de conclusión 10 a 12 propuestos inicialmente, que parecían reflejar en gran medida el estado actual del derecho con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 y el correspondiente derecho internacional consuetudinario); Brasil (A/C.6/73/SR.25) (“Elogia al Relator Especial por la calidad de su investigación y por proponer un proyecto de conclusiones que refleja la práctica de los Estados de una manera acorde a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”); Japón (A/C.6/73/SR.26) (“su delegación apoya el enfoque del Relator Especial” consistente en “basarse en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales internacionales para dar contenido y significado al artículo”); Portugal (*ibid.*) (“La Comisión, en su labor sobre el tema en su 70º período de sesiones, ha logrado un equilibrio adecuado entre la teoría y la práctica”); y Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27).

conclusión propuesto en el tercer informe (o en ninguno de los informes anteriores) se basa exclusivamente en la doctrina. Aunque solo una pequeña minoría de Estados hicieron ese reproche, es tan grave e ignominioso que⁴⁵, excepcionalmente, hacen falta algunos ejemplos para refutarlo. En el tercer informe se presenta abundante práctica de los Estados en forma de decisiones de cortes y tribunales nacionales⁴⁶, declaraciones de Estados⁴⁷, práctica convencional⁴⁸, resoluciones de la Asamblea General⁴⁹ y resoluciones del Consejo de Seguridad⁵⁰. El informe también está repleto de invocaciones de la jurisprudencia internacional y regional⁵¹.

17. Al igual que en la Comisión, muchos Estados centraron su atención en el proyecto de conclusión 14 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2018⁵², relativo al mecanismo de arreglo de controversias para la nulidad de los tratados. En muchos sentidos, las observaciones formuladas van en distintas direcciones y ponen de manifiesto la razón por la que la solución del Comité de Redacción es la mejor. En un extremo del espectro, los Estados propusieron una estrecha armonización de los procedimientos con el modelo de la Convención de Viena de 1969, ya que de lo contrario podía disminuir la importancia de las disposiciones de arreglo de controversias contenidas en la Convención, que eran un

⁴⁵ La crítica es especialmente grave habida cuenta de la determinación del Relator Especial de evitar un enfoque teórico y centrarse en la práctica. Véase el tercer informe (A/CN.4/714 y Corr.1), párr. 23.

⁴⁶ Véanse algunos ejemplos seleccionados al azar del tercer informe (se omiten las citas): la nota 363, con una referencia a *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (Suiza); la nota 352, con una referencia a, entre otros, *Sabbithi v. Al Saleh* (Estados Unidos); y la nota 264, con una referencia a *Nulyarimma v. Thompson* (Australia). Se han omitido las causas relacionadas con los proyectos de conclusión 22 y 23 por la evidente controversia que han suscitado estos proyectos de conclusión, que no guarda relación alguna con el uso o no de la práctica de los Estados, sino con la suficiencia de la práctica.

⁴⁷ Véanse algunos ejemplos seleccionados al azar del tercer informe (se omiten las citas): la nota 79 del tercer informe, con declaraciones de los Países Bajos, Chipre e Israel sobre diversos tratados; la nota 81, con los argumentos de Australia en la causa relativa a *East Timor* en relación con el Tratado Relativo a la Falla de Timor; la nota 83, con una referencia a la opinión de los Estados Unidos sobre el Tratado de Amistad entre la Unión Soviética y el Afganistán; la nota 126, con una referencia a la declaración de Rwanda en relación con el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969; la nota 147, con una referencia a las declaraciones de varios Estados (Reino Unido, Turquía) en una sesión del Consejo de Seguridad en relación con una denuncia de Chipre sobre el uso de la fuerza por Turquía en Chipre; o la nota 266, con una referencia a las declaraciones de Burkina Faso y la República Checa sobre la relación entre las obligaciones *erga omnes* y el *ius cogens*.

⁴⁸ En este caso, basta con decir que gran parte de la labor del tercer informe (A/CN.4/714 y Corr.1) se basa en la Convención de Viena de 1969.

⁴⁹ Véanse algunos ejemplos seleccionados al azar del tercer informe (se omiten las citas): la nota 86, con una referencia a la resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1979; o la nota 248, con una referencia a la resolución 3411 D de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975.

⁵⁰ Véanse algunos ejemplos seleccionados al azar del tercer informe (se omiten las citas): la nota 150, con una referencia a la resolución 353 (1974) del Consejo de Seguridad; o la nota 241, con una referencia a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad.

⁵¹ Véanse algunos ejemplos seleccionados al azar del tercer informe (se omiten las citas): la nota 88, con una referencia a *Prosecutor v. Taylor* (Tribunal Especial para Sierra Leona); la nota 124, con una referencia a *Armed Activities on the Territory of the Congo* (fallo de la Corte Internacional de Justicia), en que se proponía una interpretación estricta del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969; la nota 154, con una referencia a *Consejo de la Unión Europea c. Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*; y la nota 163, con una referencia a la causa *Oil Platforms* (Corte Internacional de Justicia).

⁵² Puede consultarse en <http://legal.un.org/ilc/>.

componente esencial del régimen de *ius cogens* que establecía⁵³. En el otro extremo del espectro, otros Estados consideraban que, al incluir el proyecto de conclusión, a pesar de su fundamento en la Convención de Viena de 1969, se imponía una norma convencional a los Estados que no eran partes en el tratado, ya que el proyecto de conclusión no podía constituir una norma de derecho internacional consuetudinario⁵⁴. En opinión del Relator Especial, ambas preocupaciones tienen *cierto* fundamento, pero también tienen fallas. El proyecto de conclusión 14 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción trata de mediar entre estas dos preocupaciones contradictorias.

18. En el presente informe se abordarán a continuación dos cuestiones que están indirectamente relacionadas con la función de la práctica y que ilustran malentendidos sobre algunos aspectos del tercer informe. En primer lugar, en su declaración, Israel afirmó que los proyectos de conclusión 20 y 21 eran inaceptables porque se basaban únicamente en los artículos sobre la responsabilidad del Estado, que, en su opinión, no reflejaban el derecho internacional consuetudinario⁵⁵. La Comisión suele basarse en su labor anterior y sería extraño que, en este caso, se apartara de dicha labor sin ninguna razón de peso. Pero, más que eso, esos proyectos de conclusión no solo se basan en los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Se basan en decisiones judiciales (nacionales, regionales e internacionales)⁵⁶, en declaraciones de Estados⁵⁷ y en resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General⁵⁸. Por lo tanto, simplemente no es correcto decir que esos proyectos de conclusión se basan únicamente en los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En cualquier caso, en opinión del Relator Especial, sería difícil que la Comisión, en 2018, diera la impresión de que es conforme al derecho internacional que los Estados no cooperen para poner fin a las situaciones creadas por violaciones del *ius cogens* y, más aún, de que el derecho internacional admite que los Estados presten asistencia para mantener esas situaciones. En su declaración, Turquía señaló que el Relator Especial afirma que “la inderogabilidad es un criterio [...], no una consecuencia [del *ius cogens*]”⁵⁹. Se trata claramente de un error, ya que, en varios lugares de los informes del Relator Especial, este ha dejado claro que, en su opinión, la inderogabilidad es una consecuencia⁶⁰. El criterio es “la aceptación y el reconocimiento” de la inderogabilidad, calificado en el segundo informe de *opinio iuris cogentis*.

⁵³ Véanse, por ejemplo, India (A/C.6/73/SR.26); Países Bajos (*ibid.*) y Reino Unido (declaración de 30 de octubre de 2018, también A/C.6/73/SR.27).

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, Polonia (A/C.6/73/SR.25); Singapur (A/C.6/73/SR.25); Grecia (A/C.6/73/SR.27); e Israel (A/C.6/73/SR.27).

⁵⁵ Israel (A/C.6/73/SR.27). Véase también Reino Unido (declaración de 30 de octubre de 2018, también A/C.6/73/SR.27).

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, en el tercer informe, la nota 222, con una referencia a la opinión consultiva relativa a *Legal Consequences of the Construction of Wall*; la nota 225, con una referencia a *South West Africa cases* [excepciones preliminares]; la nota 228, con una referencia a la opinión consultiva relativa a *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*; la nota 239, con una referencia a *A and others v. Secretary of State*; y la nota 215, con una referencia al caso *La Cantuta Vs. Perú*.

⁵⁷ Véase, en el tercer informe, la nota 222, con una referencia a la declaración del Iraq en un debate del Consejo de Seguridad (S/PV.4503).

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, en el tercer informe, la nota 241, con una referencia a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad; y la nota 244, con una referencia a la resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General, de 27 de octubre de 1966.

⁵⁹ Turquía (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, el segundo informe (A/CN.4/706), párr. 38, donde el Relator Especial afirma que la inderogabilidad “no serían criterios sino más bien una consecuencia del *ius cogens*”. Véase también el primer informe (A/CN.4/693), párr. 62 (“[la inderogabilidad] es una consecuencia de la imperatividad”).

19. También se expresaron opiniones divergentes con respecto a la cuestión de la mención explícita del Consejo de Seguridad en el proyecto de conclusión 17. No cabe duda de que el Comité de Redacción tendrá en cuenta esas opiniones cuando examine el proyecto de conclusión 17.

20. Al igual que en la Comisión, muchos Estados abordaron la cuestión de la responsabilidad penal individual. Habida cuenta de la propuesta del Relator Especial de incluir una cláusula “sin perjuicio”, no es necesario decir nada más al respecto.

III. *Ius cogens* regional

21. En el tercer informe se daba a entender que la cuestión del *ius cogens* regional se examinaría en el cuarto informe⁶¹. El Relator Especial ya había expresado, en su primer informe, sus primeras impresiones sobre la cuestión del *ius cogens* regional:

La idea de que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables tiene dos consecuencias [...] Una segunda y más compleja consecuencia de la aplicación universal es que las normas de *ius cogens* no se aplican en régimen regional o bilateral. Aunque algunos autores opinan que el *ius cogens* regional es posible, el fundamento de esa opinión es todavía algo oscuro. Si existiera, el *ius cogens* regional sería una excepción a este principio general de la aplicación universal de las normas de *ius cogens*. La cuestión relativa a saber si el derecho internacional permite la doctrina del *ius cogens* regional se examinará en el informe final, sobre cuestiones diversas⁶².

22. Los Estados llevan mucho tiempo preocupados por la forma en que la Comisión acabaría abordando la cuestión del *ius cogens* regional⁶³. Durante el debate sobre el informe de la Comisión en 2018, los Estados formularon observaciones sobre la cuestión del *ius cogens* regional. En sus declaraciones, los Estados que se pronunciaron sobre la cuestión rechazaron en general la posibilidad de que existiera un *ius cogens* regional. Malasia, si bien esperaba con interés la continuación del debate sobre el *ius cogens* regional, señaló que “esa aplicación podría no ser coherente con el [...] *ius cogens*” y que el concepto de *ius cogens* regional “podría además crear confusión y, por lo tanto, debería evitarse”⁶⁴. El Reino Unido dijo que tenía “dudas sobre la utilidad de examinar el *ius cogens* ‘regional’”⁶⁵. En su opinión, “el concepto de *ius cogens* regional socavaría la integridad de las normas de *ius cogens* universalmente aplicables”. En su declaración, Tailandia señaló que, a su juicio, “aceptar la existencia de normas de *ius cogens* regionales supondría contradecir y menoscabar la noción de que el *ius cogens* constituye normas ‘aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto’” y que, por lo tanto, “el derecho internacional no admit[ía] la posibilidad de un *ius cogens* regional”⁶⁶. Del mismo modo, Finlandia, en nombre de los países nórdicos, dijo que no estaban “convencidos de la posibilidad de conciliar el *ius cogens* regional con la noción de *ius cogens* como normas imperativas de derecho internacional general”⁶⁷. En términos aún más enérgicos, Grecia afirmó que cre[ía] firmemente que el concepto del *ius cogens* regional “es contrario a la idea misma de *ius cogens*, que, por

⁶¹ A/CN.4/714 y Corr.1, párr. 162.

⁶² A/CN.4/693, párr. 68.

⁶³ K. Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law” *Chinese Journal of International Law*, vol. 16 (2017), págs. 643 a 662, en especial págs. 659 y 660.

⁶⁴ Malasia (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁵ Reino Unido (declaración de 30 de octubre de 2018, véase también A/C.6/73/SR.27).

⁶⁶ Tailandia (A/C.6/73/SR.26).

⁶⁷ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/73/SR.24).

definición, es universal”⁶⁸. De manera similar, Sudáfrica dijo que estaba “preocupada porque la consideración de un concepto como el *ius cogens* regional diluya la naturaleza suprema y universal del *ius cogens*”⁶⁹. Los Estados Unidos, por su parte, “cuestiona[ro]n la utilidad de considerar el ‘*ius cogens* regional’ y coincid[ieron] con otras delegaciones en que dicho concepto parec[ía] estar en contradicción con la opinión de que, para que una norma se considere de *ius cogens*, esta deber ser ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto’”⁷⁰. Incluso Portugal, que declaró que el estudio de la cuestión del *ius cogens* regional podía ser “un ejercicio atractivo desde el punto de vista intelectual”, instó a actuar con cierta prudencia, ya que “no debe ponerse en peligro la integridad de las normas imperativas de derecho internacional general como normas reconocibles y aplicables universalmente”⁷¹.

23. Como se señala en el primer informe del Relator Especial, algunos autores han promovido la idea de un *ius cogens* regional⁷². El principal de ellos es Robert Kolb⁷³. No obstante, el enfoque del *ius cogens* que postula Kolb, examinado a fondo en el primer informe, que carece de ambición universalista, absolutista y de superioridad jerárquica, puede, a diferencia del enfoque adoptado por la Comisión, ser plenamente compatible con la idea de un *ius cogens* regional⁷⁴. Este considera que el *ius cogens* es una “técnica jurídica” que puede aplicarse y utilizarse de diversas maneras⁷⁵. En su opinión, hay diferentes tipos de *ius cogens*, con distinta función y efectos en el derecho internacional⁷⁶. Según su teoría, cualquier norma que no pueda modificarse, incluidas las normas de procedimiento de la Corte Internacional de Justicia, puede constituir *ius cogens*⁷⁷. Por ejemplo, el hecho de que las partes en una controversia no puedan solicitar una opinión consultiva de la Corte, ni puedan pedir a la Corte que les dé una indicación oficiosa de los resultados de sus deliberaciones, sería un ejemplo de norma de *ius cogens*⁷⁸. Según su concepción amplia del *ius cogens*, no es difícil imaginar un *ius cogens* regional (o incluso bilateral), ya que cualquier acuerdo entre Estados en el sentido de que una norma, cualquier norma, es inderogable daría lugar

⁶⁸ Grecia (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁹ Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27).

⁷⁰ Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29).

⁷¹ Portugal (declaración de 26 de octubre de 2018 y A/C.6/73/SR.26).

⁷² Véase una descripción del debate en U. Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 51 y ss., en especial págs. 70, 72 y 81. Véase también R. Hasmath, “The utility of regional *jus cogens*”, informe presentado en la reunión anual de la American Political Science Association (Nueva Orleans (Estados Unidos de América)), 30 de agosto a 2 de septiembre de 2012.

⁷³ Véase también W. Czapliński, “*Jus Cogens* and the law of treaties”, en C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006), págs. 83 a 98, en especial págs. 92 y 93. Véase también G. Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, págs. 271 a 278, en especial pág. 284.

⁷⁴ Véase, en general, R. Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens): A General Inventory* (Oxford, Hart, 2015), en especial págs. 97 y ss. Para un análisis, véase el primer informe (A/CN.4/693), en especial párr. 57.

⁷⁵ Véase una descripción en T. Kleinlein, “*Jus cogens* re-examined: value formalism in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 28 (2017), págs. 295 a 315, quien, en la pág. 297, describe el enfoque de Kolb respecto de la cuestión como un enfoque técnico y analítico no ideológico.

⁷⁶ Kolb, *Peremptory International Law (Ius Cogens)*... (nota 72 *supra*), pág. 45.

⁷⁷ *Ibid.*, págs. 51 a 54.

⁷⁸ *Ibid.*, págs. 51 y 52.

a una norma imperativa⁷⁹. La concepción del *ius cogens* reflejada en la práctica de los Estados, tal como se explica en los informes primero, segundo y tercero, apoya la idea de un *ius cogens* basado en una jerarquía de normas y vinculado a su vez a la idea de salvaguardar mediante la primacía lo que es más importante, un núcleo común, supuestamente universal, de valores humanos⁸⁰.

24. No obstante, incluso algunos autores que generalmente aceptan las ideas “absolutistas” del *ius cogens* parecen aceptar, aunque con más prudencia, la opinión de que, al menos teóricamente, el *ius cogens* regional es posible. Erika de Wet, por ejemplo, señala de manera indecisa que las obligaciones establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸¹ se han convertido en derecho consuetudinario regional y, posiblemente, incluso en *ius cogens* regional⁸². Así lo demuestra, a su juicio, el “rango especial” de que goza el Convenio Europeo en el territorio de sus miembros⁸³. Czaplinski adopta un enfoque algo ambivalente. En primer lugar, haciéndose eco de los sentimientos expresados por los Estados antes mencionados, duda de que las normas regionales (particulares) puedan tener carácter imperativo, ya que, según la definición del *ius cogens* del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, este está compuesto exclusivamente por normas de derecho internacional general que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto⁸⁴. No obstante, inmediatamente después señala que la noción ha evolucionado desde 1969 y que podría aceptar, *en teoría*, la existencia de un *ius cogens* regional⁸⁵. El antiguo miembro de la Comisión y Magistrado de la Corte Internacional de Justicia Giorgio Gaja también ha adoptado un enfoque abierto respecto de la cuestión del *ius cogens* regional:

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 97 (donde se afirma que, si se adopta la visión técnico jurídica del *ius cogens* que se propugna en la monografía, no hay ningún motivo para negar la existencia de normas imperativas regionales).

⁸⁰ H. R. Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), págs. 1049 a 1058, en especial pág. 1050. Véase C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, en E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens* (Roma, Sapienza, 2015), págs. 7 a 98, en especial pág. 8, quien describe el *ius cogens* como la clase de normas que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. Más adelante, en la pág. 23, señala que el *ius cogens* tiene importantes connotaciones morales. Véase, en particular, el proyecto de conclusión 2 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2017 (declaración del Presidente del Comité de Redacción de 26 de julio de 2017 (nota 40 *supra*), anexo). Al explicar este proyecto de conclusión, el Presidente del Comité de Redacción dijo que la mayoría de los miembros consideraba que se trataba de una importante disposición que proporcionaba una orientación general para las disposiciones que figuraban a continuación (*ibid.*). Véase el fundamento de este enfoque en la práctica de los Estados y en las decisiones de cortes y tribunales internacionales, primer informe (A/CN.4/693), párrs. 61 a 72; y segundo informe (A/CN.4/706), párrs. 18 a 30.

⁸¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

⁸² E. de Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19 (2006), págs. 611 a 632, en especial pág. 617.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Czaplinski “*Jus cogens* and the law of treaties” (nota 73 *supra*), págs. 92 y 93.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 93.

La Convención indica que las normas imperativas son necesariamente de “derecho internacional general” y se aplican a la “comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Nunca se ha dado una razón convincente para descartar la posibilidad de que existan normas imperativas no universales o “regionales”. Los valores imperantes en los grupos regionales no necesariamente entran en conflicto con los valores que operan en un marco más amplio. Pueden existir normas que solo adquieran carácter imperativo en un contexto regional⁸⁶.

25. Otro antiguo miembro de la Comisión, Alain Pellet, adopta un enfoque similar⁸⁷. En primer lugar, señala, correctamente a juicio del Relator Especial, que, muy a menudo, la aparición de una norma universal de *ius cogens* obedece a las exigencias de la sociedad civil (habla en general de actores no estatales) y de las regiones⁸⁸. Con esto no quiere decir, al parecer, que las normas del *ius cogens* universal constituyan necesariamente el primer *ius cogens* regional. Más bien, según mi interpretación de Pellet, las normas ordinarias que surgen en el contexto regional a menudo impulsan la aparición de normas de *ius cogens*. Pero este añade, entre paréntesis explícitos⁸⁹, que cree que podría haber un *ius cogens* regional, al decir que *existe* un sistema europeo de derechos humanos imperativos que, sin duda, es más detallado y exigente que la muy dispersa red de derechos humanos “*cogens*” existente a nivel mundial⁹⁰.

26. Si bien algunos autores han apoyado la noción de *ius cogens* regional, hay por lo menos dos problemas con el concepto. El primer problema guarda relación con la falta de práctica que corrobore la existencia de un *ius cogens* regional. El segundo es más teórico, y ocupa un lugar central en las objeciones planteadas por los Estados. Para mayor comodidad, el informe comenzará con el segundo problema más teórico. El problema se refleja acertadamente en una serie de preguntas planteadas por el Secretario General de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, Kennedy Gastorn⁹¹. Se pregunta, por ejemplo, si tiene sentido que existan normas de *ius cogens* que solo se apliquen a ciertos Estados, de manera que se distinga su carácter imperativo del carácter de una costumbre regional particular normal, y si una norma imperativa seguiría siendo imperativa si solo *algunos* Estados estuvieran obligados por ella, pero no todos⁹².

27. Orakhelashvili también cuestiona la posibilidad de un *ius cogens* regional⁹³. Presenta argumentos muy similares a los planteados por los Estados en el debate celebrado en la Sexta Comisión en 2018. En particular, señala que la noción de *ius cogens* regional no sería compatible con la definición de *ius cogens* que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969⁹⁴, definición que la Comisión ha aceptado en gran medida. El conocido académico alemán (y antiguo miembro de la Comisión) Tomuschat también señala que el *ius cogens* nunca podría existir como una

⁸⁶ Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention” (nota 73 *supra*), pág. 284.

⁸⁷ A. Pellet “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), pág. 83.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 89.

⁸⁹ Es decir, coloca la observación entre paréntesis y señala que las observaciones figuran entre paréntesis.

⁹⁰ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...” (nota 87 *supra*), pág. 89 (en cursiva en el original).

⁹¹ Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law” (nota 63 *supra*), pág. 661.

⁹² *Ibid.*

⁹³ A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), págs. 38 y 39.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 39.

norma puramente “bilateral”, ya que su autoridad deriva de los intereses de la comunidad internacional⁹⁵. El mismo razonamiento parece excluir la posibilidad de que exista un *ius cogens* regional. No obstante, más allá de las cuestiones de definición planteadas, la noción de *ius cogens* regional plantea otras dificultades fundamentales⁹⁶. Esas dificultades conceptuales y prácticas se derivan del carácter inherentemente universal del *ius cogens*, que se aplica en todas partes⁹⁷.

28. La primera dificultad conceptual se refiere al establecimiento (o la formación) de un *ius cogens* regional. Es difícil explicar, en teoría, por qué un Estado de una región, región que tal vez sea hostil a ese Estado, tiene que estar obligado, en la medida absoluta en que las normas de *ius cogens* obligan a los Estados, por una norma que no es *ius cogens* universal y a la que no ha dado su consentimiento (o, si lo ha hecho, no ha aceptado su carácter imperativo, con todas las consecuencias que ello conlleva). En el caso de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el hecho de que el *ius cogens* tenga esa facultad excepcional y pueda obligar *sin que medie* consentimiento se explica porque se trata de normas que son tan fundamentales para la comunidad internacional que son inderogables. La facultad excepcional se deriva, por tanto, de la misma pretensión absoluta que Kolb niega como esencia del *ius cogens*⁹⁸. El caso es que la Comisión ha aceptado recientemente la posibilidad de un derecho internacional consuetudinario regional, que la Comisión denomina “derecho internacional consuetudinario particular”⁹⁹. Por lo tanto, cabe preguntarse si el mismo razonamiento doctrinal que permite superar el obstáculo del derecho internacional consuetudinario regional no permite, del mismo modo, superar el obstáculo del *ius cogens* regional. La respuesta debe ser absolutamente no. Si bien es cierto que el derecho internacional consuetudinario regional debe estar sujeto a la norma del objetor persistente (al menos si el derecho internacional consuetudinario general lo está), probablemente no ocurrirá lo mismo con cualquier noción de *ius cogens* regional, pues de lo contrario dejaría de ser *ius cogens* en todos los sentidos. Si el *ius cogens* regional estuviera sujeto a la norma del objetor persistente, o a cualquier norma de objeción ese sentido, dejaría de tener carácter imperativo.

29. La segunda dificultad conceptual se refiere a la cuestión de la definición de “región”. La aplicación universal se define fácilmente como a todos los Estados. No obstante, en derecho, el *ius cogens* regional es indeterminado. ¿Incluye el África Meridional, como región, a Burundi (que solicitó su adhesión a la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo)?, ¿incluye Europa, como región y a los efectos del *ius cogens* regional, a Europa Oriental y, en particular, a la Federación de Rusia? Cabe preguntar lo mismo con respecto a las Américas, que tienen una serie de componentes que pueden configurarse de manera diferente según el contexto. Normalmente, esos conceptos dependen del acuerdo de la parte de los Estados con el

⁹⁵ Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (nota 80 *supra*), pág. 28.

⁹⁶ Una lectura objetiva de la contribución de Tomuschat en su conjunto confirmaría esta conclusión. Véase, en especial, la pág. 33 (*ibid.*), en la que Tomuschat rechaza el planteamiento relativista (es decir, no absolutista) de Kolb respecto del *ius cogens*, al afirmar que Robert Kolb ha tratado de demostrar que la dependencia exclusiva del sistema internacional de valores no es correcta y que el *ius cogens* debe interpretarse en un sentido mucho más amplio. Pero ninguno de sus ejemplos es válido. Por un lado, Kolb argumenta que ciertas premisas axiológicas del orden jurídico internacional no pueden ser modificadas por los Estados, de ahí el principio de *pacta sunt servanda*. Pero se trata de cuestiones que escapan a la jurisdicción de un Estado. No se necesitan las máximas del *ius cogens* para negar la validez de los intentos por destruir la estructura jurídica del orden jurídico internacional.

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 25.

⁹⁸ Véase Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)...* (nota 74 *supra*), págs. 97 y ss.

⁹⁹ Véase el proyecto de conclusión 16 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión en segunda lectura, A/73/10, párr. 65, pág. 168.

fin concreto y, en la mayoría de los casos, requerirán dicho acuerdo. Por este motivo, la región del África Meridional tiene distintos significados en los contextos de la Unión Africana y las Naciones Unidas. Ante esta incertidumbre, el concepto de *ius cogens* regional plantearía la dificultad conceptual y práctica de saber qué Estados están obligados por una determinada norma de *ius cogens* regional.

30. En tercer lugar, y en relación con la dificultad antes mencionada, no está claro si el *ius cogens* regional debe estar siempre vinculado a un régimen convencional regional existente. Los ejemplos de práctica —que se examinan a continuación— expuestos para justificar la noción de *ius cogens* regional se han referido a la protección de los derechos en Europa o en el sistema interamericano de derechos humanos. No obstante, al ser sistemas de tratados basados en el acuerdo de las partes con esos sistemas regionales, no está claro hasta qué punto pueden generar normas de *ius cogens* propiamente dichas¹⁰⁰. Esa duda sobre la capacidad de los regímenes convencionales regionales para establecer *ius cogens* regional no excluye la posibilidad de que esas normas convencionales regionales acaben convirtiéndose en normas de *ius cogens* propiamente dichas. Cabe argumentar (y aquí tal vez el Relator Especial se adelanta) que la prohibición de la desaparición forzada, que indudablemente tiene su origen en la región de las Américas, es un ejemplo de cómo un tratado o una norma consuetudinaria regionales pueden evolucionar hasta convertirse en una norma de *ius cogens*.

31. El ejemplo al que más se recurre para justificar la noción de *ius cogens* regional es Europa, ya sean las normas de la Comunidad Europea o las del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰¹. Así, al plantear la idea del *ius cogens* regional, Kolb habla de un orden público europeo que va más allá del orden universal en materia de democracia, preeminencia del derecho y separación de poderes¹⁰². Del mismo modo, De Wet habla de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, en su opinión, han evolucionado posiblemente hasta convertirse en normas de *ius cogens* regional¹⁰³. Estos argumentos se basan a menudo en la idea de una identidad común forjada por la pertenencia a una comunidad común y, por lo tanto, en la naturaleza especial de las normas que vinculan a dicha comunidad común. No obstante, este razonamiento atribuye erróneamente carácter imperativo a la función o condición especial de las normas particulares de una parte de la comunidad de Estados. El hecho de que un conjunto de normas, vinculantes para una determinada comunidad de Estados, tenga un rango especial para esa comunidad de Estados no hace que ese conjunto de normas sea *ius cogens*, ya sea regional o de otro tipo. Las normas de *ius cogens* son un tipo particular de normas que cumplen unos requisitos particulares definidos en el segundo informe del Relator Especial y que tienen consecuencias particulares.

32. En cuarto lugar, y por las tres primeras razones, cabe recordar que el *ius cogens* es excepcional. En general, normalmente las normas de derecho internacional son derogables y pueden modificarse libremente mediante el ejercicio de la soberanía¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Véase un análisis en el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/706), párrs. 53 a 59.

¹⁰¹ Aunque el sistema interamericano también se menciona a menudo en el contexto del *ius cogens* regional, lo habitual es que se haga, a diferencia del ejemplo de Europa, en el contexto de normas específicas. Así pues, este ejemplo se tendrá en cuenta al considerar si existe práctica en apoyo de la noción de *ius cogens*.

¹⁰² Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)...* (nota 74 *supra*), pág. 97.

¹⁰³ De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 82 *supra*), pág. 617.

¹⁰⁴ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 42, párr. 72 (“Sin intentar profundizar, y menos aún pronunciarse, sobre ninguna cuestión relativa al *ius cogens*, es bien sabido que, en la práctica, las normas de derecho internacional pueden, mediante acuerdo, derogarse en determinados casos, o entre determinadas partes”); *South West*

No hay que dar fácilmente por sentado que, salvo en los casos en que los Estados han restringido libremente su derecho a sustraerse de las normas de derecho internacional, existen normas que limitan a los Estados, al margen de las normas de *ius cogens* generalmente aceptadas. En la medida en que se considera que las normas del *ius cogens* regional emanan del libre ejercicio de la voluntad de los Estados de limitar su soberanía, estas no son normas de *ius cogens* propiamente dichas. Esas normas, en las que los Estados acceden a imponerse límites, son similares a las disposiciones convencionales sobre inderogabilidad que no constituyen *ius cogens*, al menos no en el sentido de la Convención de Viena de 1969. Un ejemplo de disposiciones similares sería el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones¹⁰⁵, que dispone, en primer lugar, que el Pacto deroga todas las obligaciones incompatibles con sus términos y que los miembros “no contraerán ningún compromiso incompatible” con los términos del Pacto. Como se señaló en el primer informe, por tratarse de una norma convencional, aplicable únicamente a los miembros y susceptible de ser modificada e incluso derogada por *cualquier* acuerdo posterior, el artículo 20 no podría proponerse como ejemplo significativo de imperatividad.

33. Desde una perspectiva conceptual (y práctica), la mayor dificultad que plantea la noción de *ius cogens* regional se refiere no tanto a la formación de las normas del *ius cogens* regional como a sus consecuencias. El Relator Especial se basa en este caso en las consecuencias del *ius cogens* señaladas en el tercer informe. Aunque la Comisión aún no ha aprobado ningún proyecto de conclusión, y aunque en el debate en sesión plenaria sobre el texto de los proyectos de conclusión propuestos se plantearon varias cuestiones, no se plantearon cuestiones importantes en relación con el contenido de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial¹⁰⁶. Es difícil, sobre todo dada la falta de práctica, ver cómo se pueden hacer efectivas esas consecuencias con respecto al *ius cogens* regional. Estas dificultades pueden ilustrarse con referencia a las consecuencias señaladas en el tercer informe.

34. La consecuencia de la nulidad de los tratados en conflicto con normas de *ius cogens* —la principal consecuencia del *ius cogens*, prevista en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969— constituye un buen punto de partida. Según el artículo 53, es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma de *ius cogens*¹⁰⁷. Al mismo tiempo, el artículo 64 dispone que un tratado que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* que surja después se convierte en nulo. Dejando de lado las cuestiones relativas a la formación señaladas anteriormente, es decir, suponiendo que sea posible que surja una norma de *ius cogens* regional, la nulidad como consecuencia del *ius cogens* regional supondría que los miembros de esa región no podrían celebrar *inter partes* tratados en conflicto con esa norma y que cualquiera de esos tratados celebrados por los miembros de esa región *inter se* sería nulo (o se convertiría en nulo). No obstante, resulta inconcebible pensar que si tales tratados se celebrasen con terceros Estados también serían nulos. Por supuesto, cabe argumentar que una consecuencia peculiar del *ius cogens* regional es que no afecta a los tratados celebrados con Estados que no son miembros de la región.

Africa [Segunda fase], *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6, opinión disidente del Magistrado Tanaka, 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 modificarse mediante acuerdo entre Estados”).

¹⁰⁵ Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de junio de 1919), Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, núm. 1, febrero de 1920, pág. 3.

¹⁰⁶ Véase, en general, [A/73/10](#).

¹⁰⁷ Véase también el proyecto de conclusión 11, relativo a la divisibilidad de las disposiciones de un tratado que entren en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción (véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 26 de julio de 2017 (nota 40 *supra*), anexo).

Sin embargo, esto querría decir que esas normas son derogables y, por lo tanto, no podrían considerarse imperativas en el sentido que conocemos hasta ahora.

35. Si bien algunos miembros de la Comisión plantearon ciertas cuestiones teóricas¹⁰⁸, ninguno cuestionó la conclusión de que una norma de derecho internacional consuetudinario no podía surgir si entraba en conflicto con normas de *ius cogens*. No obstante, el *ius cogens* regional no podría impedir la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario si existe una práctica general aceptada como derecho, aun cuando esa práctica general no fuera acompañada de la aceptación y el reconocimiento de su inderogabilidad (*opinio iuris cogentis*). De hecho, con respecto al *ius cogens* regional, no está claro por qué una práctica generalizada en la región, aceptada como derecho por los miembros de la región, no podría desplazar a un supuesto *ius cogens* regional, incluso aunque la nueva norma no tuviera el carácter imperativo de la anterior.

36. Las cosas se complican más cuando se consideran otras consecuencias. Una de las consecuencias señaladas en el tercer informe, que obtuvo un amplio apoyo en la Comisión¹⁰⁹, es que una decisión vinculante de una organización internacional no establece obligaciones jurídicas si están en conflicto con una norma de *ius cogens*. No obstante, no está claro por qué una decisión vinculante de las Naciones Unidas, o de un órgano de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad, que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* regional no establecería obligaciones vinculantes para los miembros de esa región. No solo se plantean dificultades en relación con la nulidad de las normas. En el tercer informe también se proponía la existencia del deber de no reconocer como lícitas las situaciones creadas por la violación de una norma de *ius cogens*. ¿Estaría obligado un miembro de una región sometida a un *ius cogens* regional a no reconocer una situación que, de otro modo, sería lícita si esa situación se hubiera creado por una violación de una norma imperativa de derecho internacional regional?

37. La posibilidad de un *ius cogens* regional plantea muchos problemas teóricos. Es cierto que pueden avanzarse algunas respuestas a estos problemas teóricos¹¹⁰. No obstante, esas respuestas requieren un ejercicio intelectual que, en última instancia, excluye la inderogabilidad del *ius cogens* regional. Sin embargo, incluso si esas respuestas a los problemas teóricos fueran aceptables, la noción de *ius cogens* regional plantea un problema más grave (e insuperable): la falta de práctica estatal que la sustente. A este respecto, en su declaración, el Reino Unido señaló que el concepto no tenía “ningún apoyo significativo en la práctica de los Estados”. El hecho de que no haya apoyo en la práctica de los Estados se confirma por la falta de ejemplos en los escritos de los defensores del *ius cogens* regional.

38. Pellet, por ejemplo, si bien afirma sin ambigüedades (aunque entre paréntesis) que cree que *existe* un sistema europeo de derechos humanos imperativos que, sin duda, es más detallado y exigente que la muy dispersa red de derechos humanos

¹⁰⁸ El Sr. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416), el Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3418) y Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421) plantearon cuestiones acerca del papel del objetor persistente, mientras que el Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3416) planteó cuestiones relativas a la modificación. Véase también el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10), párr. 128.

¹⁰⁹ Aparte de algunas cuestiones de redacción, la única verdadera controversia giró en torno a si las decisiones del Consejo de Seguridad debían mencionarse expresamente en el proyecto de conclusión.

¹¹⁰ Véase, en especial, Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)...* (nota 74 *supra*), págs. 97 y 98.

“*cogens*” existente a nivel mundial¹¹¹, no proporciona ningún ejemplo de ese sistema europeo de derechos imperativos, de lo que hace que los derechos sean imperativos y no *ius dispositivum*, ni de lo que hace que sean exclusivamente europeos, es decir, que no sean también derechos en las regiones de África, Asia y América Latina. Kolb también se refiere al orden público europeo, que, según él, va más allá del orden universal en cuestiones como la democracia, la preeminencia del derecho y la separación de poderes¹¹². En el mismo sentido, De Wet destaca que el sistema europeo es posiblemente *ius cogens* regional¹¹³. Señala que el rango especial del que goza el Convenio Europeo de Derechos Humanos en los Estados miembros demuestra el posible carácter de *ius cogens* regional de los derechos humanos europeos¹¹⁴. No obstante, ni el hecho de que tengan un rango especial, ni el hecho de que sean más estrictas que universales, pueden bastar para afirmar que unas normas regionales constituyen *ius cogens* en una región.

39. También se ha presentado como prueba de la existencia de un *ius cogens* regional¹¹⁵ la decisión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1987 en el caso *Roach y Pinkerton*¹¹⁶. Lo cierto es que, en el caso *Roach y Pinkerton*, la Comisión consideró que “los Estados miembros de la [Organización de los Estados Americanos] reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad” y observó que tal norma “es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano”¹¹⁷. No obstante, cabe recordar que se trata de una decisión de la Comisión y no de ningún tribunal, nacional, regional o internacional. Por otra parte, la conclusión particular de la Comisión carecía de fundamento, salvo el hecho de que *la norma* en cuestión era “aceptada”, es decir, la Comisión no aseguró que se aceptaba la inderogabilidad de la norma en cuestión. Además, en la medida en que debe interpretarse que la cita hace referencia a la aceptación de la inderogabilidad, nada indica que esa aceptación no sea por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. De hecho, en 2002 la Comisión Interamericana concluyó que la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años era una norma imperativa de derecho internacional general¹¹⁸.

40. Si bien es cierto que el sistema interamericano (la Comisión y la Corte) ha constatado más fácilmente la existencia de normas de *ius cogens*¹¹⁹, ello no equivale

¹¹¹ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin...” (nota 87 *supra*), pág. 89 (en cursiva en el original).

¹¹² Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)*... (nota 74 *supra*), pág. 97.

¹¹³ De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 82 *supra*), pág. 617.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)*... (nota 74 *supra*), pág. 97.

¹¹⁶ *Roach y Pinkerton Vs. Estados Unidos*, caso núm. 9647, informe núm. 3/87, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 1987. Para un análisis, véase Hasmath, “The utility of regional *jus cogens*” (nota 72 *supra*).

¹¹⁷ *Roach y Pinkerton* (nota 115 *supra*), párr. 56.

¹¹⁸ *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, caso núm. 12.285, fondo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, párr. 85 (“Además, en base a la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que esta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*, evolución prevista por la Comisión en su decisión en *Roach y Pinkerton*”).

¹¹⁹ Véase, en general, L. Burgogue-Larsen y A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2011). Véanse ejemplos de constataciones en *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 103, párr. 92 (“La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *ius cogens* internacional”); *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, párr. 178, donde se sostiene

a una aceptación de la noción de *ius cogens* regional. Aunque la Corte y la Comisión Interamericanas han estado más dispuestas a reconocer normas de *ius cogens*, esas normas de *ius cogens* no se han calificado de *ius cogens* regional. Por lo tanto, el sistema interamericano de derechos humanos no sustenta la noción de *ius cogens* regional.

41. En plena guerra fría, Grigory Tunkin promovió la idea de unas normas de *ius cogens* “particular” entre los países del campo socialista, una especie de *ius cogens* regional no basado en la geografía¹²⁰. A su juicio, ese tipo superior de derecho internacional, un derecho internacional socialista, venía a sustituir al derecho internacional general contemporáneo, pero solo entre los Estados del sistema socialista o en las relaciones entre los países del sistema mundial del socialismo¹²¹. Aunque Tunkin no habla en este caso de un derecho “regional” en el sentido de una concepción geográfica, lo que describe es algo similar al concepto de costumbre “particular” del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario¹²². Afirma, por ejemplo, que los principios a los que se refiere se aplican en las relaciones entre los países de la comunidad socialista y tienen un ámbito de aplicación más limitado en comparación con el derecho internacional general¹²³. Estos principios serían imperativos en el sentido en que el Relator Especial (y el Comité de Redacción) han definido el concepto porque constituyen un derecho de tipo superior y muestran una calidad superior¹²⁴.

42. Sería tentador ignorar los argumentos de Tunkin por obsoletos debido al fin de la guerra fría y, con ella, de la división entre el derecho aplicable en las relaciones entre los países de la comunidad socialista y el derecho internacional general, este último fuertemente influenciado por lo que Tunkin denominó la “doctrina burguesa”¹²⁵. No obstante, aunque ya no sea de actualidad, la existencia de un *ius cogens* regional o particular para el Estado socialista durante la guerra fría indicaría la posibilidad (al menos teórica) de un *ius cogens* regional.

43. Sin embargo, hay al menos dos problemas con la propuesta de Tunkin en apoyo de un *ius cogens* regional. En primer lugar, al igual que Kolb, Tunkin defendía una interpretación del *ius cogens* muy diferente de la propuesta por el Relator Especial y aceptada por la mayoría de los miembros de la Comisión. Más importante aún, la concepción del *ius cogens* en la que se basan los informes del Relator Especial es la que se refleja en la Convención de Viena de 1969 y en la práctica de los Estados. La teoría propuesta por Tunkin parece basarse inequívocamente en el consentimiento del Estado y en la voluntad de los respectivos Estados. En su opinión, las normas de *ius cogens*, al igual que todos los demás principios y normas de derecho internacional

que “el principio de igualdad y no discriminación” ha alcanzado el rango de *ius cogens*; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153, párr. 84 (“la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*”). Véase otro caso sobre desaparición forzada en *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*, resolución (supervisión de cumplimiento de sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 92, párr. 34.

¹²⁰ G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, pág. 444. Véase Hasmath, “The utility of regional *ius cogens*” (nota 72 *supra*).

¹²¹ *Ibid.*, págs. 444 a 446.

¹²² Proyecto de conclusión 16 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (véase la nota 99 *supra*).

¹²³ Tunkin, *Theory of International Law* (nota 120 *supra*), pág. 445.

¹²⁴ *Ibid.*, págs. 444 y 445.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 158.

general, pueden ser modificadas por el acuerdo de los Estados¹²⁶. No obstante, como se indica en el segundo informe del Relator Especial, la aceptación y el reconocimiento del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 significan algo más que el simple consentimiento del Estado¹²⁷. Una concepción del *ius cogens* basada en una teoría pura del consentimiento del Estado es mucho más compatible con la noción de *ius cogens* regional (o particular). No se puede preconizar la teoría de Tunkin de un derecho superior para la “comunidad socialista” de Estados en apoyo del *ius cogens* regional porque cabe suponer que algunos Estados podrían abandonar la comunidad y, por lo tanto, ya no estarían obligados por ese derecho superior.

44. Más importante aún, como el Relator Especial ha insistido en que la labor se base en la práctica, y los Estados así lo han exigido, aparte del llamamiento ideológico a la solidaridad entre los Estados socialistas, no existe práctica alguna que apoye la noción de un *ius cogens* particular aplicable entre los Estados socialistas. Aunque Tunkin ofrece ejemplos de aplicación de principios y normas de derecho internacional general en las relaciones entre los países de la comunidad socialista, difícilmente pueden calificarse de normas de *ius cogens*, y hay que reconocer en favor de Tunkin que este no sugiere que lo sean¹²⁸. En el mejor de los casos, se puede apoyar la tesis de Tunkin como una insistencia (bastante acertada) en que un grupo de Estados puede tener, según sean aplicables entre ellos, normas de derecho internacional que son distintas del derecho internacional general y que, al igual que ocurre en las relaciones entre esos Estados, tienen prioridad sobre las normas de derecho internacional general. No obstante, no se trata de *ius cogens*, ni siquiera de una especie de *ius cogens*, ya que puede ser derogado de varias maneras, como se ha descrito anteriormente.

45. El hecho de que la noción de *ius cogens* regional o particular no se apoye en la práctica no significa que las regiones, o los grupos de Estados, no puedan tener un conjunto común de normas unificadoras (y vinculantes) que sean incluso más importantes que otras normas, al menos entre esos Estados¹²⁹. El ámbito de los derechos humanos es quizás el mejor ejemplo de ello, ya que las diferentes regiones pueden tener diferentes concepciones de los derechos humanos. Por ejemplo, el sistema africano de derechos humanos es bien conocido por la importancia particular que reviste para el colectivo¹³⁰. El propio nombre del principal instrumento de derechos humanos de África, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, refleja ese carácter distintivo. Además, la Carta Africana contiene una serie de derechos colectivos, como el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente. Asimismo, además de consagrar derechos, impone deberes a las personas¹³¹. También existe, sin lugar a dudas, tal y como plantean De Wet, Kolb y Pellet, una concepción europea distinta de los derechos humanos¹³². La invocación del “orden público europeo” por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia en el asunto *Loizidou c. Turquía* es un ejemplo de esa concepción¹³³. Incluso cabe argumentar que

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 159.

¹²⁷ Véase el segundo informe (A/CN.4/706), párrs. 68 y ss.

¹²⁸ Tunkin, *Theory of International Law* (nota 120 *supra*), pág. 446.

¹²⁹ Véase De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 82 *supra*), pág. 617.

¹³⁰ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

¹³¹ *Ibid.*, por ejemplo, arts. 18 a 20.

¹³² Véanse De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 80 *supra*), pág. 617; Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)...* (nota 74 *supra*), pág. 97; y Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin...” (nota 82 *supra*), pág. 89.

¹³³ *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de marzo de 1995, Serie A, núm. 310.

se puede apreciar un enfoque más distintivo (y hasta generoso) de la identificación de las normas en el sistema interamericano de derechos humanos, como se desprende del número de normas de *ius cogens* que establece.

46. No obstante, la existencia de un conjunto común de normas unificadoras y vinculantes en diferentes regiones no se traduce en un reconocimiento del *ius cogens* regional. Refleja simplemente la estructura general del derecho internacional, a saber, que los Estados son libres de tener normas particulares, diferentes y distintas de las normas generales del derecho internacional.

47. A la luz del análisis anterior, se puede concluir que la noción de *ius cogens* regional no encuentra apoyo en la práctica de los Estados. Si bien puede haber un proyecto de conclusión en el que se afirme explícitamente que el derecho internacional no reconoce la noción de *ius cogens* regional, el Relator Especial cree que no es necesario y que se puede incluir una explicación adecuada en el comentario. Por este motivo, no se propone ningún proyecto de conclusión en relación con el *ius cogens* regional.

IV. Lista ilustrativa

A. Tener o no tener (una lista ilustrativa)

48. En la sinopsis de la Comisión sobre el tema actual se incluye la lista ilustrativa entre las cuestiones que deben abordarse. En el debate previo a la aprobación de la sinopsis, la cuestión de la lista ilustrativa fue, a diferencia de los otros tres elementos de la sinopsis, muy polémica. Si bien la mayoría de los miembros apoyaban la idea, varios cuestionaban la conveniencia de que la Comisión compilara una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. Un miembro dijo que, aunque la elaboración de una lista tendría “gran valor”, podía cambiar la naturaleza del proyecto, por lo que la Comisión no debía tomar una decisión precipitada, sino que debía esperar hasta que se aproximara la conclusión de los trabajos para pronunciarse al respecto¹³⁴. Ha llegado el momento de que la Comisión tome esa decisión.

49. El Relator Especial se detiene a recordar que, cuando aprobó su proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, la Comisión consideró la posibilidad de incluir una lista no exhaustiva, pero decidió no hacerlo por temor a que ello pudiera dar lugar, en primer lugar, a prolongados debates en el seno de la Comisión y, en segundo lugar, a malentendidos sobre el carácter de las normas que no figurasen en la lista. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena en 1968 y 1969 (en lo sucesivo, “Conferencia de Viena”), el Reino Unido expresó la opinión de que la idea de una lista de *ius cogens* “no ha[bía] que rechazarla pura y simplemente”¹³⁵. El Reino Unido dijo que había dos opciones para incluir una lista de normas de *ius cogens*: una lista exhaustiva o una lista no exhaustiva¹³⁶. Por lo tanto, no es la primera vez que se considera la posibilidad de incluir algún tipo de lista.

¹³⁴ Sr. Donald McRae (A/CN.4/SR.3315).

¹³⁵ Véase la intervención del Reino Unido, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.68.V.7), 53ª sesión, 6 de mayo de 1968, párr. 55.

¹³⁶ *Ibid.*, párrs. 55 y 56.

50. Durante el examen del primer informe del Relator Especial por la Comisión, varios miembros de la Comisión expresaron dudas sobre la elaboración de una lista ilustrativa¹³⁷, mientras que muchos expresaron su apoyo en ese sentido¹³⁸. Durante el examen del segundo informe del Relator Especial, los miembros de la Comisión recién elegidos y otros miembros que no habían tenido la oportunidad de expresar su opinión sobre la cuestión de la lista ilustrativa aprovecharon la ocasión para manifestar sus preferencias. Muchos de esos miembros se mostraron a favor de la lista ilustrativa¹³⁹. No obstante, un miembro señaló que “sería poco prudente” incluir una lista ilustrativa¹⁴⁰. También hubo propuestas de algún tipo de solución intermedia¹⁴¹.

51. La diferencia de pareceres en el seno de la Comisión sobre la conveniencia de elaborar una lista ilustrativa se refleja en las opiniones de los Estados, que también estaban divididas. Los Estados se manifestaron al respecto durante los debates en la Sexta Comisión acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones. Al igual que en la Comisión, una ligera mayoría de los Estados que hicieron uso de la palabra apoyaron la elaboración de una lista ilustrativa¹⁴². Los Estados también expresaron su opinión durante el examen del informe de la Comisión correspondiente a 2018. Una vez más, como en la Comisión, algunos Estados apoyaban una lista ilustrativa¹⁴³, mientras que otros Estados se oponían a ella¹⁴⁴. Otros Estados parecían ser flexibles¹⁴⁵.

52. Los miembros de la Comisión y los Estados que han apoyado la elaboración de una lista ilustrativa han señalado dos razones principales para la inclusión de dicha lista. La razón principal ha sido que será útil y valioso señalar ejemplos de normas que ya cumplen los criterios para ser *ius cogens*. La segunda razón es que la elaboración de una lista ilustrativa demostrará cómo deben aplicarse los criterios establecidos por la Comisión. Ambas razones son válidas en cierto modo. Quienes se han opuesto a la elaboración de una lista ilustrativa también han esgrimido

¹³⁷ Se opusieron a la lista ilustrativa o expresaron dudas al respecto los siguientes miembros: Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3314); Sr. Nolte (A/CN.4/SR.3315); y Sr. Murphy (A/CN.4/SR.3316).

¹³⁸ Apoyaron la lista ilustrativa los siguientes miembros: Sr. Murase (A/CN.4/SR.3314); Sr. Caflisch (*ibid.*); Sr. Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3315); Sr. Park (A/CN.4/SR.3316); Sr. Saboia (*ibid.*); Sr. Candioti (A/CN.4/SR.3317); Sr. Forteau (*ibid.*); Sr. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3322); Sra. Escobar Hernández (*ibid.*); y Sr. Niehaus (A/CN.4/SR.3323).

¹³⁹ Sr. Nguyen (A/CN.4/SR.3369); Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3370); Sr. Jalloh (A/CN.4/SR.3372); Sr. Reinisch (*ibid.*); Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3373); y Sra. Oral (*ibid.*).

¹⁴⁰ Sr. Rajput (A/CN.4/SR.3369).

¹⁴¹ Por ejemplo, el Sr. Hassouna señaló que podía incluirse una lista ilustrativa indirecta en los comentarios (A/CN.4/SR.3315), opinión que apoyaron la Sra. Lehto (A/CN.4/SR.3372) y el Sr. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3373). El Sr. Nolte suscribió esa opinión (A/CN.4/SR.3315) durante el examen del segundo informe del Relator Especial.

¹⁴² Véase el primer informe (A/CN.4/693), párr. 9.

¹⁴³ Austria (A/C.6/73/SR.25); Chipre (*ibid.*); Japón (A/C.6/73/SR.26); y República de Corea (A/C.6/73/SR.27).

¹⁴⁴ Finlandia en nombre de los países nórdicos (A/C.6/73/SR.24); Alemania (A/C.6/73/SR.26); Países Bajos (*ibid.*); Tailandia (*ibid.*); Israel (A/C.6/73/SR.27); Sudáfrica (*ibid.*); y Sudán (A/C.6/73/SR.28).

¹⁴⁵ Brasil (A/C.6/73/SR.25) (“Convendría encontrar una forma creativa de elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, respetando al mismo tiempo el entendimiento de que la Comisión debe ocuparse del proceso y el método, y no del contenido de las normas imperativas”); Nueva Zelandia (A/C.6/73/SR.26); Portugal (*ibid.*) (“una lista ilustrativa no menoscabaría el desarrollo progresivo de las normas de *ius cogens*. Sin embargo, es probable que un debate sobre esa cuestión resulte laborioso y complejo”); y Eslovaquia (*ibid.*) (“La delegación [...] mantiene una actitud abierta respecto de la elaboración de la lista ilustrativa de normas imperativas y su futura inclusión en el resultado de la labor sobre el tema. Si tal lista no se incluye en el texto mismo, podría ser útil mencionarla en los comentarios a los distintos proyectos de conclusión”).

argumentos fundados. En primer lugar, han señalado que la elaboración de una lista, por mucho cuidado que se ponga al redactar las correspondientes salvedades, crearía la impresión de que las otras normas no son de *ius cogens*. Esta razón recuerda bastante a las razones aducidas por la Comisión al redactar el proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados para no incluir una lista ilustrativa de normas en él¹⁴⁶. En segundo lugar, se ha observado que todo intento de elaborar una lista ilustrativa sería excesivamente complicado. De hecho, un antiguo miembro bromeó en una reunión oficiosa diciendo que se podrían tardar entre cinco minutos y cincuenta años en elaborar esa lista. Cabe recordar que el propio Relator Especial ha dudado entre los dos puntos de vista. Al presentar su primer informe, el Relator Especial pidió a los miembros de la Comisión que formularan observaciones sobre la conveniencia de una lista ilustrativa, y expresó sus dudas en los siguientes términos:

La opinión del Relator Especial sobre esta cuestión sigue siendo que la Comisión no puede excluir una cuestión por temor a que pueda malinterpretarse. En otras palabras, no podemos decidir no elaborar una lista ilustrativa simplemente porque algunos podrían interpretarla como un *numerus clausus* cuando la hemos descrito claramente como una lista ilustrativa.

No obstante, me pregunto si la inclusión de una lista ilustrativa no comportaría una modificación fundamental de la naturaleza del tema. El tema se ocupa de normas metodológicas y secundarias, no de las normas sustantivas o de fondo aplicables en diferentes ámbitos del derecho internacional. Si la Comisión incluyera, por ejemplo, la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens*, ¿debería estudiar en profundidad el crimen de genocidio? ¿Se ajustaría ello a la naturaleza del proyecto? Si bien todos estamos de acuerdo en que la prohibición del genocidio es *ius cogens*, puede haber otras normas en que esto no sea tan evidente cuya inclusión en la lista podría requerir un estudio en profundidad. Lo cierto es que la decisión de elaborar una lista ilustrativa podría generar una confusión, quizás ligera, en torno a la naturaleza del tema, basada fundamentalmente en el proceso y la metodología, al centrar la atención en el carácter jurídico de las normas particulares¹⁴⁷.

53. En otras palabras, si bien una lista ilustrativa tendría un gran valor, cabe preguntarse si la elaboración de esa lista cambiaría fundamentalmente la naturaleza del proyecto. La Comisión tendría que estudiar en profundidad normas específicas que a su vez podrían ser futuros temas de examen. De hecho, una norma cuya inclusión en una lista ilustrativa se consideraría, la prohibición del crimen de lesa humanidad, es un tema que la Comisión está examinando actualmente. Otra norma que se podría incluir, el derecho a la libre determinación, se ha mencionado como posible tema para su futuro examen por la Comisión. Si bien podría no ser necesario entrar en detalle en el caso de las normas “evidentes”, sí lo sería sin duda con otras normas que aún no han sido reconocidas por, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia o la propia Comisión. Esta tensión fue expresada por el Brasil en su declaración sobre el informe de la Comisión en 2018, cuando alentó al Relator Especial a “encontrar una forma creativa de elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, respetando al mismo tiempo el entendimiento de que la Comisión debe ocuparse del proceso y el método, y no del contenido de las normas imperativas”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Párr. 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II (“la mención de algunos casos de tratados nulos por ser contrarios a una norma de *ius cogens* podría originar, aunque su redacción fuese muy cuidada, errores de interpretación en cuanto a la actitud concerniente a otros casos no mencionados en el artículo”).

¹⁴⁷ Declaración del Relator Especial al presentar el primer informe (A/CN.4/693) (archivo).

¹⁴⁸ Brasil (A/C.6/73/SR.25). Véase también Sr. McRae (A/CN.4/SR.3315).

54. Si bien esta última razón para no elaborar una lista ilustrativa es convincente, el Relator Especial opina que se perdería una oportunidad si la Comisión no elaborara “algo”. A este respecto, se puede encontrar inspiración en el aliento del Brasil a que se encuentre una forma creativa de equilibrar los dos intereses contrapuestos, a saber, la utilidad de la lista ilustrativa, por un lado, y la naturaleza fundamentalmente metodológica del tema que se examina, por el otro. El Relator Especial consideró que la propuesta alternativa de los Países Bajos era particularmente útil a este respecto. Aunque no apoyaban la inclusión de una lista ilustrativa, los Países Bajos hicieron la siguiente observación:

Si a pesar de ello se entendiera necesario incluir una lista, debería hacerse referencia a los comentarios a los artículos 26 y 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que incluyen listas provisionales y no exhaustivas de normas de *ius cogens*¹⁴⁹.

55. Sobre esta base, el Relator Especial propone hacer referencia, en un único proyecto de conclusión, a las normas reconocidas por la Comisión y calificar debidamente el proyecto de conclusión. Sin embargo, no bastaría con referirse únicamente a la labor de la Comisión y la Corte Internacional de Justicia. Seguirá siendo necesario que en el comentario se incluyan pruebas de aceptación y reconocimiento. Sobre esa base, en el informe se examinan a continuación las normas que han sido reconocidas por la Comisión y la Corte, al tiempo que se aportan otras pruebas.

B. Normas cuyo carácter imperativo ya ha sido reconocido por la Comisión

1. Aspectos generales

56. En el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados, de 1966, que en última instancia pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, se señaló que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza” constituían un “ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”¹⁵⁰. Otras normas examinadas por la Comisión fueron la prohibición de los “acto[s] delictivos en derecho internacional [...] la trata de esclavos, la piratería o el genocidio”, y de tratados que violasen “los derechos humanos, la igualdad de los Estados [y] [...] la libre determinación”¹⁵¹. En el comentario se afirma que “la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de cualquier ejemplo de norma de *ius cogens* en *el artículo...*”¹⁵². Es importante señalar que en el comentario no se dice que la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de cualquiera de esos otros ejemplos. Se afirma únicamente que la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de “*cualquier ejemplo [...] en el artículo...*” (sin cursiva en el original). Así pues, la actitud de la Comisión en ese momento respecto de esos otros ejemplos es ambigua: puede interpretarse como que la Comisión examinó y rechazó el carácter imperativo de esas normas, o como que examinó todas las normas imperativas y decidió referirse a ellas únicamente en el comentario y no en el propio proyecto de artículo. Esto último implicaría que, en 1966, la Comisión consideraba que todas las normas mencionadas en el comentario eran de *ius cogens*. De hecho, en el comentario a los artículos sobre

¹⁴⁹ Países Bajos (A/C.6/73/SR.26).

¹⁵⁰ Párr. 1) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1966*, vol. II, cap. II, secc. C, pág. 271.

¹⁵¹ Párr. 3), *ibid.*

¹⁵² *Ibid.* (sin cursiva en el original).

la responsabilidad del Estado, la Comisión parece considerar que todas las normas del proyecto de artículos de 1966 constituyen una lista de las disposiciones que la Comisión aceptaba que habían alcanzado el rango de *ius cogens*¹⁵³. También es posible, y quizás sea lo más probable, que la Comisión no se pronunciara sobre el carácter imperativo de estas normas, salvo en el caso de “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza”. Cualquiera que fuera la posición de la Comisión en 1966, los tipos de normas que figuran en esa lista pueden constituir un útil punto de partida para la identificación del *ius cogens*.

57. Si bien de ese comentario se desprende claramente que la Comisión no consideraba que la norma por la que se prohíbe el uso de la fuerza fuera la única norma de *ius cogens*, también es evidente que había adoptado la posición de que había pocas normas de *ius cogens*¹⁵⁴. Es una posición adecuada, ya que la idea de unas normas de derecho internacional general inderogables es excepcional, por lo que esas normas deben ser escasas.

58. Además del comentario al proyecto de artículo 50, la Comisión ha identificado normas de *ius cogens* en otros textos. En el informe del Grupo de Estudio sobre la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (en adelante, el “Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional”) se señaló que “las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*” eran la prohibición del “uso agresivo de la fuerza”, el derecho de legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura, los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de “la discriminación racial y el *apartheid*” y la prohibición de las “hostilidades contra la población civil (‘normas básicas del derecho internacional humanitario’)”¹⁵⁵. La lista de las conclusiones del Grupo de Estudio, que figura en el informe de la Comisión de 2006, varía en que, a diferencia del informe, no contiene ninguna referencia a la “legítima defensa”¹⁵⁶. La decisión de excluir la legítima defensa probablemente tiene sentido porque, por definición, la prohibición del uso agresivo de la fuerza no incluye el derecho al uso de la fuerza en legítima defensa. En otras palabras, la referencia al uso agresivo de la fuerza en lugar de solo al “uso de la fuerza” ya protege el derecho a usar la fuerza en legítima defensa como parte de la norma de *ius cogens*. En vez del derecho al uso de la fuerza en legítima defensa, las

¹⁵³ Véase el párr. 4) del comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 120 (“También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*”). Véase también la intervención de los Estados Unidos de América, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (nota 135 *supra*), 52ª sesión, 4 de mayo de 1968, párr. 16 (“La Comisión de Derecho Internacional, en su comentario, cita ejemplos de supuestos comprendidos en la esfera del *ius cogens*, tales como los tratados destinados a realizar o tolerar una guerra de agresión, el genocidio, la piratería o la trata de esclavos, pero optó por no incluir ejemplos en el propio texto del artículo”).

¹⁵⁴ Párr. 2) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, cap. II, secc. C, pág. 271 (“... la mayoría de las normas generales de derecho internacional no tienen ese carácter”).

¹⁵⁵ Véase “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (puede consultarse en el sitio web de la Comisión, con los documentos del 58º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como adición al *Anuario...*, 2006, vol. II (primera parte)), párr. 374.

¹⁵⁶ Véanse las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 251 y ss., en especial párr. 33).

conclusiones se refieren al derecho de la libre determinación, que no se menciona en el informe de 2006 del Grupo de Estudio¹⁵⁷.

59. En los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión ofreció ejemplos de las normas de *ius cogens* más citadas¹⁵⁸. En el comentario al artículo 26, la Comisión señala que esas “normas que son claramente aceptadas y reconocidas” por haber alcanzado el rango de *ius cogens* comprenden “las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación”¹⁵⁹. El propio comentario al artículo 40 contiene una lista de normas que, en opinión de la Comisión, constituían normas de *ius cogens*, aparentemente sobre la base del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, de 1966. En primer lugar, en consonancia con el párrafo 1) del comentario al proyecto de artículos de 1966, se habla de la prohibición de la agresión¹⁶⁰, descrita en 1966 como “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza”. En segundo lugar, en el comentario se señala que las normas a que se hace referencia en el párrafo 3) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos de 1966, es decir, “la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*”, son normas que han alcanzado el rango de *ius cogens*¹⁶¹. Si bien, como ya se ha dicho, el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 es más bien ambiguo en cuanto al carácter de estas normas, el comentario al artículo 40 es claro en el sentido de que esas normas han alcanzado el rango de *ius cogens*¹⁶². Además de estas normas, en el comentario al proyecto de artículo 40 se indican otras normas que no “se menciona[n] específicamente en el comentario de la Comisión al” artículo 50 del proyecto de artículos de 1966¹⁶³. Se trata de “la prohibición de la tortura tal como se define” en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, la “Convención contra la Tortura”)¹⁶⁴, las normas básicas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados y “la obligación de respetar el derecho a la libre determinación”¹⁶⁵.

60. Aunque a veces con cautela, la Comisión, incluido su Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, ha mantenido una posición bastante coherente respecto de las normas que ha señalado que han alcanzado el rango de

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ M. den Heijer y H. van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 3 y ss., en especial pág. 9, donde se afirma que el carácter de *ius cogens* de las normas de los artículos sobre la responsabilidad del Estado es incuestionable. Véanse también J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Ginebra, Schulthess, 2016), págs. 151 y 152; y T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), pág. 202.

¹⁵⁹ Véase el párr. 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 90 y 91.

¹⁶⁰ Párr. 4) del comentario al artículo 40, *ibid.*, pág. 120.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.* “También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 50 (aprobado posteriormente como artículo 53 de la Convención de Viena de 1969): por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones.”

¹⁶³ Párr. 5) del comentario al artículo 40, *ibid.*, pág. 120.

¹⁶⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

¹⁶⁵ Párr. 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 120 y 121.

ius cogens. De la descripción anterior se desprende que las normas que la Comisión ha reconocido que han alcanzado el rango de normas imperativas son las siguientes:

- la prohibición de la agresión o del uso agresivo de la fuerza (denominada a veces “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza”);
- la prohibición del genocidio;
- la prohibición de la esclavitud;
- la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial;
- la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- la prohibición de la tortura;
- el derecho a la libre determinación; y
- las normas básicas del derecho internacional humanitario.

61. Aunque esta lista ha sido generalmente aceptada y reconocida por los Estados y la doctrina¹⁶⁶, vale la pena evaluar, aunque sea brevemente, sobre la base de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, si el carácter imperativo de esas normas es “aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”¹⁶⁷. A los efectos de esta evaluación, se asume el primer criterio señalado en el segundo informe y aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, a saber, si la norma es de derecho internacional general, ya que no cabe duda de que las normas identificadas anteriormente son normas de derecho internacional general. En segundo lugar, dado el carácter metodológico del presente tema, no se busca la exhaustividad. En consonancia con esta reserva, el Relator Especial ha omitido en su mayor parte las referencias a opiniones disidentes y concurrentes, aunque estas son muy importantes.

2. La prohibición de la agresión

62. Conviene comenzar evaluando si, además de estar reconocida en la labor de la Comisión, la prohibición del uso de la fuerza como norma de *ius cogens* está reconocida en la práctica según la amplia definición de la Comisión. Como cuestión terminológica, el presente informe se referirá en adelante a la prohibición de la agresión en lugar de a otras alternativas posibles, como la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del uso agresivo de la fuerza y las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza, salvo en los casos en que esas expresiones se citen directamente.

63. El ejemplo más citado de reconocimiento de la prohibición de la agresión es la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares*. En dicha causa, la Corte Internacional de Justicia afirmó lo siguiente:

También confirma la validez como derecho internacional consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza expresado en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas el hecho de que, en sus declaraciones, los representantes de los Estados lo describan con frecuencia no solo como un principio del derecho internacional consuetudinario, sino también como *un principio fundamental o esencial de ese derecho*. La Comisión de Derecho Internacional, en el curso de su labor sobre la codificación del derecho

¹⁶⁶ Una excepción notable es Israel (A/C.6/73/SR.27), que cuestionó que el derecho a la libre determinación fuera una norma de *ius cogens*.

¹⁶⁷ A modo de comparación, véase C. Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33 (2013), págs. 27 a 94, en especial pág. 56.

de los tratados, expresó la opinión de que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”¹⁶⁸.

64. Mucho se ha escrito sobre si puede considerarse que, con su observación, la Corte apoya la tesis de que la prohibición de la agresión constituye una norma de *ius cogens*¹⁶⁹. Si bien la Corte es reacia a “reivindicar” la identificación de la prohibición como *ius cogens*, y prefiere hablar de las “declaraciones de los representantes de los Estados” y de la opinión de la Comisión “en el curso de su labor sobre la codificación del derecho de los tratados”, el Relator Especial opina, al igual que Green, que, en general, se puede decir que la Corte ha respaldado el carácter imperativo de la prohibición de la agresión¹⁷⁰. Además, la propia Comisión, en su comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, consideró que la Corte, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares*, reconocía el carácter de *ius cogens* de la prohibición¹⁷¹. No obstante, la ambivalencia de la Corte en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares* no resta valor a las conclusiones de la Comisión en los comentarios al proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados y a los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado en el sentido de que la prohibición de la agresión era una norma de *ius cogens*. En primer lugar, la Corte ha reafirmado posteriormente, de manera algo menos ambigua, el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la agresión. En la opinión consultiva relativa a *Kosovo*, la Corte afirmó que la ilegalidad atribuida a las declaraciones unilaterales anteriores “no se debía al carácter unilateral de las declaraciones en sí, sino al hecho de que estaban relacionadas (o lo habrían estado) con el uso ilícito de la fuerza u otras violaciones flagrantes de las normas de derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo”¹⁷². Es cierto que es posible que la Corte excluyera “el uso ilícito de la fuerza” de “otras violaciones flagrantes de las normas del derecho internacional, en particular las de carácter imperativo”. No obstante, esa interpretación sería improbable en el mejor de los casos. En segundo lugar, la conclusión de la Comisión de que la prohibición de la agresión tiene carácter de *ius cogens* está firmemente respaldada por la práctica de los Estados. Es a esta práctica de los Estados a la que se refiere el informe a continuación.

65. La resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, sobre la definición de la agresión, ofrece pruebas de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad de la prohibición de la agresión. La resolución, aprobada por consenso, define la agresión como “la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza” y “la posible amenaza de un conflicto mundial con todas sus consecuencias catastróficas”¹⁷³. Además, el preámbulo deja claro “que el territorio de un Estado es

¹⁶⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, fondo, sentencia, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 190 (sin cursiva en el original).

¹⁶⁹ Primer informe (A/CN.4/693), párr. 46.

¹⁷⁰ J. Green, “Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32 (2011), págs. 215 a 258, en especial pág. 223 (donde se afirma que, en opinión del autor, la Corte concluyó que la prohibición del uso de la fuerza era una norma imperativa, aunque es preciso señalar que hay otras interpretaciones de este pasaje).

¹⁷¹ Párr. 4) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 120, donde se hace referencia a “las exposiciones de ambas partes en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* y la posición de la propia Corte en ese asunto” como prueba del carácter imperativo de la prohibición de la agresión.

¹⁷² *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 437, párr. 81.

¹⁷³ Véase la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo, preámbulo.

inviolable y no podrá ser objeto, ni siquiera transitoriamente, de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado en contravención de la Carta”¹⁷⁴. Por otra parte, la prohibición no admite ningún tipo de derogación¹⁷⁵.

66. En el comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión se refirió a “las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados” como prueba del reconocimiento y la aceptación de la prohibición de la agresión como norma de *ius cogens*¹⁷⁶. Varios Estados mencionaron expresamente la prohibición de la agresión como uno de los ejemplos de *ius cogens* moderno¹⁷⁷. Otros Estados en la Conferencia de Viena se refirieron en términos generales a los principios enumerados en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que, por supuesto, incluiría el párrafo 4 de dicho Artículo¹⁷⁸. Incluso antes de la aprobación del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, los Estados, al comentar la labor de la Comisión, señalaron con frecuencia que la prohibición de la agresión era un ejemplo de normas con rango de *ius cogens*¹⁷⁹. Los Estados también han calificado con frecuencia la prohibición de la agresión de *ius cogens* en el Consejo de Seguridad¹⁸⁰. El carácter de *ius cogens* de la prohibición de la agresión también ha sido reconocido por los Estados en el curso de las deliberaciones sobre el tema que se examina¹⁸¹.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.* Véase, en especial, el art. 5. Aunque el artículo 7 pueda indicar la posibilidad de una derogación, se refiere más a la definición de la agresión que a cualquier derogación (“Nada de lo establecido en esta Definición, y en particular en el artículo 3, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada”).

¹⁷⁶ Párr. 4) del comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 120.

¹⁷⁷ Véanse Ghana, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (nota 135 *supra*), 53ª sesión, 6 de mayo de 1968, párr. 15; Uruguay, *ibid.*, párr. 48; Chipre, *ibid.*, párr. 70; Unión Soviética, *ibid.*, 52ª sesión, 4 de mayo de 1968, párr. 3; y Kenya, *ibid.*, párr. 31.

¹⁷⁸ Véanse, por ejemplo, Sierra Leona, *ibid.*, 53ª sesión, 6 de mayo de 1968, párr. 9; Madagascar, *ibid.*, párr. 22; Polonia, *ibid.*, párr. 35; Cuba, *ibid.*, 52ª sesión, 4 de mayo de 1968, párr. 34; y el Líbano, *ibid.*, párr. 43.

¹⁷⁹ Véanse, por ejemplo, Países Bajos (A/C.6/SR.781, párr. 2); Chipre (A/C.6/SR.783, párr. 18); Brasil, A/C.6/SR.793, párr. 14; y República Federal de Alemania (A/C.6/41/SR.14, párr. 33).

¹⁸⁰ Japón (S/PV.2350) (“En otras palabras, el principio de la no utilización de la fuerza es una norma perentoria de derecho internacional”); Portugal (S/PV.2476) (“Ningún argumento vinculado a la seguridad de los Estados podría invocarse para justificar un recurso a la fuerza efectuado en condiciones que ponen en tela de juicio principios reconocidos del derecho de gentes y normas aceptadas por la comunidad internacional”); Chipre (S/PV.2537) (“es culpable de agresión contra la República de Chipre [...] como consecuencia de la autorización de su ejército dentro del territorio de la República, en contravención de las normas perentorias del derecho internacional”); Azerbaiyán (S/PV.6897) (“en particular de sus normas imperativas tales como las que prohíben la amenaza o el uso de la fuerza”); Perú (S/PV.8262) (“No podemos mantener la paz y la seguridad internacionales sin respetar el estado de derecho. Por ejemplo, una de las piedras angulares del orden internacional es la prohibición del uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”); y Grecia (S/PV.8262) (“reviste suma importancia la norma imperativa de la Carta por la que se prohíben el uso o la amenaza del uso de la fuerza y los actos de agresión en las relaciones internacionales”).

¹⁸¹ Véanse, por ejemplo, Sudáfrica (A/C.6/69/SR.20, párr. 111) (“en general se acepta que la prohibición del uso de la fuerza es, por naturaleza, una norma *ius cogens*”); Chipre

Además, la prohibición de la agresión se ha citado como ejemplo de norma de *ius cogens* en muchas decisiones de cortes y tribunales nacionales¹⁸². Reviste especial interés la decisión del Tribunal Administrativo Federal de Alemania relativa al procedimiento disciplinario abierto contra una persona por haberse negado a cumplir una orden relacionada con una guerra considerada ilegal: la guerra en el Iraq¹⁸³. En ese caso, el Tribunal afirmó que el *ius cogens* internacional incluía, entre otras cosas, la prohibición del uso de la fuerza reflejada en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸⁴.

67. Además de los ejemplos de práctica de los Estados y de la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares* citada anteriormente, la prohibición de la agresión como norma de *ius cogens* también se ha mencionado ampliamente en opiniones disidentes y separadas de magistrados de cortes y tribunales internacionales. De hecho, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares*, el Magistrado Schwebel señaló la existencia de un “consenso general en que, si el *ius cogens* tiene un fundamento básico reconocido, es el Artículo 2, párrafo 4” de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸⁵. Esa prohibición también está generalmente reconocida en la doctrina¹⁸⁶.

(A/C.6/73/SR.25) (“la violación de una norma imperativa como la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, se consideraba grave y generaba la responsabilidad del Estado”); Mozambique (A/C.6/73/SR.28) (“Las normas de *ius cogens* incluyen los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, como la prohibición del uso de la fuerza entre Estados”); y Santa Sede (observador) (*ibid.*).

¹⁸² *A v. Département fédéral de l'économie*, sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza, 23 de enero de 2008, ILCD 1200 (CH 2008), párr. 8.2 (“à titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force... [como ejemplo, cabe citar en general las normas relativas a la prohibición del uso de la fuerza]”); *Committee of US Citizens Living in Nicaragua and Others v. President Reagan and Others*, 859 F2d 929, pág. 941; *RM v. Attorney-General*, sentencia, Tribunal Superior de Kenya, 1 de diciembre de 2006, ILDC 699 (KE 2006), párr. 42.

¹⁸³ *Bundesverwaltungsgericht*, providencia de 21 de junio de 2005, BVerwG 2 WD 12.04.

¹⁸⁴ *Ibid.* Traducción al inglés facilitada por la República Federal de Alemania.

¹⁸⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [competencia y admisibilidad], fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 392, opinión disidente del Magistrado Schwebel, pág. 615. Véanse otros ejemplos en *Military and Paramilitary Activities* (nota 168 *supra*), opinión separada del Presidente Nagendra Singh, pág. 151; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, opinión disidente del Magistrado Koroma, pág. 561; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* [competencia de la Corte], *I.C.J. Reports 1998*, pág. 432, opinión disidente del Vicepresidente Weeramantry, pág. 502, párr. 25; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 161, opinión disidente del Magistrado Kooijmans, pág. 262, párr. 46; y opinión separada del Magistrado Simma, págs. 326 y 327, párr. 5; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* [medidas provisionales], *I.C.J. Reports 2011*, pág. 6, opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard, pág. 65, párr. 15. Véase también *Prosecutor v. Jandrako Prlić*, IT-04-74-T, fallo, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 29 de mayo de 2013, opinión separada y parcialmente disidente de Jean-Claude Antonetti, pág. 249. Véase, además, D. Tladi, “The use of force against non-state actors, decline of collective security and the rise of unilateralism: whither international law?”, en M. E. O’Connell, C. Tams y D. Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace: Vol I – The Use of Force against Non-State Actors* (Cambridge, 2019, próxima publicación), nota 48.

¹⁸⁶ Véase, por ejemplo, M. E. O’Connell, “Self-defence, pernicious doctrines, preemptory norms”, en O’Connell, Tams y Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace...* (nota 185 *supra*) (donde se afirma que los argumentos a favor de ampliar el derecho de recurrir a la fuerza entran en conflicto con la prohibición imperativa del uso de la fuerza). Véase C. Tams, “Self-defence against non-state actors: making sense of the ‘armed attack’ requirement”, *ibid.* (donde se afirma que la legítima defensa se sitúa al mismo nivel jerárquico que la prohibición de la fuerza, y que los argumentos acerca del carácter imperativo de la prohibición del uso de la fuerza deben

68. El breve estudio anterior no pretende ser exhaustivo. Tampoco se pretende delinear el alcance de la prohibición de la agresión ni abordar todos los matices relacionados con la prohibición, como las excepciones, el alcance del derecho de legítima defensa y otros interesantes debates sobre la prohibición¹⁸⁷. Lo único que trata de demostrar es que el reconocimiento por la Comisión de la prohibición de la agresión como norma de *ius cogens* está respaldado por la práctica y otros materiales auxiliares.

3. La prohibición de la tortura

69. El reconocimiento por la Corte Internacional de Justicia de la prohibición de la tortura ha sido explícito e inequívoco. En la causa *Bélgica c. Senegal*, la Corte afirmó de manera inequívoca que, en su “opinión, la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*)”¹⁸⁸. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en su Sala de Primera Instancia, dictaminó, ya en 1998, en la causa *Fiscalía c. Delalić*, que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens*¹⁸⁹. Un mes más tarde, en *Fiscalía c. Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal confirmó que “por los valores que ampara”, la prohibición de la tortura “ha evolucionado hasta

reflejarlo, puesto que lo que es imperativo es la norma contra los usos ilícitos de la fuerza); D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), pág. 16; S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (Schultess, Zurich, 2015), pág. 41; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 152 *supra*), pág. 153 (donde se afirma que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de derecho internacional general que tiene innegablemente naturaleza de *ius cogens*, lo que destaca como una de las pocas cuestiones sobre las que hay consenso en la teoría del *ius cogens*); A. C. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* (Brill, 2019, próxima publicación), en especial cap. 5; Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (nota 93 *supra*), pág. 113; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, Finnish Lawyers', 1988), págs. 323 y 356; J. A. Frowein, “*Ius cogens*”, en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI (Oxford, Oxford University Press, 2009), págs. 443 y ss., en especial pág. 444, párr. 8; J. Crawford, *The Creation of States in International Law* (2ª ed., Oxford, Clarendon, 2006), pág. 146; T. Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 173 a 210, en especial pág. 180; E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 211 a 240, en especial pág. 229; y T. Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 329 a 356, en especial pág. 330.

¹⁸⁷ A este respecto, véase U. Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2008), págs. 853 a 871, en especial págs. 859 a 863.

¹⁸⁸ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

¹⁸⁹ *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”*, núm. IT-96-21-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, párr. 454 (donde, sobre la base de lo que antecede, se afirma que cabe decir que la prohibición de la tortura es una norma de derecho internacional consuetudinario, y que además constituye una norma de *ius cogens*). Véase también *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, núm. IT-96-23-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 22 de febrero de 2001, párr. 466, entre otros fallos del Tribunal en que se reconoce la prohibición de la tortura como *ius cogens*.

convertirse en una norma imperativa o de *ius cogens*¹⁹⁰. Esos fallos de la Sala de Primera Instancia han sido confirmados por la Sala de Apelaciones del Tribunal¹⁹¹.

70. Además de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, las cortes, tribunales y otros órganos regionales también han reconocido el carácter imperativo de la prohibición de la tortura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sistemáticamente que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*. En el caso *Espinoza González Vs. Perú*, por ejemplo, la Corte hizo las siguientes observaciones en relación con la tortura:

La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional¹⁹².

71. La primera referencia a la prohibición de la tortura como *ius cogens* en el sistema interamericano se encuentra en una detallada opinión separada del Juez Cançado Trindade en el caso *Blake Vs. Guatemala*¹⁹³. En ella, el Juez Cançado Trindade señala que las prohibiciones de la práctica de la tortura “nos hacen ingresar en la *terra nova* del *ius cogens* internacional”¹⁹⁴. La propia Corte reconoció la prohibición de la tortura como *ius cogens* en 2000, en el caso *Bámaca-Velásquez Vs. Guatemala*¹⁹⁵. Esta posición se ha reiterado y confirmado en numerosas sentencias posteriores de la Corte Interamericana¹⁹⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado esta jurisprudencia constante en, por ejemplo, el caso *Ortiz Hernández Vs. Venezuela*¹⁹⁷.

¹⁹⁰ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, núm. IT-95-17/1, fallo, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, párrs. 153 a 156.

¹⁹¹ *Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić (aka “Pavo”), Hazim Deli and Esad Landžo (aka “Zenga”)*, núm. IT-96-21-A, fallo, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 20 de febrero de 2001, párr. 172, en particular nota 225.

¹⁹² *Espinoza González Vs. Perú*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 289, párr. 141.

¹⁹³ *Blake Vs. Guatemala*, sentencia (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36, voto razonado del Juez Cançado Trindade.

¹⁹⁴ *Ibid.*, párr. 15.

¹⁹⁵ *Bámaca-Velásquez Vs. Guatemala*, sentencia (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párr. 25.

¹⁹⁶ Véanse, por ejemplo, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, sentencia (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2013, Serie C, núm. 260, párr. 199 (“la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional”); *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252; *Familia Barrios Vs. Venezuela*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 237, párr. 50; *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 211.

¹⁹⁷ *Johan Alexis Ortiz Hernández Vs. Venezuela*, caso 12.270, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 2/15, de 29 de enero de 2015, párr. 212. Véase también *Omar Maldonado Vargas, Álvaro Yáñez del Villar, Mario Antonio Cornejo y otros Vs. Chile*, caso 12.500, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 119/13, de 8 de

72. Al igual que la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido de manera inequívoca el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura. En *Al Adsani c. Reino Unido*, un asunto citado a menudo para fundamentar la opinión de que la inmunidad no admite excepciones, ni siquiera en caso de violaciones del *ius cogens*, el Tribunal, después de examinar la práctica internacional, aceptó, sobre la base de esa práctica, que la prohibición de la tortura había alcanzado el rango de norma imperativa de derecho internacional¹⁹⁸. Del mismo modo, en el asunto *Jones c. Reino Unido*, el Tribunal partió del supuesto de que la prohibición de la tortura es *ius cogens* y confirmó todos los aspectos materiales del asunto *Al Adsani*¹⁹⁹. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha reconocido, en la causa *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad c. Djibouti*, la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*²⁰⁰.

73. Esta abundante jurisprudencia de las cortes, tribunales y órganos internacionales se ha inspirado en gran parte en la conclusión del primer informe elaborado por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Kooijmans (que más tarde sería Magistrado de la Corte Internacional de Justicia) en 1986²⁰¹. Tras describir el elemento fáctico de la tortura como “la peste de la segunda mitad del siglo XX” en el primer párrafo de dicho informe, el Relator Especial describió el carácter jurídico de su prohibición en los siguientes términos:

La lucha contra la tortura se ha convertido en uno de los temas primordiales dentro de la comunidad internacional. La tortura está ahora totalmente prohibida, sin la menor reserva, por el derecho internacional, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. En todos los instrumentos de derechos humanos, la prohibición de la tortura pertenece al grupo de derechos a los cuales no cabe hacer excepción alguna. La Corte Internacional de Justicia ha calificado la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales, entre los que se encuentra sin duda alguna el derecho a no ser torturado, de obligación *erga omnes* [...] Habida cuenta de esas calificaciones, se puede considerar que la prohibición de la tortura pertenece al *ius cogens*²⁰².

noviembre de 2013; *Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros Vs. Brasil*, casos núms. 11.566 y 11.694, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 141/11, de 31 de octubre de 2011, párr. 167.

¹⁹⁸ *Al Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/91, sentencia, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2001, ECHR 2001-XI, párr. 61.

¹⁹⁹ *Jones and Others v. the United Kingdom*, demanda núm. 34356/06 y 40528/06, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de enero de 2014, ECHR 2014, en especial párrs. 205 a 215. Véase también *A v. The Netherlands*, demanda núm. 4900/06, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de julio de 2010, párr. 133, donde se afirma que posiblemente la norma que prohíbe la expulsión para sufrir torturas o malos tratos también ha alcanzado el rango de *ius cogens*, es decir, se ha convertido en una norma imperativa e inderogable de derecho internacional.

²⁰⁰ *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad v. the Republic of Djibouti*, comunicación núm. 383/10, decisión de abril-mayo de 2014, párr. 179 (donde se afirma que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* de derecho internacional).

²⁰¹ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. P. Kooijmans (E/CN.4/1986/15).

²⁰² *Ibid.*, párr. 3.

74. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia, la tortura está prohibida en prácticamente todas las legislaciones nacionales²⁰³. Además de la legislación, existe una práctica convencional generalizada en el sentido de considerar la prohibición de la tortura como una obligación inderogable. La Convención contra la Tortura, que cuenta con 165 Estados partes, prohíbe la tortura y obliga a los Estados partes a adoptar medidas para impedir²⁰⁴. El artículo 2 de la Convención contra la Tortura establece que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”, lo que pone de relieve la inderogabilidad de la prohibición²⁰⁵. Del mismo modo, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Más importante aún, el artículo 7 se considera un derecho inderogable en virtud del Pacto²⁰⁶. El derecho a no sufrir torturas también está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰⁷. Los tratados regionales de derechos humanos también recogen esa prohibición²⁰⁸.

75. El reconocimiento de la prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens* también ha sido generalizado en las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. En Australia, el Tribunal Federal reconoció, en la causa *Habib v. Commonwealth of Australia*, que la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional que no admite derogación alguna²⁰⁹. El carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura también se ha reconocido en otras jurisdicciones, como el

²⁰³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 188 *supra*), párr. 99. Véase una lista exhaustiva de las leyes nacionales que prohíben la tortura, en Asociación para la Prevención de la Tortura, *Compilation of Torture Laws*, disponible en <https://apt.ch/es/resources/compilation-of-torture-laws/> (consultado el 15 de febrero de 2019). Véanse algunos ejemplos de legislación que prohíbe la tortura en términos absolutos: art. 25 de la Constitución, arts. 74, 86 y 87 del Código Penal, art. 5 del Código de Procedimiento Penal (Albania); arts. 34 y 132 de la Constitución y arts. 263 *bis*, *ter* y *quater* del Código Penal (Argelia); art. 274 de la Ley del Código Penal (Australia); art. 5 de la Constitución (Brasil); art. 38 de la Constitución (Camboya); art. 259A del Código Penal (República Checa); art. 157A del Código Penal Civil, arts. 10A y 27A del Código Penal Militar (Dinamarca); art. 44 de la Constitución (Islandia); art. 401 del Código Penal (Líbano); art. 36 de la Constitución, art. 486 del Código Penal, art. 227 del Código de Procedimiento Penal (Malta); art. 31 de la Constitución (Kuwait).

²⁰⁴ Convención contra la Tortura, arts. 1 y 2, párr. 1; y arts. 4 y 5.

²⁰⁵ *Ibid.*, art. 2, párr. 2.

²⁰⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407, art. 4, párr. 2 (“La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”).

²⁰⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 5 (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”).

²⁰⁸ Véanse, por ejemplo, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5 (“Toda persona tiene derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Quedan prohibidas todas las formas de explotación y degradación del ser humano, en particular la esclavitud, la trata de personas, la tortura física o psicológica y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”); Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123, art. 5, párr. 2 (“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 3 (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”). Véase, en particular, el art. 15, párr. 2, que prohíbe toda derogación del artículo 3.

²⁰⁹ *Mamdouh Habib v. the Commonwealth of Australia*, sentencia, Tribunal Federal de Australia, 25 de febrero de 2010 [2010], FCAFC 1518, párr. 9.

Canadá²¹⁰, Francia²¹¹, Italia²¹², Sudáfrica²¹³, los Estados Unidos²¹⁴, el Reino Unido²¹⁵, y otros países²¹⁶. Los Estados en la Sexta Comisión también han expresado la opinión de que la prohibición de la tortura constituye una norma de *ius cogens*²¹⁷.

76. Además de en una abundante práctica, la prohibición de la tortura también se acepta como *ius cogens* en la doctrina²¹⁸. Tomuschat, por ejemplo, afirma que los delitos que degradan a la persona afectada y atentan contra su dignidad y su existencia deben estar comprendidos en el círculo de normas que entran en el ámbito del *ius cogens*, como la prohibición de la tortura²¹⁹.

²¹⁰ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran and the Attorney-General of Canada*, sentencia, Tribunal de Apelación de Ontario (Canadá), 30 de junio de 2004, párr. 36 (donde se afirma que la acción se basa en la tortura infligida por un Estado extranjero, que constituye una violación tanto de las normas internacionales de derechos humanos como de las normas imperativas de derecho internacional público).

²¹¹ *Lydiene X*, sentencia en apelación, Tribunal de Casación de Francia (Sala de lo Penal), 19 de marzo de 2013, *ILDC* 2035 (FR2013), párr. 10.4 (“*l’interdiction de la torture a valeur de norme imperative ou jus cogens en droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et constitue une restriction légitime à l’immunité de juridiction*” [la prohibición de la tortura es una norma imperativa o de *ius cogens* que tiene primacía sobre las demás normas de derecho internacional y constituye una restricción legítima de la inmunidad jurisdiccional]).

²¹² *Lozano c. Italia*, sentencia, Tribunal de Casación de Italia (Primera Sala de lo Penal), 24 de julio de 2008, *ILDC* 1085, párr. 6.

²¹³ *S v. Mthembu*, sentencia, Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica, 10 de abril de 2008, párr. 31 (donde se afirma que la Convención contra la Tortura prohíbe la tortura en términos absolutos y no se admite derogación alguna, ni siquiera en caso de emergencia pública, por lo que se trata de una norma imperativa de derecho internacional).

²¹⁴ Véanse, por ejemplo, *Committee of US Citizens Living in Nicaragua and Others v. Reagan* (nota 182 *supra*), párr. 56; *Siderman de Blake v. Argentina*, sentencia, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, pág. 714 (donde se confirma la opinión de los Siderman de que los actos de tortura oficiales en cuestión que denuncian que infligió la Argentina constituyen una violación del *ius cogens*); *Yousuf v. Samantar*, sentencia, Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos, pág. 19.

²¹⁵ Véanse *Belhaj v. Straw*; *Rahmatullah v. Minister of Defence*, sentencia, Tribunal Supremo del Reino Unido, 17 de enero de 2017, en particular, la opinión de Lord Sumption, pág. 717 (donde se afirma que la prohibición tiene carácter de *ius cogens erga omnes*, es decir, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional que impone a cada Estado obligaciones para con todos los demás Estados cuya derogación no puede ser justificada por ningún interés público contrario); *Jones and Others v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, sentencia, Cámara de los Lores del Reino Unido, 14 de junio de 2006, párrs. 43 y 44 (donde se afirma que no cabe ninguna duda de que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* y que el *ius cogens* es la prohibición de la tortura).

²¹⁶ Véase *Koigi v. Attorney General*, sentencia, Tribunal de Apelaciones de Kenya, 8 de marzo de 2015, pág. 6 (donde se afirma que la prohibición absoluta de la tortura es un principio de *ius cogens* y una norma imperativa de derecho internacional que es vinculante con independencia del tratado, convención o pacto); *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, sentencia, Tribunal Superior de Zimbabue, 23 de enero de 2008, pág. 12 (donde se afirma que el principio contra la tortura ha evolucionado hasta convertirse en una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, en un principio dotado de primacía en la jerarquía de las normas que constituyen el orden normativo internacional); *A c. Département fédéral de l’économie* (nota 182 *supra*), párr. 8.2.

²¹⁷ Véanse, por ejemplo, Sudáfrica (*A/C.6/69/SR.20*), párr. 109; Israel (*A/C.6/70/SR.18*), párr. 6; República Islámica del Irán (*A/C.6/71/SR.26*), párr. 116; Reino Unido (*A/C.6/71/SR.28*), párr. 29; y Argentina (*A/C.6/72/SR.26*), párr. 13.

²¹⁸ Véase, en general, E. de Wet, “The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law”, *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), págs. 97 a 121. Véase también De Beer (nota 186 *supra*). Véase también De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 82 *supra*), pág. 616.

²¹⁹ Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (nota 80 *supra*), pág. 36. Véanse también Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin...” (nota 87 *supra*), pág. 83; K. Parker y

77. Al igual que en el examen de la prohibición de la agresión expuesto más arriba, el presente análisis solo tiene por objeto demostrar que la conclusión de la Comisión en el sentido de que la prohibición de la tortura constituye una norma de *ius cogens* puede apoyarse con referencias tanto a la práctica como a la doctrina. No se pretende abordar otras cuestiones incidentales, como la de saber si otros aspectos relacionados con la prohibición, como la no devolución, también forman parte de la prohibición de *ius cogens*. Tampoco se aborda el alcance de la prohibición.

4. La prohibición del genocidio

78. Al igual que la prohibición de la tortura, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido inequívocamente la prohibición del genocidio como una norma de *ius cogens*. Aunque en la opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* la Corte no utiliza las expresiones “*ius cogens*”, “normas imperativas” o ni siquiera “obligaciones *erga omnes*”, la terminología que utiliza para describir la prohibición del genocidio se ajusta a la descripción del *ius cogens*²²⁰. En esa opinión consultiva, la Corte hizo las siguientes observaciones, citadas con frecuencia:

Los orígenes de la Convención muestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como “un crimen de derecho internacional” que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946). La primera consecuencia de esta concepción es que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso” (preámbulo de la Convención). Por consiguiente, la Convención contra el Genocidio fue concebida, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, como convención de alcance claramente universal²²¹.

79. Aunque la Corte no atribuye rango de *ius cogens* a la prohibición del genocidio contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, “Convención contra el Genocidio”)²²², la terminología utilizada refleja la naturaleza general de las normas imperativas descritas en el proyecto de

L. B. Neylon, “*Jus cogens*: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 11 (1988-1989), págs. 411 a 464, en especial pág. 414; A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, *Curso de Derecho Internacional*, vol. 35 (2008), págs. 3 a 30, en especial pág. 5; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (nota 186 *supra*), pág. 41; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 186 *supra*), pág. 16; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*), págs. 209 a 212; A. Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), págs. 491 a 508, en especial pág. 492; M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), págs. 63 a 74, en especial pág. 70; y Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), pág. 180.

²²⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 15.

²²¹ *Ibid.*, pág. 23.

²²² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

conclusión 2 sobre el presente tema aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2017²²³. Lo que es más importante, más de medio siglo después, la propia Corte, al confirmar el carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio, citó ese pasaje de la opinión consultiva de 1951 como fundamento²²⁴. Tras repetir el frecuentemente citado pasaje de la opinión consultiva de 1951, la Corte afirma que “de ello se infiere que” la prohibición contenida en la Convención contra el Genocidio constituye una obligación *erga omnes* y una norma de *ius cogens*²²⁵. Más importante aún, la Corte afirma, expresamente y sin reservas, que la prohibición del genocidio es *ius cogens*²²⁶. Además, la Corte ha confirmado el carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio en causas posteriores²²⁷. Lo mismo se ha confirmado en numerosas opiniones disidentes y separadas de la Corte²²⁸. Al igual que en el caso de la prohibición de la tortura, la prohibición del genocidio también ha sido reconocida como *ius cogens* en el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda²²⁹.

²²³ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 26 de julio de 2017 (nota 40 *supra*), anexo.

²²⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [competencia y admisibilidad], *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial págs. 31 y 32, párr. 64.

²²⁵ *Ibid.* Véase también *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *I.C.J. Reports 2007*, párrs. 43 y ss., en especial págs. 110 y 111, párr. 161, donde la Corte, tras citar la opinión consultiva de 1951, señala que, en el fallo de 2006, “reafirmó sus conclusiones de 1951 [...] cuando añadió que la norma por la que se prohíbe el genocidio era sin lugar a dudas una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*)” (sin cursiva en el original).

²²⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (nota 224 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 64 (“el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga aquel carácter [de *ius cogens*], como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí mismo constituir una base para la competencia de la Corte”).

²²⁷ Véanse *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (nota 225 *supra*), párr. 162; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial págs. 47 y 48, párr. 88.

²²⁸ La primera de ellas fue la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Lauterpacht en la causa *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [medidas provisionales], providencia de 13 de septiembre de 1993, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 325 y ss., en especial pág. 440, párr. 100 (“la prohibición del genocidio se ha considerado durante mucho tiempo como uno de los pocos ejemplos indiscutibles de *ius cogens*”). Véanse, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (nota 227 *supra*), opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade, págs. 234 y 238, párrs. 83 y 92; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 185 *supra*), opinión disidente del Magistrado Weeramantry, pág. 496.

²²⁹ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 2000*, párr. 520; *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 2 de agosto de 2001, párr. 541; *Prosecutor v. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 31 de julio de 2003; *Prosecutor v. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*, IT-02-60-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 17 de enero de 2005. Véanse decisiones del Tribunal Internacional para Rwanda en, por ejemplo, *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, fallo, Tribunal Internacional para Rwanda, 21 de mayo de 1999, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 1999*, vol. II, párr. 88 (donde se afirma que la Convención contra el Genocidio llegó a ser ampliamente aceptada como un instrumento internacional de derechos humanos y, por otra parte, que el crimen de genocidio se considera parte del derecho consuetudinario internacional y, además, una norma de *ius cogens*).

80. El carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio también está generalmente aceptado en la doctrina. Ya en 1971, Roberto Ago había reconocido la prohibición del genocidio como una norma de *ius cogens*²³⁰. En sus trabajos, Criddle y Fox-Decent proponen lo que denominan un modelo fiduciario de *ius cogens* que, a su juicio, limita la capacidad legislativa y administrativa de un Estado y, de esa manera, prohíbe delitos como el genocidio²³¹. Bianchi considera que las normas de *ius cogens* pueden describirse como “derechos humanos”, sin ninguna otra calificación, o hacer referencia a obligaciones particulares de derechos humanos como la prohibición del genocidio o la tortura²³². En la categoría de lo que denomina “crímenes de *ius cogens*” —expresión empleada por el Relator Especial en el tercer informe²³³—, Cherif Bassiouni incluye la prohibición del genocidio, que, según afirma, perturba la conciencia de la humanidad²³⁴. Del mismo modo, para justificar la existencia del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo, Alain Pellet señala que la absoluta inderogabilidad de la prohibición del genocidio resulta incuestionable en la actualidad²³⁵.

81. Además de la sólida jurisprudencia internacional que confirma el carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio, existe una abundante práctica de los Estados que reconoce y acepta la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens*, incluso en forma de decisiones de cortes y tribunales nacionales. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza reconoce la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens* en la causa *A c. Département fédéral de l'économie*²³⁶. Del mismo modo, en la causa *RM v. Attorney-General*, el Tribunal Superior de Kenya, que negó el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la discriminación contra los niños nacidos fuera del matrimonio (y sus madres), incluyó la prohibición del genocidio en su lista de normas que sí se consideraban de *ius cogens*²³⁷. El Tribunal Constitucional de Alemania, en la causa relativa a una apelación contra la condena de un serbobosnio por actos de genocidio, se basó en la conclusión de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que la prohibición del genocidio constituía una obligación *erga omnes* y una norma de

²³⁰ R. Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 134 (1971), págs. 331 a 388, en especial pág. 324, nota 37.

²³¹ E. J. Criddle y E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), págs. 331 a 388, en especial pág. 369.

²³² Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*” (nota 224 *supra*), págs. 491 y 492. Véanse también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), pág. 180; y Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law” (nota 186 *supra*), pág. 380.

²³³ A/CN.4/714 y Corr.1. Véase también D. Tladi, “The International Law Commission’s recent work on exceptions to immunity: charting the course for a brave new world in international law?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2019).

²³⁴ Cherif Bassiouni, “International crimes...” (nota 219 *supra*), pág. 70; y A. Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*”, en Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 158 a 171, en especial pág. 162.

²³⁵ A. Pellet, “Conclusions”, en C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), págs. 417 a 424, en especial pág. 419 (“*Personne aujourd’hui ne peut sérieusement prétendre qu’un traité organisant un génocide ou une agression n’est pas entaché de nullité*” [nadie puede alegar seriamente que un tratado que dispone un genocidio o una agresión no es nulo]).

²³⁶ *A v. Département fédéral de l'économie* (nota 182 *supra*), párr. 8.2. Véanse también *Committee of US Citizens Living in Nicaragua* (nota 182 *supra*), pág. 941; *Siderman de Blake* (nota 214 *supra*), pág. 714; *Yousuf v. Samantar* (nota 214 *supra*), pág. 19; *Lozano* (nota 212 *supra*), párr. 6.

²³⁷ *RM v. Attorney-General*, sentencia, Tribunal Superior de Kenya, 1 de diciembre de 2006 [2006], *EKL*.

*ius cogens*²³⁸. El Tribunal de Apelaciones del Canadá, en *R. v. Munyaneza*, una causa relativa a un nacional de Rwanda implicado en la comisión de actos de genocidio en Rwanda en 1994, determinó que en 1994 el crimen de genocidio contravenía todas las normas imperativas del derecho internacional consuetudinario²³⁹. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, en la causa *Sarei v. Rio Tinto*, también afirmó que era indiscutible el rango de la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens*²⁴⁰.

82. En cuanto a la práctica convencional, además de la Convención contra el Genocidio de 1948, tipifican el crimen de genocidio el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁴¹ y el Protocolo de Malabo del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos²⁴². Aunque no son tratados, los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda también tipifican el crimen de genocidio en términos absolutos²⁴³. En ninguno de esos instrumentos se prevé posibilidad alguna de derogación. Aunque se pueden establecer motivos de exención de responsabilidad²⁴⁴, no son derogaciones, sino que afectan a los elementos del crimen, como la ilicitud del acto y la intención dolosa²⁴⁵. Existe igualmente una práctica legislativa generalizada que reconoce la inderogabilidad de la prohibición del genocidio²⁴⁶. Los Estados también han expresado ante los órganos de las Naciones Unidas la opinión de que la prohibición del genocidio es una norma

²³⁸ *Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 12. Dezember 2000* [Providencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de diciembre de 2000], 2 BVR 1290/90.

²³⁹ *R v. Munyaneza*, sentencia, Tribunal Superior del Canadá (Sala de lo Penal), 22 de mayo de 2009, párr. 75.

²⁴⁰ *Sarei and Others v. Rio Tinto, PLC*, sentencia, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 25 de octubre de 2011, pág. 19360.

²⁴¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 6.

²⁴² Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Malabo, 27 de junio de 2014) puede consultarse en www.au.int, anexo, art. 28 b).

²⁴³ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, [S/25704](#), anexo, art. 4; estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, resolución [955 \(1994\)](#) del Consejo de Seguridad, anexo, art. 2.

²⁴⁴ Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 31.

²⁴⁵ Por ejemplo, la enfermedad mental (art. 31, párr. 1 a), del Estatuto de Roma) excluye el elemento intencional, mientras que la legítima defensa (art. 31, párr. 1 c), del Estatuto de Roma) excluye la ilicitud de cualquier comportamiento.

²⁴⁶ Véanse, por ejemplo, el Código Penal de Burkina Faso, art. 313; el Código Penal de Côte d'Ivoire, art. 317; la Ley de Enmienda del Código Penal de Ghana de 1993, art. 1; la Ley de organización de los enjuiciamientos por delitos constitutivos del crimen de genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos desde el 1 de octubre de 1990 de Rwanda, art. 2; la Ley de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Sudáfrica, Anexo 1, primera parte; el Código de los Estados Unidos, cap. 50A, art. 1091; la Ley núm. 2.889 de 1956 del Brasil, art. 1; el Código Penal Federal de México, art. 149 *bis*; el Código Penal de Nicaragua, arts. 549 y 550; el Código Penal de Cuba, art. 116; la Ley núm. 5710-1950 de Prevención y Sanción del Genocidio de Israel; el Código Penal de las Islas Fiji, cap. VIII; el Código Penal de la República de Tayikistán, art. 398; el Código Penal de la República de Albania, art. 73; el Código Penal de Austria, art. 321; la Ley de Represión de las Violaciones Graves del Derecho Internacional de Bélgica, art. 1; el Código Penal de la República Checa, art. 259; el Código Penal de Francia, art. 211, párr. 1; el Código Penal de Finlandia, art. 6; el Código Penal de Alemania, art. 220; la Ley de Aplicación de la Convención contra el Genocidio de Irlanda, art. 2; la Ley núm. 962 de 1967; el Código Penal de Portugal, art. 239; el Código Penal de España, art. 607; el Código Penal Federal de la Federación de Rusia, art. 357.

de *ius cogens*²⁴⁷. Es inconcebible que en la actualidad alguien pueda cuestionar el carácter imperativo de la prohibición del genocidio.

83. Sobre la base de lo que antecede, cabe concluir que la inclusión por la Comisión de la prohibición del genocidio en su anterior lista de normas de *ius cogens* está justificada por la práctica existente.

5. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad

84. Además de en trabajos anteriores en los que ha elaborado listas de normas de *ius cogens* generalmente aceptadas, la Comisión ha reconocido la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como norma de *ius cogens* en el preámbulo del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado en primera lectura durante su 69º período de sesiones²⁴⁸. Como señaló la Comisión en el comentario al preámbulo, la Corte Internacional de Justicia, al reconocer la prohibición de la tortura como *ius cogens* en *Bélgica c. Senegal*²⁴⁹, “a mayor abundamiento, parece indicar que la prohibición de cometer de forma generalizada o sistemática esos actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad también tendría carácter de *ius cogens*”. El carácter imperativo de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad también se ha reafirmado en los fallos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. En la causa *Fiscalía c. Kupreškić*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal consideró que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y la prohibición del genocidio constituían normas imperativas de derecho internacional general²⁵⁰. La jurisprudencia del Tribunal también ha señalado en algunos casos que la tortura, cuando se comete como crimen de lesa humanidad, constituye una violación de una norma imperativa de derecho internacional general. En la causa *Fiscalía c. Simić* se declaró al acusado “culpable de dos cargos de tortura como crímenes de lesa humanidad”²⁵¹. La Sala afirmó que la prohibición de la tortura era un crimen de lesa humanidad²⁵². Aunque la Sala no atribuyó directamente carácter de *ius cogens* a la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, señaló que el derecho a no ser sometido a torturas, o la prohibición de la tortura, estaban “reconocidos en el derecho consuetudinario y el derecho convencional como norma de *ius cogens*”²⁵³. Al considerar que la tortura por la que se condenó al acusado era un crimen de lesa humanidad, cabe inferir que la Sala aceptó que la prohibición de la tortura como crimen de lesa humanidad constituía *ius cogens*. La Corte Penal Internacional también ha calificado la prohibición de los crímenes de lesa humanidad de *ius cogens*²⁵⁴.

²⁴⁷ Véanse, por ejemplo, Belarús (A/C.6/73/SR.26); Mozambique (A/C.6/73/SR.28); y España (A/C.6/73/SR.29). Véase también la intervención de Azerbaiyán en el Consejo de Seguridad, 17 de octubre de 2012 (S/PV.6849).

²⁴⁸ Párr. 4) del comentario al preámbulo del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, A/72/10, párrs. 45 y 46, págs. 24 y 25.

²⁴⁹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 188 *supra*), párr. 99.

²⁵⁰ *Kupreškić* (nota 229 *supra*), párr. 520.

²⁵¹ *Prosecutor v. Milan Simić*, IT-95-9/2-S, sentencia, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 17 de octubre de 2002, párr. 34.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la petición del Sr. Ruto de exención de la obligación presencia continua en el juicio, Corte Penal Internacional, 18 de junio de 2013, párr. 90 (“Hay acuerdo general en que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad tiene rango de *ius cogens*. En cambio, de momento no se tiene conocimiento de que la democracia como norma jurídica internacional tenga rango de *ius cogens*. Por consiguiente, en caso de que se perciba un conflicto entre ambas normas, las consideraciones de la democracia deben ceder ante la necesidad de llevar a cabo una investigación adecuada sobre la responsabilidad penal de un funcionario electo por crímenes de lesa humanidad”).

85. La jurisprudencia en el sistema interamericano también ha afirmado el carácter imperativo de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad. En el caso *Miguel Castro Castro Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad formaba parte de las normas imperativas de derecho internacional general²⁵⁵. La propia sentencia del caso *Miguel Castro Castro* se basó en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, en que, después de una evaluación de la práctica, comenzando por los Principios de Núremberg, se concluyó que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad era una norma de *ius cogens*²⁵⁶. La Comisión Interamericana también ha afirmado el carácter de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad²⁵⁷.

86. El carácter imperativo de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad también se ha reafirmado en sentencias de cortes y tribunales nacionales. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Tribunal de Distrito del Distrito Este de Nueva York afirmó, citando a Cherif Bassiouni²⁵⁸, que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad existía en el derecho internacional consuetudinario desde hacía más de medio siglo y se consideraba parte del *ius cogens*, es decir, de las normas jurídicas internacionales de mayor rango²⁵⁹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, describió el *ius cogens* como la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y señaló que “prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra”²⁶⁰. En otras jurisdicciones se ha sostenido que las normas relativas al castigo de los crímenes de lesa humanidad, como la imprescriptibilidad y la obligación de prevenir y castigar, constituyen normas imperativas de derecho internacional²⁶¹. Del mismo modo, aunque no describe expresamente la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como *ius cogens*, la sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en

²⁵⁵ *Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006, párr. 402.

²⁵⁶ *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 99. Véase también *Goiburú* (nota 119 *supra*), párr. 128, donde se calificó a la prohibición de la tortura y las desapariciones forzadas de crímenes de lesa humanidad y *ius cogens*. Véase, además, *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 42.

²⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Manuel Cepeda Vargas c. la República de Colombia*, caso 12.531, decisión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 14 de noviembre de 2008, nota 66; *Julia Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) c. la República Federativa de Brasil*, caso 11.552, decisión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 26 de marzo de 2009, párr. 185 (se describe como *ius cogens* el deber de investigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad); *Juan Gelman y otros c. la República Oriental del Uruguay*, caso 12.607, decisión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 21 de enero de 2010, párr. 66; *Marino López y otros (Operación Génesis) c. Colombia*, caso 12.573, fondo, decisión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de marzo de 2011, informe núm. 64/11, párr. 256, nota 275.

²⁵⁸ M. Cherif Bassiouni, “Crimes against humanity”, en R. Gutman y D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know* (Nueva York, Norton, 1999), págs. 135 y 136.

²⁵⁹ *In re Agent Orange Products Liability Litigation*, sentencia, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 28 de marzo de 2005, párr. 136.

²⁶⁰ *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, fallo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 13 de julio de 2007, párr. 15 (“Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra”). Véanse también *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro*, fallo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 24 de agosto de 2004, párr. 28; y *Fiscalía c. Priebke*, fallo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2 de noviembre de 1995, párrs. 2 a 5.

²⁶¹ Véase, por ejemplo, *Exp. núm. 0024-2010-PI/TC*, sentencia, Tribunal Constitucional del Perú, 21 de marzo de 2011, párr. 53.

la causa *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre* parece confirmar el carácter de *ius cogens* de la prohibición:

Junto con la tortura, los crímenes internacionales de piratería, comercio de esclavos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y *apartheid* exigen que los Estados, incluso en ausencia de un derecho convencional internacional vinculante, repriman ese comportamiento porque todos los Estados tienen un interés, ya que atentan contra los valores que constituyen el fundamento del orden público mundial²⁶².

87. Aunque el pasaje citado no se refiere directamente al carácter de *ius cogens* del crimen en cuestión, hay dos cuestiones que merece la pena destacar. En primer lugar, la lista de crímenes señalados por el Tribunal, con excepción del crimen de piratería, corresponde a la lista elaborada por la Comisión de los ejemplos de normas de *ius cogens* más citados en los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En segundo lugar, el Tribunal describe esos crímenes con términos similares a las características descriptivas aprobadas provisionalmente por el Comité de Redacción, al hablar de la protección de los “valores que constituyen el fundamento del orden público mundial”²⁶³. Otras decisiones, como las del Tribunal de Apelaciones de Kenya, también han descrito la prohibición de los crímenes de lesa humanidad en términos que confirman su inderogabilidad²⁶⁴.

88. Como se ha mencionado anteriormente, la Comisión, en su proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente en primera lectura en 2017, reconoce en el preámbulo que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general. En las observaciones escritas de los Estados sobre el párrafo del preámbulo de ese proyecto de artículos también se señala que estos reconocen de manera general el carácter imperativo de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad. De las 33 observaciones escritas²⁶⁵ recibidas en el momento en que se redactó el presente informe²⁶⁶, solo un Estado, Francia, cuestionó la inclusión del párrafo del preámbulo. Es revelador que, en sus aportaciones escritas, Francia no cuestionó la corrección del párrafo del preámbulo, sino que se limitó a expresar tímidamente sus dudas acerca de su idoneidad habida cuenta de que el tema del *ius cogens* se estaba examinando en relación con otro tema²⁶⁷. La mayoría de las observaciones ni siquiera mencionaban

²⁶² *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre*, sentencia, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 30 de octubre de 2014, párr. 137.

²⁶³ El proyecto de conclusión 2 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción (véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 26 de julio de 2017 (nota 40 *supra*), anexo) se refiere a la protección de los “valores fundamentales de la comunidad internacional”.

²⁶⁴ Véase *Attorney-General and Others v. Kenya Section of International Commission of Jurists*, sentencia, Tribunal de Apelaciones de Kenya, 16 de febrero de 2018, párr. 44.

²⁶⁵ En su cuarto informe (A/CN.4/725 y Add.1), el Relator Especial para los crímenes de lesa humanidad, Sr. Sean Murphy, no solo estudió las observaciones escritas. También examinó las intervenciones orales de los Estados durante los debates en la Sexta Comisión. Según ese informe, en sus declaraciones ante la Sexta Comisión, otros Estados cuestionaron la inclusión del párrafo del preámbulo por diversas razones, entre ellas que las normas imperativas se estaban examinando en relación con otro tema, que el comentario al párrafo del preámbulo no aportaba mucho al párrafo, y que el párrafo del preámbulo era inapropiado para un tema centrado en la criminalización y la responsabilidad penal individual.

²⁶⁶ Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Estonia, Francia, Grecia, Israel, Japón, Liechtenstein, Malta, Marruecos, Nueva Zelanda, países nórdicos (Dinamarca, Islandia, Suecia, Finlandia, Noruega), Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Sierra Leona, Singapur, Suiza, Ucrania y Uruguay. Véase A/CN.4/726.

²⁶⁷ *Ibid.* (“No obstante, cabe dudar de la conveniencia de calificar la prohibición de los crímenes de lesa humanidad de norma imperativa de derecho internacional general, en la medida en que la

la inclusión del párrafo en el que se describía la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como norma imperativa de derecho internacional, lo que parece indicar que se trata de una afirmación fáctica tan obvia que no es necesario mencionarla. Todos los Estados que hicieron referencia a la cuestión, menos Francia, mostraron su aprobación. Bélgica, por ejemplo, señaló que en el “proyecto de preámbulo se afirma muy acertadamente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”²⁶⁸. El Reino Unido simplemente tomó nota del párrafo y afirmó que la Comisión “ya había expresado esta posición anteriormente”²⁶⁹. En sus observaciones escritas, Sierra Leona también toma nota del carácter de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad al referirse a las amnistías²⁷⁰.

89. Como era de esperar, en la doctrina también se apoya ampliamente la opinión de que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*²⁷¹. Cada vez que se elaboran listas de normas de *ius cogens*, estas siempre incluyen la prohibición de los crímenes de lesa humanidad²⁷². Incluso cuando la prohibición de los crímenes de lesa humanidad no se califica expresamente de *ius cogens*, los autores tienden a asumir su carácter imperativo²⁷³. Leila Sadat, por ejemplo, sin afirmar explícitamente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es *ius cogens*, observa que las disposiciones del proyecto de artículos de la Comisión sobre los crímenes de lesa humanidad son apropiadas para una convención relativa a un crimen de *ius cogens* con sólidas disposiciones en materia de cooperación interestatal, asistencia judicial recíproca y ejecución²⁷⁴. A este respecto, Christófolo observa que la naturaleza imperativa de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad se inscribe en el mismo desarrollo normativo de otras normas de *ius cogens*²⁷⁵.

Comisión está trabajando actualmente en el tema de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y de que la cuestión no se menciona en el preámbulo del Estatuto de Roma”).

²⁶⁸ *Ibid.* Véanse también las observaciones escritas de Panamá.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Véase, por ejemplo, Den Heijer y Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law” (nota 158 *supra*), pág. 9.

²⁷² Véanse, por ejemplo, Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate...” (nota 72 *supra*), pág. 53; Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), pág. 197; L. J. Kotzé, “Constitutional conversations in the anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 241 a 272, en especial pág. 243; Criddle y Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*” (nota 231 *supra*), pág. 369; y E. de Wet, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 541 a 561.

²⁷³ Véase, por ejemplo, D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 23 a 50, en especial pág. 37, donde se cita la invocación de la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad como ejemplo de función del *ius cogens* más allá de provocar la nulidad de los tratados.

²⁷⁴ L. N. Sadat, “A contextual and historical analysis of the International Law Commission’s 2017 draft articles for a new global treaty on crimes against humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16 (2018), págs. 683 a 704, en especial págs. 688 y 700 (donde se afirma que el texto debería ser más contundente aún a la luz de la situación actual y la práctica internacional, y habida cuenta de la naturaleza de *ius cogens* de los crímenes de lesa humanidad).

²⁷⁵ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 186 *supra*), pág. 219.

90. Este breve estudio de las fuentes pone de manifiesto que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está firmemente establecida en la práctica y en la doctrina como una norma cuya inderogabilidad está aceptada y reconocida.

6. La prohibición del *apartheid* y la discriminación racial

91. Al igual que en el debate sobre la prohibición de la agresión, es útil comenzar el examen de la prohibición del *apartheid* abordando una cuestión terminológica. En algunos casos se habla de la prohibición del *apartheid*, mientras que en otros se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial. Del mismo modo que en el comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, el Relator Especial hablará en todo el cuarto informe de “la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial”, salvo cuando se utilice otra expresión en una cita directa. La expresión no pretende, en este contexto, designar prohibiciones distintas, a saber, la prohibición de la discriminación racial y la prohibición del *apartheid* (o, a los mismos efectos, la prohibición de la discriminación racial o la prohibición del *apartheid*). Más bien pretende designar un acto compuesto, a saber, la prohibición del *apartheid*, del que la discriminación racial forma parte integrante. A este respecto, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* define el *apartheid* en un sentido amplio para incluir “las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional” y abarca y una serie de actos específicos²⁷⁶.

92. Como segunda cuestión preliminar, los actos de *apartheid* están prohibidos como crímenes de lesa humanidad. Si, como ilustra el análisis anterior, los crímenes de lesa humanidad son *ius cogens*, es lógico que los actos de *apartheid*, que constituyen crímenes de lesa humanidad, también estén prohibidos como *ius cogens*. Al igual que en el caso de los crímenes de lesa humanidad, la Corte Internacional de Justicia no ha determinado expresamente que la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial sea una norma de *ius cogens*. No obstante, en su famosa declaración en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Corte incluyó la prohibición de la discriminación racial entre las normas con carácter *erga omnes*. La Corte señaló que las obligaciones *erga omnes*

se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial²⁷⁷.

93. Cabe señalar que todos los ejemplos proporcionados por la Corte forman parte de la lista de ejemplos de normas de *ius cogens* establecida por la Comisión. Además, al igual que Pellet y Cherif Bassiouni, el Relator Especial sostiene que, si bien los conceptos de obligaciones *erga omnes* e *ius cogens* son diferentes, están relacionados

²⁷⁶ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243, art. II. El art. II especifica los siguientes actos: la denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona por determinados medios; la imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país; cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales; la explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales; y la persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.

²⁷⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 34.

en el sentido de que uno (*ius cogens*) se refiere al contenido de la norma, mientras que el otro (*erga omnes*) indica los destinatarios de la norma y es consecuencia del primero²⁷⁸. En la opinión consultiva relativa a *Namibia*, la Corte determinó que las políticas raciales y de *apartheid* de Sudáfrica constituían “una negación de los derechos humanos fundamentales que constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta”²⁷⁹. Esto indica sin duda, aunque no de manera definitiva, que la Corte Internacional de Justicia incluiría la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial como ejemplo de *ius cogens*.

94. Existe también una abundante práctica de los Estados que reconoce la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial como norma imperativa de derecho internacional general. Por ejemplo, ha habido muchas resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad que ponen de manifiesto la inderogabilidad de la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial. En 1960, la Asamblea General determinó que “la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una negación de los derechos humanos fundamentales y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas”²⁸⁰. Si bien en esta declaración no se mencionaron específicamente el *apartheid* ni la discriminación racial, se sentaron las bases para otras declaraciones de rechazo hacia la política de *apartheid* y discriminación racial. En 1965, por ejemplo, la Asamblea General declaró que “todo Estado debe contribuir a la eliminación completa de la discriminación racial y del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”²⁸¹. Cabe señalar que la resolución impone a *todos* los Estados, y no solo a los Estados afectados, la obligación de contribuir a la erradicación de la discriminación racial y la dominación de las personas. Esta, como se recordará que se afirma en el tercer informe, es una de las principales consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional: la obligación de todos los Estados de cooperar en la eliminación de las consecuencias jurídicas de las violaciones del *ius cogens*.

²⁷⁸ Pellet, “Conclusions” (nota 235 *supra*), pág. 418 (“‘Les règles fondamentales de l’ordre juridique international’, en particulier le jus cogens et les obligations erga omnes – sans d’ailleurs que l’on sache très bien s’il s’agit d’un seul et même concept ou de deux choses différentes – même si pour ma part ... je pense qu’il s’agit de deux notions distinctes: la caractéristique cogens d’une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l’expression erga omnes attire plutôt l’attention sur ses destinataires” [“Las normas fundamentales de derecho internacional”, en particular el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* —sin que se sepa muy bien si constituyen un único concepto o dos cosas diferentes— aunque, por mi parte, creo que son dos conceptos distintos: el carácter de *ius cogens* de una norma se refiere a la calidad del contenido mismo de la norma, mientras que la expresión *erga omnes* señala la atención sobre sus destinatarios”]); Cherif Bassiouni, “International crimes...” (nota 219 *supra*), pág. 63, quien señala que el *ius cogens* hace referencia al rango jurídico de determinadas normas, mientras que las obligaciones *erga omnes* se refieren a las consecuencias jurídicas derivadas de la calificación de *ius cogens*.

²⁷⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 57, párr. 131.

²⁸⁰ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, párr. 1.

²⁸¹ Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965, relativa a la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, párr. 6. Véase también la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General relativa a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, anexo, párr. 1 (“Solemnemente proclama [que] [...] los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial”).

95. Además, las resoluciones pertinentes no solo exigen a los Estados que cooperen para erradicar las políticas discriminatorias, sino que también *parecen* eximir, o podría interpretarse que eximen, a los movimientos de liberación que luchan contra el flagelo del *apartheid* y la discriminación racial de determinadas normas del derecho internacional en sus esfuerzos por liberar a los pueblos de la dominación racial y el *apartheid*. Por ejemplo, la resolución de la Asamblea General sobre la definición de la agresión estaba sujeta a la salvedad de que la definición no perjudicaba “en forma alguna” el derecho de “los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera [...] “a luchar” por sus derechos y a “pedir y recibir apoyo”.

96. La Asamblea General también ha aprobado resoluciones y declaraciones relativas a Sudáfrica y el *apartheid*. En 1975, la Asamblea General aprobó la resolución sobre la responsabilidad especial de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional para con el pueblo oprimido de Sudáfrica, en la que proclamó que “las Naciones Unidas y la comunidad internacional” tienen un deber para con el “pueblo oprimido de Sudáfrica y sus movimientos de liberación” de contribuir al fin del *apartheid*²⁸². La resolución 32/105 J, que reafirmó “la legitimidad de la lucha del pueblo oprimido de Sudáfrica”, describió la política de Sudáfrica como “la política criminal de *apartheid*”²⁸³. La resolución llegó incluso a apoyar el derecho a “lucha[r] para tomar el poder por todos los medios disponibles y apropiados de su elección, incluida la lucha armada”²⁸⁴. Es importante destacar que, de conformidad con el deber de cooperar para poner fin a las violaciones del *ius cogens*, la resolución declaró que “la comunidad internacional debe prestar toda la asistencia posible al movimiento de liberación nacional de Sudáfrica” en su lucha por acabar con el *apartheid*²⁸⁵. La Asamblea General ha aprobado muchas resoluciones similares durante muchos años en las que calificaba el *apartheid*, por ejemplo, de “inhumano” y exhortaba a la comunidad internacional a contribuir a su erradicación²⁸⁶. Si bien esas resoluciones no hablaban de “*ius cogens*” o “normas imperativas”, sí describían la prohibición en términos similares a los utilizados para describir, por ejemplo, el genocidio y la tortura.

97. Es importante recordar que la Asamblea General no fue la única en aprobar una serie de resoluciones sobre la ilegalidad e inhumanidad del *apartheid* y la discriminación racial. El Consejo de Seguridad también aprobó sus propias resoluciones. En 1984, en una dura resolución, el Consejo de Seguridad describió el *apartheid* y la discriminación racial como “un crimen contra la conciencia y la dignidad de la humanidad [...] incompatible con los derechos y la dignidad del hombre”²⁸⁷, en unos términos que recuerdan a la muy citada descripción del genocidio

²⁸² Resolución 3411 C (XXX) de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975, relativa a la responsabilidad especial de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional para con el pueblo oprimido de Sudáfrica, párr. 1.

²⁸³ Resolución 32/105 J de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia al movimiento de liberación nacional de Sudáfrica, párrs. 2 y 3.

²⁸⁴ *Ibid.*, párr. 3.

²⁸⁵ *Ibid.*, párr. 4.

²⁸⁶ Además de las mencionadas anteriormente, véase la resolución 31/6 A de la Asamblea General, de 26 de octubre de 1976, relativa al llamado Transkei independiente y otros bantustanes, párr. 1 (“condena enérgicamente el establecimiento de bantustanes por estar encaminado a consolidar la inhumana política de *apartheid*”). Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 34/93 O, de 12 de diciembre de 1979, relativa a la Declaración sobre Sudáfrica; 39/72 A, de 13 de diciembre de 1984, relativa a las sanciones amplias contra el régimen de *apartheid* y el apoyo a la lucha de liberación en Sudáfrica; y 39/72 G, de 13 de diciembre de 1984, relativa a las medidas internacionales concertadas para la eliminación del *apartheid*.

²⁸⁷ Resolución 473 (1980) del Consejo de Seguridad, párr. 3. Véanse también las resoluciones del Consejo de Seguridad 418 (1977); 554 (1984) y 569 (1985).

por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²⁸⁸. El Consejo de Seguridad dispuso que los miembros de las Naciones Unidas aprobaran diversas sanciones contra Sudáfrica en cumplimiento del deber de cooperar para poner fin a las violaciones graves del *ius cogens* y de no prestar asistencia para el mantenimiento de las situaciones creadas por esas violaciones del *ius cogens*, en este caso el *apartheid* y la discriminación racial²⁸⁹.

98. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*²⁹⁰ codificó el rechazo total y absoluto de la política de *apartheid* y las políticas discriminatorias que conlleva como crímenes de lesa humanidad y contra la conciencia humana. En su preámbulo, la Convención condena “la segregación racial y el *apartheid*” y compromete a las partes a “prevenir, prohibir y eliminar *todas las prácticas*” de segregación racial y *apartheid*²⁹¹. La Convención declara que el *apartheid* es “un crimen de lesa humanidad” y que los “actos inhumanos” relacionados con el crimen de *apartheid*, como la segregación racial y la discriminación racial, “son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”²⁹². Además, como ocurre con las violaciones graves del *ius cogens*, la Convención establece la responsabilidad, “cualquiera que sea el móvil”, de toda persona que cometa o ayude a cometer el crimen de *apartheid* o coopere en su comisión²⁹³.

99. El carácter imperativo de la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial también se ha reconocido en decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales. Por ejemplo, en Suiza, en la causa *A c. Département fédéral de l'économie*, la prohibición de la discriminación racial y la desigualdad fueron reconocidas como ejemplos de normas de *ius cogens*²⁹⁴. Del mismo modo, en la causa *Committee of US Citizens Living in Nicaragua*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos incluyó la prohibición de la discriminación racial en la lista de normas de *ius cogens*²⁹⁵. En *Sarei v. Rio Tinto*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos declaró que contaba con gran apoyo la tesis de que la discriminación racial sistemática por parte de un Estado violaba una norma de *ius cogens*²⁹⁶.

²⁸⁸ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 220 *supra*), pág. 23 (“la intención de las Naciones Unidas era condenar y sancionar el genocidio como ‘un crimen de derecho internacional’ que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”).

²⁸⁹ Véanse también las resoluciones del Consejo de Seguridad 418 (1977); 569 (1985); y 591 (1986).

²⁹⁰ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*.

²⁹¹ *Ibid.*, cuarto párrafo del preámbulo (sin cursivas en el original).

²⁹² *Ibid.*, art. I.

²⁹³ *Ibid.*, art. III.

²⁹⁴ *A c. Département fédéral de l'économie* (nota 182 *supra*), párr. 8.2.

²⁹⁵ *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (nota 182 *supra*), pág. 941. Véase también *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 214 *supra*), pág. 717.

²⁹⁶ *Sarei v. Rio Tinto* (nota 240 *supra*), pág. 19395.

100. La doctrina también ha reconocido en general la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial como una norma de *ius cogens*²⁹⁷. Pellet describe acertadamente el claro reconocimiento de la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial como norma de *ius cogens* al afirmar que la reprobación universal (oficial) de la discriminación racial ha dado lugar sin duda a una “imperativización” de la prohibición de la discriminación racial (al menos cuando se comete a gran escala o en una escala sistemática)²⁹⁸.

101. El análisis anterior pone de manifiesto que la decisión de la Comisión de incluir el *apartheid* y la discriminación racial en su lista de ejemplos de las normas de *ius cogens* más citadas estaba justificada.

7. La prohibición de la esclavitud

102. Es comprensible que en el mundo moderno no haya muchos casos de lo que cabe denominar esclavitud clásica. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia no ha tenido que pronunciarse sobre la prohibición de la esclavitud y, por lo tanto, no ha abordado el estatus de la esclavitud como norma de *ius cogens*. Al igual que con la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial, la Corte ha reconocido el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la esclavitud de manera indirecta y mediante su inclusión en la lista de normas que crean obligaciones *erga omnes*²⁹⁹. No obstante, la prohibición de la esclavitud es uno de los ejemplos clásicos, aceptado de manera prácticamente universal, de normas imperativas de derecho internacional³⁰⁰. Su reconocimiento como norma que no admite derogación puede verse en la práctica de los Estados, en particular en el contexto de instrumentos multilaterales.

103. La prueba del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la esclavitud puede encontrarse en la práctica de los Estados que aprueban instrumentos multilaterales. La primera vez que se condenó la esclavitud en un instrumento internacional fue en la Declaración Relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos, de 1815³⁰¹. En 1948 se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre” y que “la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”³⁰². En la Declaración de Durban, los dirigentes mundiales reconocieron que “la esclavitud y la trata de esclavos [...] fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad”, en parte “por su aborrecible

²⁹⁷ Véase J. Dugard, *Confronting Apartheid: A Personal History of South Africa, Namibia and Palestine* (Johanesburgo, Jacana, 2018), págs. 86 y 137. Véanse también Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne” (nota 230 *supra*), pág. 324, nota 37; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 186 *supra*), pág. 16; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 150 *supra*), pág. 222; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (nota 186 *supra*), pág. 41; De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order” (nota 82 *supra*), pág. 616; Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*” (nota 234 *supra*), pág. 162; y Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law” (nota 186 *supra*).

²⁹⁸ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...” (nota 87 *supra*), pág. 85.

²⁹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 277 *supra*), pág. 32, párr. 34.

³⁰⁰ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*), pág. 216 (donde se afirma que la prohibición de la esclavitud se sitúa entre las primeras normas imperativas indiscutibles que surgieron en el derecho internacional contemporáneo).

³⁰¹ Declaración Relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos (8 de febrero de 1815), *Consolidated Treaty Series*, vol. 63, núm. 473. Véase D. Weissbrodt y Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2002, HR/PUB/02/4), pág. 3.

³⁰² Art. 4.

barbarie”³⁰³. En la Declaración se reconocía además “que la esclavitud y la trata de esclavos [...] constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad”³⁰⁴.

104. La naturaleza absoluta e inderogable de la prohibición de la esclavitud también se pone de manifiesto en la práctica convencional. En la Convención sobre la Esclavitud de 1926, los Estados se comprometieron a prevenir y suprimir “la esclavitud” y “la trata de esclavos”³⁰⁵. El compromiso de la Convención se matizó con una serie de precisiones, lo que plantea interrogantes sobre la inderogabilidad de la prohibición en ese momento³⁰⁶. En primer lugar, los Estados contratantes se comprometían a poner fin a la esclavitud “de una manera progresiva y tan pronto como sea posible”³⁰⁷. Esta precisión podría indicar que los Estados contratantes consideraban que la prohibición era derogable. No obstante, no parecía ser tanto una precisión normativa como una aceptación empírica de que la esclavitud, aunque era completamente ilegal, existía. Al igual que en la actualidad pueden cometerse crímenes de lesa humanidad pese a su proscripción absoluta como norma de *ius cogens*. Esta opinión se ve respaldada por el hecho de que la obligación de imponer penas severas era inmediata y no venía condicionada por el matiz de la erradicación progresiva³⁰⁸. Con todo, la Convención sí contemplaba la continuación legal del “trabajo forzoso” bajo ciertas condiciones estrictas, por lo que establecía unas disposiciones transitorias para regular los casos de trabajo forzoso³⁰⁹. No obstante, el trabajo forzoso no se calificaba entonces de esclavitud. La esclavitud se definía como la situación por la que se ejercía alguna forma de propiedad sobre una persona³¹⁰, mientras que el trabajo forzoso siempre debía remunerarse y no se podía obligar a los trabajadores a trasladarse³¹¹. La Convención Suplementaria de 1956 amplió el alcance de la prohibición para que abarcara las prácticas análogas a la esclavitud, lo que incluía la práctica del trabajo forzoso³¹².

105. Además de las Convenciones sobre la Esclavitud de 1926 y 1956, otros tratados que no se refieren específicamente a la esclavitud la prohíben en términos absolutos e inderogables. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un buen ejemplo. En su artículo 8 se prohíben “[l]a esclavitud y la trata de esclavos [...] en

³⁰³ Declaración de Durban aprobada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, contenida en el *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, A/CONF.189/12, pág. 11, párr. 13.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Convención sobre la Esclavitud (Ginebra, 25 de septiembre de 1926), Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. LX, núm. 1414, pág. 253, art. 2 a) y b).

³⁰⁶ Véase Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*), pág. 216 (donde se afirma que la Convención de 1926 no abolía imperativamente la esclavitud, y que el artículo 2 solo estipulaba que los Estados partes se obligaban a procurar, de una manera progresiva, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas).

³⁰⁷ Convención sobre la Esclavitud, art. 2 b).

³⁰⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 6, que obliga a los Estados a aprobar “penas severas” para los casos de esclavitud. Esta obligación no viene condicionada con el matiz “progresivo” del art. 2 b).

³⁰⁹ *Ibid.*, art. 5.

³¹⁰ *Ibid.*, art. 1 (“La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”).

³¹¹ *Ibid.*, art. 5, párr. 2 (“... mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, [el trabajo forzoso] no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia”).

³¹² Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266, núm. 3822, pág. 40.

todas sus formas”, así como la “servidumbre”. Aunque el Pacto prevé la derogación de ciertos derechos, excluye expresamente la derogabilidad de la prohibición de “[l]a esclavitud y la trata de esclavos [...] en todas sus formas” y “la servidumbre”³¹³. El Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 también establece que “la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas” “quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar”³¹⁴. Entre otros ejemplos de tratados que, de una manera u otra, prohíben y/o penalizan la esclavitud en términos absolutos cabe citar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³¹⁵, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que tipifica la esclavitud como crimen de lesa humanidad³¹⁶, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas³¹⁷.

106. Además de la práctica de los Estados en forma de instrumentos multilaterales, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales nacionales también se ha reconocido la esclavitud como norma de *ius cogens*³¹⁸. El carácter imperativo de la prohibición también ha sido reconocido en decisiones de cortes y tribunales regionales, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Aloeboetoe Vs. Suriname*, por ejemplo, la Corte Interamericana sostuvo que un tratado entre los Países Bajos y la comunidad de los Saramaca que preveía el transporte de esclavos sería “nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*”³¹⁹. En el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, la Corte sostuvo que la falta de investigación y enjuiciamiento de los casos de “esclavitud y servidumbre” contravenía “normas inderogables (*ius cogens*)”³²⁰. La doctrina también reconoce la prohibición de la esclavitud como norma de *ius cogens*³²¹. El carácter de *ius cogens* de la prohibición

³¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4, párr. 2.

³¹⁴ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609, art. 4, párr. 2 f).

³¹⁵ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5 (“Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”).

³¹⁶ Estatuto de Roma, art. 7, párrs. 1 c) y 2 c).

³¹⁷ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 39574, pág. 319. Véase especialmente la definición de “trata” y “explotación” en el art. 3 a). Véase también el art. 3 b), que excluye el “consentimiento” como justificación.

³¹⁸ *Okenyo v. Attorney-General*, sentencia de 29 de marzo de 2012, párr. 61; *RM v. Attorney-General* (nota 237 *supra*); *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (nota 182 *supra*), pág. 941; *United States v. Yousef*, sentencia, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 4 de abril de 2003, págs. 94 y ss., en la que el Tribunal declaró que solo algunas normas de derecho internacional poseían carácter de *ius cogens* y puso como ejemplo que un tratado que estipulara el comercio de esclavos sería nulo, mientras que otro que estipulara el comercio de marfil no lo sería, aun cuando violara alguna norma de derecho internacional; *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 214 *supra*), pág. 714; *Yousuf v. Samantar* (nota 214 *supra*), pág. 19. Véase también el voto particular del Magistrado Kirby en *R v. Tang*, Tribunal Superior de Australia, de 28 de agosto de 2008, párrs. 110 a 117.

³¹⁹ *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam* (reparaciones y costas), sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de septiembre de 1993, Serie C, núm. 15, párr. 57.

³²⁰ *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250, párr. 227.

³²¹ Véase, por ejemplo, Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne” (nota 230 *supra*), pág. 324, nota 37. Véanse también A. Verdross, “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 60 (1966), págs. 55 a 63, en especial pág. 59; Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law” (nota 167 *supra*), pág. 59; S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 147 a 172, en especial pág. 151; Bianchi,

de la esclavitud está tan bien aceptado que Trindade ha señalado que entiende que nadie se atrevería a negar que, por ejemplo, el trabajo esclavo también atentaría contra la conciencia jurídica universal, y contravendría efectivamente las normas imperativas de *ius cogens*³²². Del mismo modo, Den Heijer y Van der Wilt incluyen la esclavitud entre las normas incuestionables de *ius cogens*³²³. Asimismo, Christófolo afirma que parece indiscutible que la prohibición general de la esclavitud y la trata de esclavos ha alcanzado un carácter imperativo universal en el derecho internacional público³²⁴.

107. Puede concluirse, sobre la base de la breve descripción anterior, que la inclusión por la Comisión de la prohibición de la esclavitud en la lista de ejemplos notables de normas de *ius cogens* está justificada. Lo que no se ha abordado en el análisis es qué tipos de comportamiento están prohibidos en virtud de la prohibición general de la esclavitud y la trata de esclavos. No obstante, como los instrumentos reiteran invariablemente que se prohíbe la esclavitud “en todas sus formas”, cabe afirmar que las formas modernas de esclavitud, cualquiera que sea su definición, entran en el ámbito de aplicación de la prohibición.

8. El derecho a la libre determinación

108. El derecho a la libre determinación es otra norma ya identificada por la Comisión como norma de *ius cogens*. Es una norma de *ius cogens* clásica cuyo carácter imperativo se acepta casi universalmente. Es cierto que un Estado, en el debate de la Sexta Comisión sobre la labor realizada por la Comisión durante su 70º período de sesiones (2018), expresó la opinión de que, contrariamente a las conclusiones anteriores de la Comisión, el rango de *ius cogens* de la libre determinación era “cuestionable”³²⁵. Por las razones que se expondrán en los próximos párrafos del presente informe, el Relator Especial considera que las conclusiones anteriores de la Comisión sobre el derecho a la libre determinación estaban justificadas por la práctica y que su inclusión en la lista establecida anteriormente por la Comisión no es equivocada.

109. En el informe ya se ha hecho referencia a la relación entre el carácter *erga omnes* y el *ius cogens* y a la opinión del Relator Especial de que el segundo se deriva del primero. En su fallo en la causa relativa a *Timor Oriental*, la Corte Internacional de Justicia dijo que “la aseveración de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes* es irreprochable”³²⁶. Describió el principio de libre determinación como “uno de los principios esenciales del derecho

“Human rights and the magic of *jus cogens*” (nota 232 *supra*), pág. 495; Criddle y Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*” (nota 231 *supra*), pág. 355; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (nota 186 *supra*), pág. 41; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 186 *supra*), pág. 16; Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*” (nota 234 *supra*), pág. 162; Cherif Bassiouni, “International crimes...” (nota 219 *supra*), pág. 70; y Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law” (nota 186 *supra*), pág. 133.

³²² Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law” (nota 219 *supra*), pág. 13.

³²³ Den Heijer y Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law” (nota 158 *supra*), pág. 9.

³²⁴ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*), pág. 219.

³²⁵ Israel (A/C.6/73/SR.27).

³²⁶ *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29.

internacional contemporáneo”³²⁷. Antes de la causa relativa a *Timor Oriental*, la Corte había destacado la importancia del derecho a la libre determinación en sus opiniones consultivas sobre *Namibia* y el *Sáhara Occidental*³²⁸. El carácter *erga omnes* de la obligación de respetar el derecho a la libre determinación también fue reconocido en la opinión consultiva sobre el *Muro*³²⁹. Además, la Corte amplió las consecuencias de las violaciones graves del *ius cogens* —en particular el deber de cooperar para poner fin a toda situación creada por la violación— al incumplimiento del deber de respetar el derecho a la libre determinación³³⁰.

110. El carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación también se ha reconocido en la práctica de los Estados en el contexto de instrumentos multilaterales. Por ejemplo, muchas resoluciones de la Asamblea General proclaman el carácter fundamental del derecho a la libre determinación. Tal vez uno de los instrumentos más importantes a este respecto sea la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, de 1960, que reconoce el derecho a la libre determinación en términos absolutos, a la que se refirió la Corte Internacional de Justicia al establecer el carácter *erga omnes* de ese derecho³³¹. También es importante la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 1970³³². En el preámbulo de esa Declaración, el principio de libre determinación se califica de “importante”³³³. La Declaración subraya en varias partes la importancia del derecho a la libre determinación³³⁴. La Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, de 1965, por su parte, estipulaba que “[t]odo Estado debe respetar el derecho de la libre determinación e independencia de los pueblos y naciones, el cual ha de ejercerse sin trabas ni presiones extrañas y con absoluto respeto a los derechos humanos y a las libertades

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Véanse, en general, *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South-west Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (nota 279 *supra*); *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 12.

³²⁹ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, en especial págs. 171, 172 y 196, párrs. 88, 149 y 155.

³³⁰ *Ibid.*, párr. 159 (“[Incumbe a] todos los Estados [...] velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”).

³³¹ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, en especial párrs. 1 y 2. Véase *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South-west Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (nota 279 *supra*), pág. 31, párr. 52, donde la Corte consideró que la Declaración era un “nuevo paso importante” en el desarrollo de la aplicabilidad *erga omnes* del derecho a la libre determinación “que corresponde a todos los pueblos y territorios que ‘aún no han alcanzado la independencia’”.

³³² Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970 (anexo).

³³³ *Ibid.*, decimocuarto párr. del preámbulo.

³³⁴ Por ejemplo: “En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”; “Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio”; y “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia”.

fundamentales”³³⁵. La importancia y el carácter fundamental del derecho a la libre determinación se ponen de manifiesto por el hecho de que la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General sobre la definición de la agresión disponía que ninguna de las normas establecidas por la Asamblea sobre la agresión “podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación”³³⁶. El carácter fundamental del derecho a la libre determinación también se ha afirmado en resoluciones relativas a países específicos³³⁷. Asimismo, la Asamblea General ha declarado la nulidad de un acuerdo por ser incompatible con el derecho a la libre determinación³³⁸.

111. El propio Consejo de Seguridad también ha afirmado el derecho a la libre determinación, aunque no tan a menudo ni tan directamente como la Asamblea General³³⁹. En la resolución 384 (1975), el Consejo reconoció “el derecho inalienable del pueblo de Timor Oriental a la libre determinación” e instó a todos los Estados a respetar ese derecho³⁴⁰. En la resolución también se ampliaban las consecuencias de las violaciones graves del *ius cogens*, a saber, el deber de cooperar para poner fin a toda situación creada por la violación, a la vulneración del derecho a la libre determinación del pueblo de Timor Oriental³⁴¹.

112. El derecho a la libre determinación también se ha reflejado en la práctica convencional. La Carta de las Naciones Unidas establece que los propósitos de las Naciones Unidas son, entre otros, “[f]omentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”³⁴². Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclaman que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen

³³⁵ Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, anexo, párr. 6.

³³⁶ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo, art. 7.

³³⁷ Véase, por ejemplo, la resolución 66/146 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2011, sobre el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, en cuyo preámbulo se recuerda que la Corte Internacional de Justicia afirma que el derecho a la libre determinación establece una obligación *erga omnes* y en cuyo párrafo 1 se reafirma el derecho de Palestina a la libre determinación. Véase también la resolución 67/19 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 2012, sobre el estatuto de Palestina en las Naciones Unidas que, por ejemplo, se refiere a “los derechos inalienables del pueblo palestino, principalmente el derecho a la libre determinación” (noveno párr. del preámbulo). Sobre Sudáfrica, véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 32/105 J, párr. 2; y 34/93 O, párr. 3.

³³⁸ Resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1978, relativa a la cuestión de Palestina, párr. 4 (“la validez de cualesquiera acuerdos que pretendan resolver el problema de Palestina exige que tales acuerdos se encuadren dentro del marco de las Naciones Unidas y de su Carta y sus resoluciones sobre la base de la realización y el ejercicio plenos de los derechos inalienables del pueblo palestino, con inclusión del derecho de retorno y el derecho a la independencia y la soberanía nacionales en Palestina, y con la participación de la Organización de Liberación de Palestina”).

³³⁹ Véase un ejemplo de afirmación indirecta del derecho a la libre determinación en el preámbulo de la resolución 554 (1984) del Consejo de Seguridad (“Reafirmando la legitimidad de la lucha del pueblo oprimido de Sudáfrica por la eliminación del *apartheid* y el establecimiento de una sociedad en que el pueblo de Sudáfrica en su totalidad, independientemente de su raza, color, sexo o creencia, disfrute, en pie de igualdad, de plenos derechos políticos y de otra índole, y participe libremente en la determinación de su propio destino”).

³⁴⁰ Resolución 384 (1975) del Consejo de Seguridad, preámbulo y párr. 1.

³⁴¹ *Ibid.*, párr. 4 (“*Exhorta* a todos los Estados y demás partes interesadas a que cooperen plenamente en los esfuerzos de las Naciones Unidas para lograr una solución pacífica a la situación actual y facilitar la descolonización del Territorio”). Véase también la resolución 389 (1976) del Consejo de Seguridad.

³⁴² Carta de las Naciones Unidas, Art. 1, párr. 2.

asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”³⁴³. En su observación general núm. 12, el Comité de Derechos Humanos señala que el “derecho [a la libre determinación] reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz” protección de los derechos humanos³⁴⁴. Según el Comité, por esa razón los Estados enunciaron el derecho “en una disposición de derecho positivo en ambos Pactos e inclu[yeron] dicha disposición como artículo 1, separado de todos los demás derechos reconocidos en dichos instrumentos y anterior a los mismos”³⁴⁵. El Comité lo calificó de “derecho inalienable”. Es importante señalar que, según el Comité, las obligaciones derivadas de este derecho existen con independencia de los Pactos³⁴⁶. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que “todos los pueblos tendrán derecho a la existencia” y que “tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación”³⁴⁷.

113. El carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación también se ha afirmado en decisiones de cortes y tribunales nacionales y regionales. El Tribunal Constitucional de Alemania, por ejemplo, calificó el derecho a la libre determinación de norma de *ius cogens*, que describió como normas de derecho firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de Estados³⁴⁸. En el asunto *Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, la Gran Sala del Tribunal de Justicia europeo describió el derecho a la libre determinación como un principio de derecho internacional que es un “derecho invocable *erga omnes* y uno de los principios esenciales del derecho internacional”³⁴⁹. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha afirmado la importancia fundamental del derecho a la libre determinación³⁵⁰.

³⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3, art. 1 común.

³⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 12 (1984), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/39/40)*, anexo VI, párr. 1.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 2 y 6 (“Estas obligaciones existen con prescindencia de que un pueblo que tenga derecho a la libre determinación dependa, o no, de un Estado Parte en el Pacto. Se desprende de ello que todos los Estados Partes en el Pacto deben adoptar medidas positivas para facilitar el ejercicio y el respeto del derecho de los pueblos a la libre determinación”).

³⁴⁷ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 20, párr. 1.

³⁴⁸ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Orden de 26 de octubre de 2004 – 2 BVR 1038/01 (traducción al inglés) proporcionada por la Misión Permanente de la República Federal de Alemania ante las Naciones Unidas (Nueva York). Véase también *Saharawi Arab Democratic Republic and Others v. Cherry Blossom and Others*, sentencia del Tribunal Superior de Sudáfrica de 15 de junio de 2016, en especial párrs. 39 y ss.

³⁴⁹ *Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, asunto núm. C-104/16 P, sentencia, Gran Sala, Tribunal de Justicia europeo, 21 de diciembre de 2016, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 53/19 (20 de febrero de 2017), párr. 88.

³⁵⁰ *Congrès du peuple katangais v. DRC*, comunicación núm. 75/92, decisión, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párr. 4; y *Kevin Mgwanga Gunme et al. v. Cameroon*, comunicación núm. 266/03, decisión, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En ambas causas, la Comisión destacó que se podía ejercer el derecho sin recurrir a la secesión.

114. La doctrina también ha reconocido en general el derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*³⁵¹. Kadelbach incluye el derecho a la libre determinación entre las normas cuyo carácter de *ius cogens* es generalmente indiscutible³⁵². Alexidze también opina que el carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación es incuestionable³⁵³. Afirma, en definitiva, que no hay ni un solo rincón de la Tierra donde no se reconozca la importancia fundamental de la libre determinación³⁵⁴. Según indica, la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos figuran entre los principios cuya derogación está absolutamente prohibida, incluso *inter se*³⁵⁵. Incluye el derecho a la libre determinación entre las normas cuyo carácter de *ius cogens* es evidente³⁵⁶. Mik señala que a las normas que son principios no se les debe reconocer carácter de *ius cogens*³⁵⁷. Esto incluiría una norma como el derecho a la libre determinación. No obstante, afirma que un principio como el derecho a la libre determinación puede tener implicaciones normativas y, por lo tanto, puede reconocerse como norma de *ius cogens*³⁵⁸.

115. De acuerdo con el enfoque general adoptado en el presente informe, el análisis anterior no ha tratado de resolver el problema más complejo de lo que constituye el derecho a la libre determinación, es decir, si el derecho es de aplicación únicamente en el contexto de la descolonización y si las circunstancias en las que es aplicable permitirían una libre determinación externa (secesión) y, de ser así, en qué circunstancias. El análisis solo ha intentado demostrar que la decisión de la Comisión de incluir el derecho a la libre determinación, con independencia de su definición, como una de las normas de *ius cogens* ampliamente aceptadas es justificable.

9. Las normas básicas del derecho internacional humanitario

116. Al igual que en las secciones anteriores, es necesario comenzar la presente sección con algunas observaciones sobre la terminología. Las “normas básicas del derecho internacional humanitario” a que se hace referencia en el presente informe se denominan en otros textos “principios del derecho humanitario”, “principios del derecho internacional humanitario”, “violaciones graves” y “prohibición de los crímenes de guerra”. A los efectos del presente informe, se utiliza la expresión “normas básicas del derecho internacional humanitario” porque es la que emplea la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado, en los que se basa esta sección del informe.

³⁵¹ Véanse, por ejemplo, S. Y. Marochkin “On the recent development of international law: some Russian perspectives”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 8 (2009), págs. 695 a 714, en especial pág. 710; Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (nota 80 *supra*), pág. 35; Frowein, “*Jus cogens*” (nota 186 *supra*), pág. 443, párr. 3; Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*” (nota 234 *supra*), pág. 162; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (nota 186 *supra*), pág. 16.

³⁵² Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms” (nota 321 *supra*), pág. 152; Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms” (nota 186 *supra*), pág. 227. Véase también Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin...” (nota 87 *supra*), pág. 86.

³⁵³ L. Alexidze, “The legal nature of *ius cogens* in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, págs. 219 y ss., en especial pág. 229.

³⁵⁴ *Ibid.*, pág. 251.

³⁵⁵ *Ibid.*, pág. 260. Señala además que el principio de integridad territorial, aunque también es fundamental, puede derogarse siempre que se respete el principio de libre determinación.

³⁵⁶ *Ibid.*, pág. 262.

³⁵⁷ Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law” (nota 167 *supra*), pág. 34.

³⁵⁸ *Ibid.* Véase también una confirmación del carácter imperativo del *ius cogens* en las págs. 36, 82 y 83.

117. El carácter de *ius cogens* de las normas básicas del derecho internacional humanitario se ha afirmado en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, consideró la cuestión de si las “normas y principios del derecho humanitario” alcanzaban el rango de *ius cogens*³⁵⁹. No obstante, la Corte decidió no abordar directamente la cuestión³⁶⁰. Sin embargo, sí reconoció indirectamente el carácter de *ius cogens* de algunos principios del derecho internacional humanitario al calificarlos de “intransgredibles”³⁶¹. Puede afirmarse que el adjetivo “intransgredibles” no denota que se trate de normas imperativas de *ius cogens*. No obstante, no está claro qué más puede denotar dicho término en ese contexto. En ningún caso puede denotar que se trata de normas inviolables —el significado literal del término “intransgredible”— ya que, por definición, todas las normas, incluidas las normas con carácter de *ius dispositivum*, tendrían esa naturaleza³⁶². En cualquier caso, algunos votos particulares en la opinión consultiva relativa a las *Armas nucleares* sí se refirieron directamente a la cuestión del carácter de *ius cogens* de la norma³⁶³. Además, la Corte proclamó posteriormente

³⁵⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear weapons* (nota 185 *supra*), pág. 258, párr. 83. Véase también *Corfu Channel Case*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22 (“Estas obligaciones dimanarían, no de la Convención núm. VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino de ciertos principios generales y bien establecidos, a saber: las consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempos de paz que de guerra”).

³⁶⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 185 *supra*), pág. 258, párr. 83 (“La cuestión de saber si una norma forma parte del *ius cogens* tiene que ver con el carácter jurídico de la norma. La petición dirigida a la Corte por la Asamblea General plantea la cuestión de la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario en caso de recurso a armas nucleares y las consecuencias de esa aplicabilidad para la legalidad del recurso a esas armas, pero no plantea la cuestión del carácter del derecho humanitario que se aplicaría al uso de armas nucleares. Por lo tanto, no es necesario que la Corte se pronuncie a este respecto”). Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 140, párr. 93, donde la Corte, sin pronunciarse sobre la cuestión, supone que los principios del derecho humanitario presuntamente violados por Alemania tienen carácter de *ius cogens* (“Suponiendo para este propósito que las normas del derecho aplicable a los conflictos armados que prohíben la matanza de civiles en territorio ocupado, la deportación de habitantes civiles para someterlos a trabajo esclavo y la de prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo son normas de *ius cogens*, la Corte estima que no hay conflicto entre esas reglas y las normas sobre inmunidad del Estado”).

³⁶¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 185 *supra*), pág. 257, párr. 79 (“Es indudable que los Convenios de La Haya y de Ginebra han gozado de una amplia adhesión por el gran número de normas del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados que son tan fundamentales para el respeto del ser humano y de ‘las consideraciones elementales de humanidad’. Además, esas normas fundamentales han de ser cumplidas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que las establecen, porque constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”).

³⁶² Véase Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*), pág. 231.

³⁶³ Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 185 *supra*), declaración del Magistrado Bedjaoui, pág. 273, párr. 21 (“No me cabe duda de que la mayoría de los principios y normas del derecho humanitario y, en cualquier caso, los dos principios, que prohíben, respectivamente, el uso de armas con efectos indiscriminados y el uso de armas que causan sufrimientos innecesarios, forman parte del *ius cogens*”); *ibid.*, opinión disidente del Magistrado Weeramantry, pág. 496 (“Las normas del derecho humanitario de la guerra han adquirido claramente el rango de *ius cogens*, ya que son normas fundamentales de carácter humanitario que no es posible derogar sin negar las consideraciones básicas de humanidad que se pretende proteger”); *ibid.*, opinión disidente del Magistrado Koroma, págs. 573 y ss., véase en especial pág. 574, donde el Magistrado Koroma critica a la Corte por su “política judicial de ‘no pronunciamiento’”).

el carácter *erga omnes* de algunas normas del derecho internacional humanitario en su opinión consultiva relativa al muro³⁶⁴.

118. Si bien el reconocimiento por la Corte Internacional de Justicia del carácter de *ius cogens* de los principios básicos del derecho internacional humanitario ha sido tímido e indirecto, otras cortes y tribunales han sido menos tímidos. En la causa *Kupreškić*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia afirmó que “la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario”, incluidas, en particular, “las que prohibían los crímenes de guerra, eran también normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*, es decir, eran inderogables y tenían primacía sobre las demás”³⁶⁵. Del mismo modo, en la decisión en la causa *Tadić* sobre la moción de la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, la Sala de Apelaciones del Tribunal, al determinar las normas del derecho internacional aplicables, sostuvo que podía aplicar cualquier tratado que “no entrara en conflicto con normas imperativas de derecho internacional, como eran la mayoría de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, ni las derogara”³⁶⁶.

119. El carácter de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de guerra, como subconjunto de las normas básicas del derecho humanitario, también ha sido reconocido en las decisiones de cortes y tribunales nacionales. En la causa *Agent Orange Product Liability Litigation*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos sostuvo que las normas que prohibían la tortura, los crímenes de guerra y el genocidio eran *ius cogens*³⁶⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha sostenido que la prohibición de los crímenes de guerra, incluida la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, era *ius cogens*³⁶⁸. La Corte Constitucional de Colombia también ha afirmado que las normas de derecho humanitario “s[on] obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos” por su carácter imperativo³⁶⁹.

³⁶⁴ *Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 329 *supra*), pág. 199, párr. 155 (“Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, y algunas de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario”).

³⁶⁵ *Kupreškić* (nota 229 *supra*), párr. 520.

³⁶⁶ *Prosecutor v. Dušan Tadić et al.*, caso núm. IT-94-1, decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, 2 de octubre de 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, párr. 143. Véase también *Prosecutor v. Stanislav Galić*, caso núm. IT-98-29-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 5 de diciembre de 2003, párr. 98.

³⁶⁷ *In Re Agent Orange Product Liability Litigation* (nota 259 *supra*).

³⁶⁸ *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa núm. 259, fallo, Corte Suprema de la Nación Argentina, 24 de agosto de 2004 (“Que esta convención solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario”).

³⁶⁹ Sentencia núm. C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

120. La doctrina también reconoce generalmente el carácter de *ius cogens* de las normas básicas del derecho humanitario³⁷⁰. Kleinlein, después de señalar las normas que la Corte Internacional de Justicia califica de *ius cogens* (tortura y genocidio), afirma que las listas más inclusivas también mencionan los crímenes de guerra y los principios básicos del derecho internacional humanitario³⁷¹.

121. Se plantea un evidente problema de inseguridad en relación con el *ius cogens* y las normas básicas del derecho internacional humanitario, en particular a la hora de determinar qué normas del derecho internacional humanitario son las “más básicas” y, por lo tanto, cumplen los criterios para considerarse *ius cogens*. El presente análisis no pretendía delimitar ningún alcance; eso es algo que podría ser un tema de examen en el futuro. No obstante, lo que el análisis ha puesto de manifiesto es que la decisión de la Comisión de incluir estas normas básicas del derecho internacional humanitario en los artículos sobre la responsabilidad del Estado estuvo bien justificada.

C. Otras posibles normas de *ius cogens* no identificadas en los trabajos anteriores de la Comisión

122. Como ya se ha explicado, la lista que figura en los comentarios de la Comisión a los artículos sobre la responsabilidad del Estado representa las normas más ampliamente citadas como ejemplos de normas de *ius cogens*. En opinión del Relator Especial, esas son las normas que han de incluirse en un proyecto de conclusión. Es el *único* medio objetivo de determinar qué normas incluir y qué normas excluir en una posible lista no exhaustiva o ilustrativa, dado el enfoque metodológico de este tema, que impide hacer una evaluación exhaustiva de todas las normas posibles. Es preciso reconocer algo. Es probable que esta lista —y, de hecho, *cualquier* lista, aunque sea correcta y lo más completa posible— suscite interrogantes y resulte insatisfactoria para algunos, al menos desde el punto de vista normativo³⁷². En particular, es probable que sea criticada por no incluir otras normas que lo merecen. Se puede responder (provisionalmente) con dos argumentos. En primer lugar, la lista de ejemplos que figura en el propio proyecto de conclusión solo confirma en un texto (en lugar de en un comentario) una lista anterior de normas de *ius cogens* identificadas por la Comisión. Seguro que existen otras normas de *ius cogens* además de las identificadas, y el proyecto de conclusión dejará claro que la lista no es exhaustiva. En segundo lugar, nada impide que una norma que merezca ser incluida en la lista desde el punto de vista normativo, pero que no haya alcanzado el rango de *ius cogens* debido a su insuficiente reconocimiento y aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, alcance el rango de *ius cogens* en el futuro. De hecho, es posible que en muchos casos las pruebas relativas a su rango sean insuficientes únicamente porque los Estados y las cortes y tribunales —tanto nacionales como internacionales— no han considerado la posibilidad de abordar una norma específica

³⁷⁰ Véanse Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (nota 158 *supra*); Den Heijer y Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law” (nota 158 *supra*), pág. 12; Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate...” (nota 72 *supra*), pág. 53; A. Orakhelashvili, “Audience and authority – the merit of the doctrine of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 115 a 146, en especial págs. 138 y ss.; Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), pág. 184; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (nota 186 *supra*), pág. 41; Cherif Bassiouni, “International crimes...” (nota 219 *supra*), pág. 70; y Frowein, “*Jus cogens*” (nota 186 *supra*), pág. 443, párr. 3.

³⁷¹ Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), pág. 197.

³⁷² Véase una crítica en H. Charlesworth y C. Chinkin, “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), págs. 63 a 76.

o porque no han surgido problemas relacionados con esa norma. El presente informe (y las conclusiones y comentarios que pueda aprobar la Comisión) puede servir de impulso para generar nuevas pruebas de la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de otras normas por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

123. Además de las que figuran en la lista que se propone, otras normas que han sido citadas como normas de *ius cogens*, y cuyo carácter de *ius cogens* goza de cierto apoyo, incluyen la prohibición de la desaparición forzada, el derecho a la vida, el principio de no devolución, la prohibición de la trata de personas, el derecho a las debidas garantías procesales (el derecho a un juicio justo), la prohibición de la discriminación, los derechos ambientales y la prohibición del terrorismo. El número y la variedad de normas que se ha indicado que pueden ser de *ius cogens* son importantes. A este respecto, Shelton señala lo siguiente:

Se ha defendido la inclusión de todos los derechos humanos, todas las normas humanitarias (derechos humanos y leyes de la guerra), el deber de no causar daños ambientales transfronterizos, el deber de asesinar a los dictadores, el derecho de los animales a la vida, la libre determinación y la integridad territorial (a pesar de los innumerables tratados que transfieren territorio de un Estado a otro)³⁷³.

124. En la presente sección del informe se hace una breve reseña del apoyo, en la práctica y la doctrina, al carácter imperativo de algunas de las normas enumeradas anteriormente. No se pretende ninguna exhaustividad, ni con respecto al número de normas (amplitud) ni en relación con normas particulares (profundidad). Se trata simplemente de mostrar que, aparte de las normas cuya inclusión en el proyecto de conclusión se plantea, se han propuesto otras normas como ejemplos de *ius cogens*. Con este fin, en la presente sección se examinarán tres normas que gozan de un amplio apoyo, aunque no se hayan incluido en el proyecto de conclusión.

125. El carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada ha recibido un amplio apoyo. El principal instrumento para la prohibición de la desaparición forzada es la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, “Convención contra las Desapariciones Forzadas”)³⁷⁴. El artículo 1 establece, en términos absolutos, que “[n]adie será sometido a una desaparición forzada”. La Convención contra las Desapariciones Forzadas también estipula, en lo que constituye una clara indicación de la inadmisibilidad de toda derogación, que “[e]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”³⁷⁵. También se afirma que la desaparición forzada, cuando se perpetra en el marco de una “práctica generalizada o sistemática”, constituye un crimen de lesa humanidad (art. 5).

³⁷³ Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*” (nota 273 *supra*), pág. 47. Véase también Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (nota 186 *supra*), págs. 197 y 198 (donde se afirma que son candidatos menos seguros los derechos básicos de la persona en general y los principios básicos del derecho del medio ambiente. Todas estas normas, por su contenido, tienen un peso normativo específico. Ese peso normativo establece una “jerarquía *material* de normas”. No obstante, el *ius cogens* se define no solo por su peso, sino también por las razones de ese peso).

³⁷⁴ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

³⁷⁵ *Ibid.*, art. 1, párr. 2.

126. El reconocimiento de la prohibición de la desaparición forzada como norma de *ius cogens* ha sido particularmente constante en el sistema interamericano. En el caso *Goiburú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo sostuvo que “la prohibición de la desaparición forzada de personas” era una norma de *ius cogens*, sino que también atribuyó carácter de *ius cogens* al “correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables”³⁷⁶. En el caso *Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*, la Corte señaló que la desaparición forzada “configura una grave violación de derechos humanos” e “implica un craso abandono de los principios esenciales”, antes de afirmar que su prohibición era una norma de *ius cogens*³⁷⁷.

127. Varias cortes y tribunales nacionales también han reconocido el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, declaró que la prohibición contenida en la Convención contra las Desapariciones Forzadas consagraba el derecho inderogable del *ius cogens*³⁷⁸. De manera similar, la Corte Constitucional del Perú ha señalado que la prohibición de la desaparición forzada forma parte de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del derecho internacional, además de formar parte del marco constitucional peruano³⁷⁹. En referencia a la tercera reformulación, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos también ha hablado, en la causa *Siderman de Blake*, de la prohibición de la desaparición de personas como norma de *ius cogens*³⁸⁰. La doctrina también reconoce la prohibición de la desaparición forzada como norma

³⁷⁶ *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (nota 119 *supra*), párr. 84.

³⁷⁷ *Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 274, párr. 112. Véanse también otros ejemplos en *García y familiares Vs. Guatemala*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 258, párr. 96 (“En suma, la práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*”); *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 253, párr. 232; *Contreras y otros Vs. El Salvador*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2011, Serie C, núm. 232, párr. 83; *Gelman Vs. Uruguay*, sentencia (fondo y reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párr. 75 (“La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*”); *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párr. 105; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrs. 61 y 197; *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212, párr. 193; *Radilla Pacheco Vs. México*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párr. 139 (“La desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*”); y *Anzualdo Castro Vs. Perú*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 202, párr. 59.

³⁷⁸ *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.*, fallo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 14 de junio de 2005, párr. 38.

³⁷⁹ *Guillén de Rivero c. Corte Superior de Justicia del Perú*, sentencia, Tribunal Constitucional del Perú, 12 de agosto de 2005.

³⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Hanoch Tel-Oren v. Libya*, sentencia, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 3 de febrero de 1984, pág. 391. Véase también *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 214 *supra*), pág. 714.

de *ius cogens*. Criddle y Fox-Decent, cuya teoría fiduciaria del *ius cogens* sirve para impedir los abusos flagrantes del poder del Estado que niegan a los beneficiarios de un Estado la libertad en condiciones de seguridad e igualdad, incluye las desapariciones forzadas como norma de *ius cogens*³⁸¹.

128. También hay cierto apoyo al carácter imperativo del derecho a la vida, o al menos de la prohibición de la privación arbitraria de la vida (derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente). En la causa *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, el Tribunal Supremo Federal de Suiza determinó que el *ius cogens* incluía derechos humanos elementales como el derecho a la vida³⁸². En la causa *RM v. Attorney-General*, el Tribunal Superior de Kenya, tras rechazar el argumento de que los derechos parentales eran *ius cogens*, dijo que el vínculo más estrecho entre los derechos parentales y el *ius cogens* era el derecho a la vida (que era *ius cogens*), pero no aceptó que los actos denunciados fueran una amenaza para ese derecho³⁸³.

129. El derecho convencional también reconoce la inderogabilidad del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente. El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[e]l derecho a la vida es inherente” a la persona humana y que “[n]adie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”³⁸⁴. Los derechos enunciados en el artículo 6 están incluidos en la lista de derechos que son inderogables en virtud del artículo 4 del Pacto. Del mismo modo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho a la vida y estipula que nadie podrá ser privado de ella, salvo en circunstancias muy específicas³⁸⁵. Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo establece la inderogabilidad del derecho a la vida³⁸⁶. La importancia de este derecho en el sistema europeo ha sido subrayada por la jurisprudencia, en la que este se ha descrito como una de las disposiciones más fundamentales del Convenio, que no admite derogación y que consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa³⁸⁷. Otros instrumentos de derechos humanos prohíben la privación arbitraria de la vida, como la Carta Africana³⁸⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸⁹. En su observación general núm. 29, el

³⁸¹ Criddle y Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*” (nota 231 *supra*), págs. 369 y 370. Véanse también J. Sarkin, “Why the prohibition of enforced disappearance has attained *jus cogens* status in international law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), págs. 537 a 584; A. A. Cançado Trindade, “Enforced disappearances of persons as a violation of *jus cogens*: the contribution of the Inter-American Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), págs. 507 a 536; Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*” (nota 273 *supra*), pág. 39; y Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms” (nota 321 *supra*), pág. 168.

³⁸² *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (nota 46 *supra*), párr. 7.3 (“*Allgemein werden zum ius cogens elementare menschenrechte wie das Recht auf Leben*” [En general, los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, pasan a ser *ius cogens*]).

³⁸³ Véase *RM v. Attorney-General* (nota 237 *supra*) (donde el Tribunal afirmó que una lectura detallada de las fuentes autorizadas y la jurisprudencia internacional ponía de manifiesto que, aunque los demandantes tenían razón en la definición del *ius cogens* que se había expuesto anteriormente y en sus clasificaciones actuales, esta no incluía aún la responsabilidad parental ni los derechos conexos. Lo que más se acercaba era el derecho a la vida y el Tribunal no estaba convencido de que las disposiciones impugnadas fueran una amenaza para el derecho a la vida).

³⁸⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, párr. 1.

³⁸⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 2.

³⁸⁶ *Ibid.*, art. 15.

³⁸⁷ *Makaratzis v. Greece*, demanda núm. 50385/99, sentencia, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de diciembre de 2004, ECHR 2004-XI, párr. 56.

³⁸⁸ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 4.

³⁸⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.

Comité de Derechos Humanos, si bien reconoció que no todos los derechos que eran inderogables en virtud del artículo 4 eran *ius cogens*, expresó la opinión de que el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente era una norma de *ius cogens*³⁹⁰. Del mismo modo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha declarado que el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente está reconocido como parte del derecho internacional consuetudinario, y también como norma de *ius cogens*, universalmente vinculante en todo momento³⁹¹.

130. En opinión del Relator Especial, la admisibilidad de la pena de muerte no obsta a la calificación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente como norma de *ius cogens*. Con independencia de lo que se pueda opinar sobre la compatibilidad de la pena de muerte con el derecho internacional³⁹², ello no debe influir en la cuestión del carácter imperativo de la prohibición de la privación arbitraria de la vida, ya que, sin entrar en valoraciones, la pena de muerte impuesta en estricta observancia de las debidas garantías procesales probablemente no sea “arbitraria”.

131. El principio de no devolución es otro principio del derecho internacional cuya candidatura a figurar entre las normas de carácter imperativo cuenta con un amplio apoyo³⁹³. En su opinión consultiva relativa a los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculó el principio de no devolución a la prohibición de la tortura y señaló que, debido a su relación con la prohibición de la tortura, el principio “es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*”³⁹⁴. En respuesta, los Estados latinoamericanos han reconocido la jurisprudencia de la Corte en relación

³⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 29 (2001) relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), anexo VI, párr. 11. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (A/HRC/23/47), párr. 36 (“El Relator Especial recuerda la primacía y el carácter imperativo del derecho a la vida en virtud de los tratados y del derecho internacional consuetudinario”).

³⁹¹ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, observación general núm. 3 sobre el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (el derecho a la vida), párr. 5. Véase también *Víctimas del barco remolcador “13 de marzo” Vs. Cuba*, caso 11.436, decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 16 de octubre de 1996, informe núm. 47/96, párr. 79 (“Otra de las cuestiones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe destacar es que el derecho a la vida, entendido como un derecho fundamental de la persona humana consagrado en la Declaración Americana y en diversos instrumentos internacionales a escala regional y universal, tiene el status de *ius cogens*. Es decir, es una norma perentoria de derecho internacional y por tanto no derogable. El concepto de *ius cogens* se deriva de una orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones”).

³⁹² Véase *S. v. Makwanyane and Another* [1995] (6) BCLR 665, párr. 36.

³⁹³ Véanse ejemplos de doctrina con un análisis a fondo del carácter imperativo de la no devolución en C. Costello y M. Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*: Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 273 a 323; y J. Allain, “The *jus cogens* nature of non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 (2001), págs. 533 a 558. Véase un análisis de las implicaciones de esta posición en A. Farmer, “Non-refoulement and *jus cogens*: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23 (2008), págs. 1 a 38. No obstante, véase *Sale v. Haitian Centres Council*, sentencia, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 21 de junio de 1993, donde se confirmó una orden ejecutiva que permitía la devolución. Véase un análisis en H. Hongju Koh, “Reflections on *refoulement* and the Haitian Centres Council”, *Harvard International Law Journal*, vol. 35 (1994), pág. 1.

³⁹⁴ *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014, párr. 225.

con “el derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos” y su “vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados [y] el carácter *ius cogens* del principio de no devolución”³⁹⁵. La Asamblea General ha descrito el principio como un “principio fundamental” que “no admite excepciones”³⁹⁶. La Asamblea General también ha “deplora[do] la devolución y la expulsión ilegal de refugiados y solicitantes de asilo”³⁹⁷. En 2009, la Unión Africana se comprometió a tomar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno respeto del principio fundamental de no devolución³⁹⁸.

132. También se encuentra mucho apoyo al principio en la práctica convencional, en particular en las convenciones relacionadas con los refugiados. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece el principio de no devolución en su artículo 33³⁹⁹. En virtud de la Convención, la no devolución está sujeta a los intereses de seguridad del Estado de que se trate⁴⁰⁰. La Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África también consagra el principio de no devolución con excepciones similares a las de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁰¹. La Convención contra la Tortura establece el principio de no devolución en el contexto de la tortura sin ninguna de las restricciones que figuran en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁰². Del mismo modo, la Convención contra las

³⁹⁵ Declaración de Brasil “Un marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe”, 3 de diciembre de 2014.

³⁹⁶ Resolución 51/75 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1996, relativa a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, párr. 3. Véase también la resolución 34/60, de 29 de noviembre de 1979, relativa al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, párr. 3, en la que la Asamblea General instó a los Gobiernos a “conce[der] asilo a las personas en busca de refugio y [a] respet[ar] escrupulos[amente] el principio de no devolución”.

³⁹⁷ Resolución 63/148 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, párr. 13.

³⁹⁸ Declaración de Kampala sobre los Refugiados, los Repatriados y los Desplazados Internos en África, 23 de octubre de 2009, párr. 6.

³⁹⁹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545, pág. 137, art. 33 (“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”).

⁴⁰⁰ *Ibid.*, art. 33, párr. 2 (“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”). Véase Farmer, “Non-refoulement and *ius cogens*...” (nota 394 *supra*), quien argumenta que el carácter imperativo de la no devolución requeriría una interpretación estricta del artículo 33, párrafo 2.

⁴⁰¹ Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, núm. 14691, pág. 45, art. II, párr. 3, leído conjuntamente con el art. I, párr. 5. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 8 (“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”).

⁴⁰² Convención contra la Tortura, art. 3 (“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”).

Desapariciones Forzadas prohíbe en términos absolutos la devolución si esta puede dar lugar a una desaparición forzada⁴⁰³.

133. Varios autores han calificado el principio de no devolución de una norma de *ius cogens*. Entre ellos, cabe citar a Allain, Orakhelashvili y Farmer⁴⁰⁴. Por supuesto, ha habido autores que han concluido que el principio de no devolución no es una norma de *ius cogens*⁴⁰⁵. Cassese consideraba que el principio de no devolución era una norma emergente de *ius cogens*⁴⁰⁶. Costello y Foster, que hacen un excelente análisis exhaustivo teniendo en cuenta los argumentos a favor y en contra, llegan a la conclusión de que el principio de no devolución es una norma de *ius cogens*⁴⁰⁷.

134. El presente informe no se pronuncia sobre si las normas que se examinan en esta sección pueden calificarse de normas de *ius cogens*. No obstante, el Relator Especial observa que existe un fuerte apoyo al carácter de *ius cogens* de esas normas. Además, existen otras normas cuyo rango de *ius cogens* goza de cierto apoyo. Entre ellas cabe citar la prohibición de la detención arbitraria⁴⁰⁸, el derecho a las debidas garantías procesales⁴⁰⁹ y la prohibición del terrorismo⁴¹⁰. Otras normas que se ha señalado que podrían tener carácter de *ius cogens*, y cuya inderogabilidad podría lograr el reconocimiento y la aceptación necesarios en el futuro, son el deber de proteger el medio ambiente (o algunos aspectos de este deber) y la prohibición de la discriminación.

135. El principio de no discriminación es un principio cuyo carácter imperativo también ha recibido cierto apoyo y que plantea cuestiones interesantes (y pone de manifiesto los peligros de una lista ilustrativa). Se ha preguntado a menudo por qué la prohibición de la discriminación racial figura en la mayoría de las listas, pero no ocurre lo mismo con la prohibición de la discriminación de género⁴¹¹ (el Relator

⁴⁰³ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 16, párr. 1 (“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada”).

⁴⁰⁴ Véanse Allain, “The *jus cogens* nature of non-refoulement” (nota 394 *supra*); Farmer, “Non-refoulement and *jus cogens*...” (nota 394 *supra*); y Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (nota 93 *supra*), pág. 56.

⁴⁰⁵ Véase, por ejemplo, A. Duffy “Expulsion to face torture? Non-refoulement in international law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008), págs. 373 a 390, que expresa sus dudas sobre el carácter de *ius cogens* de la no devolución.

⁴⁰⁶ Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*” (nota 234 *supra*), págs. 162 y 163.

⁴⁰⁷ Costello y Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test” (nota 394 *supra*).

⁴⁰⁸ *Belhaj v. Straw; Rahmatullah v. Minister of Defence* (nota 215 *supra*), voto particular de Lord Sumption, párr. 271 (quien afirma que el Grupo de Trabajo consideró este núcleo irreductible como *ius cogens*, y que, en su opinión, tenía razón al hacerlo); *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (nota 182 *supra*), pág. 941. Véase también Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal (A/HRC/30/37), en especial párr. 11.

⁴⁰⁹ *AA v. Austria*, sentencia, Tribunal Supremo de Justicia de Austria, 30 de septiembre de 2008. Véanse, no obstante, *A. gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, sentencia, Tribunal Supremo Federal de Suiza, 22 de abril de 2008; y *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (nota 46 *supra*).

⁴¹⁰ Véase un análisis en *De Beer* (nota 186 *supra*).

⁴¹¹ Véase, en general, Charlesworth y Chinkin, “The gender of *jus cogens*” (nota 372 *supra*). Si bien el Relator Especial considera, como proposición normativa, que la discriminación de género debe prohibirse de la misma manera que otras normas de *ius cogens*, uno de los obstáculos que esta proposición tendría que superar es el importante número de reservas que acompañan al principal instrumento sobre la discriminación de género, a saber, la Convención

Especial deja de lado el hecho de que en el informe no se ha incluido la prohibición de la discriminación racial en sí, sino la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial como prohibición compuesta). Es indudable que hay *cierto* apoyo a la idea de que la prohibición de la discriminación *en su conjunto*, que incluiría la discriminación tanto racial como de género, pero también otras formas de discriminación, es una norma de *ius cogens*. La tesis de que la prohibición de la discriminación en su conjunto es una norma imperativa puede encontrarse, en su mayor parte, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹². Desde una perspectiva normativa y moral, no puede haber argumentos en contra del llamamiento para que se reconozca rango de *ius cogens* a la prohibición de la discriminación arbitraria. No obstante, hay escasa *opinio iuris cogentis* explícita⁴¹³ con respecto a la prohibición de la discriminación en general (o la prohibición, más limitada, de la discriminación de género).

136. Habida cuenta de la importancia de la cuestión y de las catastróficas consecuencias que podría tener la destrucción del medio ambiente⁴¹⁴, puede parecer

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13, que, en la actualidad, tiene más de 55 reservas. Véase Declaraciones, reservas, objeciones y notificaciones de retirada de reservas relacionadas con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/SP/2006/2).

⁴¹² Véanse, por ejemplo, *Yatama Vs. Nicaragua*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127 párr. 184 (“En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”); *Servellón García y otros Vs. Honduras*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 152, párr. 94 (“Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens* el cual, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”); *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 282, párr. 264 (“la Corte reitera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”); *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014, Serie C, núm. 279, párr. 197 (“Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”); *Veliz Franco et al. Vs. Guatemala*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de mayo de 2014, Serie C, núm. 277, párr. 205 (“En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”).

⁴¹³ Es decir, la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Véase, en general, el segundo informe (A/CN.4/706).

⁴¹⁴ Sobre la importancia del medio ambiente, véase *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7, opinión separada del Magistrado Weeramantry, págs. 91 y 92 (“La protección del medio ambiente es también una parte esencial de la doctrina

obvio que las normas que tienen por objeto la protección del medio ambiente (al menos algunas de ellas) tendrían carácter de *ius cogens*⁴¹⁵. No obstante, parece haber pocas pruebas de la necesaria “aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto” de que las normas ambientales (o algunas de ellas) han adquirido carácter imperativo, a pesar de este hecho empírico de la importancia de las normas ambientales para la supervivencia misma de la humanidad y del planeta⁴¹⁶. Esta paradoja fue señalada por Krista Singleton-Cabbage, que afirmó que, en ese momento (1995), no se reconocía el carácter de *ius cogens* de los derechos y responsabilidades ambientales a pesar de que la preservación del medio ambiente mundial representaba un interés esencial de todas las personas en toda la sociedad internacional⁴¹⁷. La propia Comisión ha reconocido en sus trabajos la importancia de la atmósfera como hecho empírico, pero no se ha reconocido el carácter imperativo la protección de la atmósfera, un recurso del que depende la vida en la Tierra⁴¹⁸. Es cierto que hay muchas declaraciones y tratados sobre el medio ambiente, pero ninguno de ellos proporciona pruebas sólidas de inderogabilidad. Orakhelashvili hace un vigoroso alegato a favor del carácter de *ius cogens* de normas específicas relacionadas con el medio ambiente, pero incluso él admite que faltan pruebas. Aunque no se refiere a las normas de *ius cogens*, John Dugard ha señalado que determinadas normas relativas a la protección del medio ambiente establecen

contemporánea de los derechos humanos, ya que es una condición *sine qua non* para la efectividad de numerosos derechos humanos como el derecho a la salud y el propio derecho a la vida. Apenas es necesario profundizar en esta cuestión, ya que los daños al medio ambiente pueden poner en peligro y socavar todos los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal y en otros instrumentos de derechos humanos”).

⁴¹⁵ Esta cuestión se analiza en E. M. Kornicker Uhlmann, “State Community Interests, *Jus Cogens* and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11 (1998), págs. 101 a 136. Su artículo se basaba en la premisa de que en la actualidad los intereses de la comunidad estatal juegan un papel primordial en la creación de normas internacionales fundamentales y que la protección del medio ambiente mundial es el prototipo de interés de la comunidad estatal. Véase también Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (nota 93 *supra*), pág. 65 (donde se afirma que el sistema del derecho del medio ambiente, al igual que el derecho de los derechos humanos, protege los intereses de la comunidad, y no solo los de los Estados *inter se*).

⁴¹⁶ Véase, por ejemplo, P. Birnie, A. Boyle y C. Redgwell, *International Law and the Environment* (3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009), págs. 109 y 110 (donde se afirma que todavía no se han identificado de manera convincente esas normas de derecho internacional ambiental como *ius cogens*). En su análisis, Kornicker Uhlman (“State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms” (nota 416 *supra*)) llega a la conclusión de que, si bien la prohibición de infligir daños graves y deliberados al medio ambiente durante los conflictos armados es una norma de *ius cogens*, la prohibición general de causar o no prevenir daños ambientales que amenacen a la comunidad internacional en su conjunto aún no ha alcanzado plenamente el rango de *ius cogens* (*ibid.*, pág. 35). Véase también N. A. Robinson, “Environmental law: is an obligation *erga omnes* emerging?”, documento presentado en una mesa redonda en las Naciones Unidas, 4 de junio de 2018. Disponible en https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2018/environmental_law_is_an_obligation_erga_omnes_emerging_interamcthradvisoryopinionjune2018.pdf (consultado el 15 de enero de 2019). Véase, no obstante, Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (nota 93 *supra*), pág. 65.

⁴¹⁷ K. Singleton-Cabbage, “International legal sources and global environmental crises: the inadequacy of principles, treaties, and custom”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 2 (1995), págs. 171 a 188, pág. 185.

⁴¹⁸ Véase el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, con el preámbulo, aprobado por la Comisión en primera lectura, A/73/10, párr. 77, preámbulo (“Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres”).

obligaciones *erga omnes*⁴¹⁹. Es muy posible que ciertas normas, como algunas relativas al medio ambiente, tengan un carácter de *ius cogens* que aún no ha sido aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, con lo que aún no producen los efectos propios del *ius cogens* en el derecho⁴²⁰.

V. Propuesta de proyecto de conclusión

137. Sobre la base del análisis anterior, el Relator Especial propone un proyecto de conclusión en relación con la cuestión de una lista ilustrativa. No se hace ninguna propuesta con respecto al *ius cogens* regional. El proyecto de conclusión propuesto dice lo siguiente:

Proyecto de conclusión 24

Lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

Sin perjuicio de la existencia de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), los ejemplos más ampliamente reconocidos de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son los siguientes:

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

138. En el comentario se mencionarán otras normas que no se han incluido en la lista, pero que cuentan con *cierto* apoyo, con las salvedades y precisiones necesarias.

⁴¹⁹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, fallo, Corte Internacional de Justicia, 2 de febrero de 2018, opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Dugard, párr. 35 (“La obligación de no proceder a una deforestación ilícita que provoque la liberación de carbono en la atmósfera y obstaculice el secuestro de gases es sin duda una obligación *erga omnes*”).

⁴²⁰ Para un análisis, véase el primer informe (A/CN.4/693), párr. 59. Véase también M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), págs. 307 y ss., en especial pág. 308 (donde se afirma que ninguna de las posiciones contrastantes se puede preferir sistemáticamente porque también dependen la una de la otra). En la pág. 323, concretamente sobre el *ius cogens*, se señala que, en un principio, el *ius cogens* parece ser descendente, no consensual. Parece obligar a los Estados con independencia de su consentimiento. No obstante, un derecho que no hiciera ninguna referencia a aquello en lo que los Estados han consentido se asemejaría a una moral natural, pero la referencia al reconocimiento por “la comunidad internacional de Estados” hace que sea ascendente, consensual).

VI. Labor futura

139. Está previsto que en 2019 pueda aprobarse un proyecto de conclusiones completo en primera lectura. El Relator Especial tiene la intención de presentar un conjunto completo de comentarios a los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción a más tardar a principios de mayo de 2019.

140. Si el tema se concluye en primera lectura a finales de 2019, se podría completar en segunda lectura en 2021, durante el último año del quinquenio.
