

## ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE DEL 68º PERÍODO DE SESIONES

*celebrada en Ginebra del 4 de julio al 12 de agosto de 2016*

### 3314ª SESIÓN

*Lunes 4 de julio de 2016, a las 15.00 horas*

*Presidente:* Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

*Miembros presentes:* Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

#### *Ius cogens*<sup>281</sup> (A/CN.4/689, cap. II, secc. H<sup>282</sup>, A/CN.4/693<sup>283</sup>)

[Tema 10 del programa]

#### PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Tladi, Relator Especial del tema «*Ius cogens*», a presentar su primer informe (A/CN.4/693).

2. El Sr. TLADI (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por la confianza depositada en él al nombrarlo Relator Especial de un tema tan importante y delicado como el *ius cogens* y se compromete a cumplir con su cometido con el rigor, la seriedad y la dedicación necesarias. De acuerdo con el espíritu de colegialidad que caracteriza los trabajos de la Comisión, el resultado del examen del tema no puede ni debe reflejar las opiniones de una sola persona, sino que debe ser fruto del esfuerzo de la Comisión en su conjunto. Por ello, el

<sup>281</sup> En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «*Ius cogens*» y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi (*Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 286).

<sup>282</sup> Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones.

<sup>283</sup> Reproducido en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte).

orador espera con interés las opiniones, las observaciones, las críticas y las propuestas de los demás miembros para lograr un resultado del que todos puedan estar orgullosos y que sea aceptado por los Estados. Al igual que otros temas que figuran en el programa de trabajo de la Comisión, el *ius cogens* suscita gran interés. El orador dice que, en el marco de la elaboración de su informe, se pronunció sobre la cuestión en diversas ocasiones y que algunos representantes en la Sexta Comisión le pidieron que celebrara una reunión informativa, que espera poder organizar en breve.

3. Desea dar las gracias a todos aquellos que han contribuido al informe examinado, cuyos nombres figuran en la nota de la primera página del informe. En este sentido, habrá que corregir los errores que desafortunadamente los servicios de edición introdujeron en el nombre de los organismos a los que pertenecen varias de las personas citadas. El orador toma nota con satisfacción de la diversidad geográfica y lingüística de quienes han contribuido al informe y da las gracias especialmente a los miembros de la División de Codificación por su ayuda, así como a las personas que formularon observaciones sobre el proyecto de informe, entre ellas, a varios miembros de la Comisión, en particular el Sr. Nolte, que lo acogió en Berlín mientras redactaba el informe, entre octubre de 2015 y enero de 2016. El orador da las gracias igualmente a los Estados que respondieron a la solicitud de información que figuraba en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones<sup>284</sup>. La información facilitada, aunque no haya permitido elaborar el informe por haber llegado tarde, será útil al examinar aspectos del tema que serán tratados en los informes segundo y tercero.

4. El primer informe debe leerse junto con la nota oficiosa distribuida el 13 de julio de 2015, en la que se planteaban diversas cuestiones de índole metodológica que, por falta de tiempo, no se han podido debatir, como estaba previsto, en el marco de una consulta oficiosa. Después de haber distribuido una versión preliminar del informe el 8 de marzo de 2016, el orador espera que los miembros de la Comisión hayan dispuesto de tiempo suficiente para estudiar su contenido, que trata fundamentalmente

<sup>284</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 31.

cuestiones conceptuales relativas al concepto de *ius cogens*, tales como su naturaleza y su definición. El informe repasa también la evolución histórica del concepto y la aceptación en derecho internacional de sus elementos básicos. Plantea además diversas cuestiones de método con respecto a las cuales se esperan las observaciones de los miembros. Los tres proyectos de conclusión propuestos en el capítulo VI del informe se centran en lo esencial y no deberían suscitar ninguna controversia. En lugar de reiterar el contenido del informe, el orador expondrá el planteamiento general y explicará algunas decisiones terminológicas adoptadas en los proyectos de conclusión.

5. El capítulo I del informe se ocupa del debate que se mantuvo al respecto en la Sexta Comisión en 2014 y 2015. En general, los Estados respaldaron que se estudiara el tema, con tan solo las reservas expresadas por tres de ellos. Una de las cuestiones suscitadas por los Estados Miembros, a la cual volverá el orador más adelante, se refiere a la metodología, y en particular la documentación en la que la Comisión basará sus trabajos y sus conclusiones. Otra cuestión puesta sobre la mesa por diversas delegaciones es si la Comisión debe examinar el tercer elemento de la sinopsis, es decir, la elaboración de una lista ilustrativa de normas que ya hayan adquirido el rango de *ius cogens*. Cabe recordar que la sinopsis se articula en torno a los cuatro elementos siguientes: la naturaleza del *ius cogens*, los requisitos para la identificación de una norma de *ius cogens*, una lista ilustrativa de normas que ya hayan adquirido esa condición y las consecuencias del *ius cogens*.<sup>285</sup>

6. Algunos Estados, como Eslovaquia y Austria, se mostraron partidarios de que la Comisión elaborara una lista ilustrativa, pero otros, en cambio, albergaban serias dudas al respecto. Finlandia, por ejemplo, intervino en nombre de los Estados nórdicos y manifestó que una lista ilustrativa no era, por definición, exhaustiva y que temía que las normas de derecho internacional con rango de *ius cogens* que no figurasen en ella fueran consideradas, erróneamente, de rango inferior a las normas que sí figurasen. Asimismo, España dijo que esa lista, por mucho que se recalcará su carácter ilustrativo, acabaría considerándose un *numerus clausus*. Sudáfrica mencionó el riesgo de que esta lista, aun fiable en el momento de su aprobación, acabara quedando desfasada o incompleta con el paso del tiempo. Nueva Zelandia se reservó su postura por estimar que el estudio de los criterios que deben cumplirse para que una norma adquiera el rango de *ius cogens* debe permitir determinar la conveniencia de elaborar una lista ilustrativa.

7. Se expresaron opiniones similares en los debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. Si bien el orador sigue considerando que la Comisión no debe renunciar a elaborar una lista claramente definida únicamente de carácter ilustrativo porque pueda ser interpretada erróneamente como un *numerus clausus*, se pregunta si la elaboración de esa lista no comportaría una modificación fundamental de la naturaleza del tema. El tema se ocupa, de hecho, de las normas metodológicas relativas a la determinación del rango de *ius cogens*, no de las normas

sustantivas o de fondo aplicables en diferentes ámbitos del derecho internacional, como el *ius ad bellum*, el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho ambiental internacional. Por ejemplo, si la Comisión decidiera incluir la prohibición del genocidio en la lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, ¿debería estudiar en profundidad las normas de derecho internacional relativas al genocidio? Y, si ese estudio fuera necesario para una norma como la prohibición del genocidio, que claramente forma parte del *ius cogens*, lo sería con mayor motivo para otras normas cuya pertenencia al *ius cogens* no es tan evidente. La elaboración de una lista ilustrativa podría generar de este modo confusión en torno a la naturaleza del tema, que se basa fundamentalmente en un método y un proceso, al hacer hincapié en la condición jurídica de las normas primarias particulares de derecho internacional. El orador desearía saber qué opinan los miembros de la Comisión al respecto. El propio orador ha cambiado de opinión y en estos momentos se inclina por que la Comisión no se plantee elaborar una lista ilustrativa, en el entendimiento de que podría pensar en otras formas de ofrecer a los Estados y a los profesionales orientaciones sobre las normas que, en estos momentos, cumplen los requisitos para adquirir el rango de *ius cogens*.

8. La cuestión de la documentación en la que la Comisión basará sus trabajos fue objeto de intensos debates en el seno de la Sexta Comisión. Por ejemplo, los Estados Unidos de América consideraron que los trabajos debían basarse sobre todo en la práctica propiamente dicha y no, como se prevé en la sinopsis, en la jurisprudencia. Esta cuestión, importante en todos los temas, lo es quizás aún más en un tema como el *ius cogens*, que ha suscitado numerosas opiniones divergentes. Según el orador, la Comisión debe realizar un análisis meticuloso de la práctica en toda su diversidad, tanto de la práctica de los Estados como de la jurisprudencia. Si bien la doctrina no puede ni debe ser prescriptiva, puede ayudar a situar los textos a disposición de la Comisión en el contexto que les es propio. Lo más importante, al estudiar el conjunto de documentos, será atribuir a cada uno el peso que corresponda.

9. El capítulo III del informe contiene un análisis detallado de lo que se podría denominar la historia del *ius cogens*, si bien el orador tan solo recordará las etapas más importantes. Aunque en derecho internacional el término *ius cogens* no aparecía ni en la doctrina ni en la práctica antes del siglo XX, el carácter imperativo del derecho natural, considerado inmutable y superior al derecho positivo, es proclamado con rotundidad por autores de los siglos XVII y XVIII como Groot, de Vattel y Wolff. Esta escuela de pensamiento perdió posteriormente su influencia con la llegada del positivismo en los siglos XIX y XX. No obstante, la idea de que existen normas que los Estados no pueden derogar, ni siquiera mediante acuerdo, persistió en la doctrina. Es el fundamento teórico de este carácter «inderogable» lo que a menudo genera controversias.

10. Antes de los trabajos de la Comisión, abundaba la doctrina defensora de la existencia de normas inderogables, pero apenas había, en la práctica, elementos que avalaran esta afirmación. Si bien existían acuerdos que contenían cláusulas de inderogabilidad, como el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, esta

<sup>285</sup> *Anuario...* 2014, vol. II (segunda parte) y corrección, anexo, pág. 188, párr. 13.

disposición era una norma convencional aplicable a las partes y no se ajustaba a los criterios del *ius cogens*.

11. Había igualmente una jurisprudencia que reconocía la existencia de normas de las que los Estados no podían sustraerse. Cabe citar en particular el laudo arbitral dictado en el caso *Pablo Nájera* por la Comisión de Reclamaciones entre Francia y México y la opinión disidente del Magistrado Schücking de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa *Oscar Chinn*, si bien cabe señalar que ambos pronunciamientos se basaban en una obligación convencional. En resumen, en la época de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina reconocía desde el siglo XVII la existencia de normas de las que los Estados no podían sustraerse y no había nada que pusiera realmente en tela de juicio esa idea, aunque hubiera discrepancias con respecto al fundamento teórico de esa afirmación. No obstante, la práctica en la materia apenas se había desarrollado y los pocos elementos que existían se referían a normas convencionales imperativas que se aplicaban a las partes en los tratados y no a normas de derecho internacional general.

12. Tal y como se indica en la sinopsis, la Comisión ha contribuido al desarrollo, la aceptación y la integración del *ius cogens* en el derecho internacional. Así, del informe se desprende que la práctica, tanto judicial como estatal, se ha inspirado en gran parte en los trabajos de la Comisión. Los párrafos 29 a 32 del informe ponen de manifiesto que el concepto de *ius cogens*, que ya admitían numerosos autores con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, fue aceptado sin grandes dificultades por los miembros de la Comisión, quienes, cuando examinaron la disposición que determinaba la nulidad de un instrumento incompatible con el *ius cogens*, debatieron su formulación y su fundamento teórico, pero nunca cuestionaron la idea en sí misma ni su lugar en el derecho internacional. No obstante, es la reacción de los Estados a los trabajos de la Comisión la que puso de manifiesto un aspecto que esta no había tenido en consideración hasta la fecha: la aceptación de la idea por parte de los Estados. Casi todos los Estados se mostraron favorables a la idea defendida por la Comisión, aunque algunos expresaron sus reservas y recomendaron prudencia, en particular en relación con la manera de formular la disposición. Únicamente Luxemburgo la rechazó por estimar que pretendía introducir como causa de nulidad los criterios de moral y de «orden público» que se empleaban en el derecho interno<sup>286</sup>, lo cual dejaba claro que consideraba que la disposición entraba dentro del desarrollo progresivo. En este clima propicio en el seno de la Comisión y fuera de ella, en particular entre los Estados, se incorporó el proyecto de artículo 50 al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados<sup>287</sup>.

13. La adhesión de los Estados a la idea de que todo tratado en conflicto con el *ius cogens* es nulo se vio confirmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, si bien algunos Estados, pese a respaldar la disposición, expresaron serias reservas a su formulación. Francia, los Estados Unidos y el Reino Unido, en concreto, temían que, a falta de orientaciones

más precisas sobre las normas que forman parte del *ius cogens*, el texto fuera utilizado para poner en tela de juicio tratados válidamente celebrados. La respuesta a esta preocupación, que será examinada en un informe ulterior, se encuentra en el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), que atribuye a la Corte Internacional de Justicia una función importante en los casos en que se invoca el *ius cogens* para invalidar un tratado. No obstante, hay que subrayar que estos Estados, a diferencia de lo que a menudo se cree, no han puesto en tela de juicio el concepto de *ius cogens* ni su integración en el derecho internacional. Otros Estados, como Turquía y Australia, rebatieron esta última idea, pero, en el momento de la aprobación de la Convención de Viena de 1969, tanto la doctrina como las declaraciones de los Estados pusieron de manifiesto una amplia adhesión al reconocimiento del *ius cogens* como elemento del derecho internacional vigente. Los trabajos de la Comisión parecen además haber inspirado la jurisprudencia, incluso antes de la aprobación de la Convención; por ejemplo, el *ius cogens* fue mencionado por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, y por los Magistrados Fernandes y Tanaka en sus opiniones disidentes en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India* y las causas relativas al *África Sudoccidental (segunda fase)*, respectivamente.

14. Desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969, los Estados, especialmente en su correspondencia diplomática, han invocado a menudo el *ius cogens*. Los tribunales nacionales, regionales e internacionales también lo han hecho, en particular la Corte Internacional de Justicia, que, si bien había mantenido con anterioridad una posición muy prudente al respecto, recientemente ha reconocido por completo el *ius cogens* como elemento del derecho internacional.

15. Aunque el lugar del *ius cogens* en el derecho internacional ya no puede ser cuestionado seriamente, su fundamento teórico no ha dejado de ser objeto de debate desde el siglo XVII, tal y como se desprende de los párrafos 50 a 60 del capítulo IV del informe. Sin pretender poner fin a las controversias en torno al *ius cogens*, es necesario examinar este debate teórico si se quiere intentar enunciar requisitos que permitan determinar las normas de *ius cogens*. Cada una de las dos grandes teorías, la doctrina del derecho natural y el positivismo, tiene sus defensores, pero, tal y como demuestra el análisis que se realiza en el informe, ninguna ha explicado todavía de manera adecuada el carácter único del *ius cogens* en derecho internacional.

16. La sección C del capítulo IV del informe pretende discernir, a partir de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, los elementos fundamentales del *ius cogens*, que recuperan los proyectos de conclusión propuestos en el capítulo VI. En lugar de resumir esta sección, el orador prefiere presentar los proyectos de texto en cuestión.

17. El proyecto de conclusión 1, que no es un «proyecto de conclusión» propiamente dicho, define el alcance del proyecto de conclusiones. La Comisión integró una disposición parecida en el proyecto de conclusiones sobre

<sup>286</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 355.

<sup>287</sup> *Ibid.*, págs. 195 y ss., párr. 38.

la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>288</sup>, y en el proyecto de directriz 2 sobre la protección de la atmósfera, aprobado provisionalmente por la Comisión en el período de sesiones anterior<sup>289</sup>. No obstante, puede que prefiera, como ya hizo en el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior<sup>290</sup>, tratar la cuestión del alcance del proyecto en una sección introductoria. El proyecto de conclusión 1 enuncia los principales elementos que deben ser examinados en el marco del tema, a saber, la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas y las consecuencias que se derivan de ellas. El orador propone sustituir en la versión en francés la palabra «*règles*» por la palabra «*normes*» en aras de la coherencia con la terminología en uso en relación con el tema, como la utilizada en la Convención de Viena de 1969. No mencionó la lista ilustrativa en el proyecto de conclusión 1 porque considera que la Comisión no debe elaborar dicha lista, postura que parecen compartir la mayoría de miembros; en caso contrario, le parece que el alcance del proyecto está formulado en términos suficientemente generales como para englobar esa posibilidad.

18. El proyecto de conclusión 2 persigue distinguir las normas de *ius cogens* de las demás normas de derecho internacional, que pueden ser modificadas, abrogadas o derogadas mediante acuerdo entre los Estados (*ius dispositivum*). Esta distinción, evidente en muchos sentidos, aparece en el fallo dictado en 1969 por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, así como en numerosas opiniones separadas o disidentes, algunos de cuyos ejemplos figuran en el informe. Y lo que es más importante, esta distinción ha sido igualmente reconocida por los Estados, tanto en el contexto de los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados como en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, como señalan las dos primeras notas a pie de página del párrafo 66 del informe. La segunda frase del proyecto de conclusión 2, párrafo 1, que enuncia las vías por las cuales las normas de *ius dispositivum* pueden ser modificadas, abrogadas o derogadas, tampoco debería suscitar controversias.

19. El principio consagrado en el proyecto de conclusión 2, párrafo 2, según el cual el *ius cogens* constituye una excepción al *ius dispositivum* del que forman parte por lo general las normas de derecho internacional, tiene su fundamento en la doctrina clásica, en la jurisprudencia y en la práctica de los Estados. En cuanto a la exigencia de que las normas de *ius cogens* no puedan ser modificadas salvo por otras normas de la misma naturaleza, se apoya en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Las palabras «abrogadas», «derogadas»

y «modificadas» fueron cuidadosamente seleccionadas para reflejar los diferentes efectos que un acuerdo puede producir en las normas de *ius dispositivum* y se corresponden con las diferentes vías que permiten sustraerse de las normas de derecho internacional. La «modificación» remite a los ajustes o las modificaciones introducidas en determinadas normas. Así, dos Estados pueden convenir que se aplique entre ellos una norma existente de *ius dispositivum* de modo distinto a lo que prevé la interpretación generalmente admitida de la norma en cuestión. La abrogación y la derogación, si bien presentan similitudes, son fundamentalmente diferentes. Por «derogar» una norma se entiende que no se aplica, total o parcialmente, sin que con ello se ponga en cuestión su validez. Así, los Estados pueden decidir, mediante acuerdo, no aplicar una norma determinada de *ius dispositivum* en unas circunstancias concretas, pero seguir aplicándola en el futuro. En cambio, la abrogación anula la norma, por completo o entre los Estados que han acordado la abrogación.

20. El proyecto de conclusión 3 describe la naturaleza general de las normas de *ius cogens*. El primer párrafo también se inspira en la definición de normas de *ius cogens* enunciada en la Convención de Viena de 1969, a la cual se añadió una alusión al hecho de que las normas de *ius cogens* no admiten modificación ni abrogación. El orador considera, después de una reflexión, que esta adición no tiene razón de ser, puesto que no trata de la aplicación de las normas, sino de su modificación, aspecto que se aborda en el proyecto de conclusión 2, y que quizás sería preferible recuperar el enunciado de la definición que figura en la Convención de Viena de 1969.

21. El proyecto de conclusión 3, párrafo 2, dispone que las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables. Cada uno de estos elementos está avalado por la práctica y está ampliamente aceptado en la doctrina. La idea de que el *ius cogens* protege los valores fundamentales de la comunidad internacional tiene su fuente en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que una norma únicamente puede ser calificada de *ius cogens* si es «reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Los valores en cuestión son, en palabras de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, los que «confirman y sancionan los principios de moral más elementales» (página 23 de la opinión).

22. En sus observaciones sobre el proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados, algunos Estados también hicieron hincapié en que el *ius cogens* protegía los intereses de la comunidad internacional; destacan en concreto las declaraciones de Nigeria y del Líbano, que figuran en la segunda nota a pie de página del párrafo 35 y la primera del párrafo 36 del informe. El vínculo fundamental entre la naturaleza de los valores protegidos por una norma y el reconocimiento de dicha norma como *ius cogens* ha sido por lo general confirmado por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y la Corte Interamericana de

<sup>288</sup> Véase el proyecto de conclusión 1 incluido en el informe del Comité de Redacción sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/L.872, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones). La Comisión aprobó en primera lectura el proyecto de conclusiones el 2 de junio de 2016 (véase la 3309ª sesión *supra*, párr. 5).

<sup>289</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 24.

<sup>290</sup> *Ibid.*, pág. 68, nota a pie de página 372.

Derechos Humanos, en especial en relación con la prohibición de la tortura y con las desapariciones forzadas.

23. En cuanto a la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens*, la Comisión ya reconoció, en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional aprobadas en 2006, que estas normas eran superiores a otras normas de derecho internacional «por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad»<sup>291</sup>. Por último, el carácter universalmente aplicable de las normas de *ius cogens* ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, así como por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y los tribunales nacionales en numerosas resoluciones. El comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados también parece indicar que la Comisión considera que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables, puesto que en él remite, en respuesta a la oposición de algunos juristas a la existencia en derecho internacional de normas de *ius cogens*, a las normas de la Carta de las Naciones Unidas por las que se prohíbe el uso de la fuerza como ejemplo de norma que forma parte del *ius cogens*.

24. En relación con la forma del resultado de los trabajos de la Comisión, el orador está convencido de que un proyecto de conclusiones es la forma más apropiada para un tema como el *ius cogens*. Para concluir, en lo que a los futuros trabajos se refiere, el orador propone, sin perjuicio de las decisiones que adopte la Comisión una vez esté constituida con su nueva composición, que el segundo informe (2017) se dedique a los criterios de identificación de las normas de *ius cogens*; el tercero (2018), a las consecuencias del *ius cogens*; y el cuarto (2019), a diversas cuestiones planteadas en los debates mantenidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión.

25. El Sr. MURASE da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe sobre el *ius cogens* y su exposición oral y lo felicita por el extraordinario trabajo de investigación y la forma en que ha abordado un tema complejo recopilando la doctrina pertinente más válida. No obstante, el orador no entiende por qué el informe limita el alcance del tema al contexto del derecho de los tratados e ignora la finalidad del *ius cogens* en el contexto del derecho de la responsabilidad del Estado, aspecto igualmente esencial del tema examinado. En 2013, durante una sesión del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, ya había insistido en que la Comisión no podía dejar de lado el concepto de *ius cogens* en relación con el derecho de la responsabilidad del Estado, ámbito en el cual desempeña otra función.

26. Por eso, las siguientes observaciones se centrarán en el alcance del tema y se formularán con un espíritu de crítica constructiva. Si el Relator Especial estima que el concepto de *ius cogens* no difiere según se trate del derecho de los tratados o del derecho de la responsabilidad del Estado, debería haber explicado por qué en

su informe, cosa que no hizo. Es dudoso que la naturaleza jurídica, el contenido y la función del *ius cogens* sean iguales en el derecho de los tratados y en el derecho de la responsabilidad del Estado. Si estas dudas se manifiestan fundadas, habrá que elaborar una definición amplia de *ius cogens*, válida para las dos ramas del derecho internacional aplicables. También se tendrá que indicar en el proyecto de conclusión relativo al alcance del tema examinado que este no se limita al derecho de los tratados.

27. Cabe lamentar que en el informe no se realice ningún análisis del *ius cogens* en el marco del derecho de la responsabilidad del Estado. La falta de alusiones a la responsabilidad del Estado, que tan solo se menciona de pasada en la primera nota a pie de página del párrafo 43, resulta sorprendente. El capítulo III (Evolución histórica del concepto de *ius cogens*) y la sección C del capítulo IV (Elementos básicos del *ius cogens*) no reflejan la importancia de la responsabilidad del Estado, una de las cuestiones más destacadas que ha abordado la Comisión. También es de lamentar que el Relator Especial no prevea ocuparse de esta cuestión en su programa de trabajo futuro.

28. En los párrafos 43 y 48 del informe, se analiza la función del *ius cogens* «en un marco distinto del de la Convención de Viena [de 1969]» y «más allá del derecho de los tratados», sin mayores precisiones, y cabe esperar que el Relator Especial ahonde en esta cuestión. No obstante, parece, tras una lectura del primer informe, que las consecuencias y los efectos del *ius cogens* únicamente se examinarán en los siguientes informes desde el punto de vista del derecho de los tratados. Ahora bien, los efectos de la vulneración de las normas de *ius cogens* en el derecho de los tratados ya están precisadas claramente en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969, que prevén que todo tratado celebrado en contravención de una norma de *ius cogens* es «nulo», pero no contemplan las consecuencias del propio incumplimiento de las normas de *ius cogens*. Asimismo, el artículo 71 de la Convención, según el cual las partes deben «eliminar [...] las consecuencias» de la nulidad de un tratado en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, no hace alusión alguna a la responsabilidad del Estado. No obstante, las consecuencias de la vulneración de normas de *ius cogens* son, en ese caso, muy diferentes. Así, para delimitar correctamente el alcance del tema, hace falta precisar de entrada el contenido, la función y los efectos del *ius cogens* en esas dos ramas.

29. Como se recordará, la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobada en primera lectura por la Comisión en 1980<sup>292</sup>, remitía en su proyecto de artículo 19 a los crímenes internacionales, que eran considerados contravenciones de normas de *ius cogens*. El artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en segunda lectura en 2001 prevé que «[n]inguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de

<sup>291</sup> Anuario... 2006, vol. II (segunda parte), pág. 200, conclusión 32.

<sup>292</sup> Anuario... 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss., párr. 34.

derecho internacional general»<sup>293</sup>. Los artículos 40 y 41 se ocupan de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general. El artículo 48, relativo a la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado, enuncia obligaciones *erga omnes* y *erga omnes partes*. Estas obligaciones *erga omnes* se basan en una extensión «horizontal» de las obligaciones del Estado, mientras que las obligaciones de *ius cogens* se inscriben en una relación normativa «vertical». Obviamente, no todas las obligaciones *erga omnes* son obligaciones de *ius cogens*, pero se da el caso de que ambas categorías se solapen. El artículo 50, párrafo 1 c, remite a las obligaciones de *ius cogens* consideradas excepciones a las contramedidas. Por último, se considera por regla general que el artículo 54 reconoce la posibilidad de contramedidas lícitas en caso de vulneraciones graves de normas de *ius cogens*.

30. Nadie ignora que el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos prevé la aplicación de normas secundarias en caso de actos ilícitos y es ajeno a las normas primarias relativas a las obligaciones de los Estados en derecho internacional. Estas disposiciones se basan en la existencia de obligaciones de *ius cogens* cuya vulneración comporta la responsabilidad del Estado. Por ello, la Comisión no debe perder de vista que el concepto de *ius cogens* difiere según se trate del derecho de los tratados o del derecho de la responsabilidad del Estado. En el primer caso, los conceptos de jerarquía de las normas y de inderogabilidad con respecto al derecho de rango superior son los aspectos básicos del *ius cogens*, teniendo presente que aquí se utiliza el concepto de «jerarquía de las normas» para dar a entender que una norma de rango superior anula otra de rango inferior. En cambio, en el derecho de la responsabilidad del Estado, por «*ius cogens*» se entiende simplemente un conjunto de normas de importancia fundamental y, en este contexto, no es el concepto de «jerarquía de las normas» el que constituye un aspecto básico del *ius cogens*, sino la «primacía de las normas».

31. En la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobada en 1980, el proyecto de artículo 19, párrafo 3, ofrecía una lista ilustrativa de crímenes internacionales destinada a poner de manifiesto el *ius cogens*. No obstante, estos crímenes no fueron escogidos porque constituyeran normas del derecho internacional de rango superior, sino porque eran de la máxima importancia para el conjunto de la comunidad internacional. Así, aunque no exista evidentemente ninguna norma de rango superior que prohíba, por ejemplo, la contaminación masiva de la atmósfera, esta prohibición está considerada norma de *ius cogens* en el contexto de la responsabilidad del Estado, simplemente porque se trata de una norma de derecho internacional de particular importancia. En el informe se citan diversas resoluciones de cortes y tribunales internacionales pertinentes para el *ius cogens*, por ejemplo en las notas a pie de página del párrafo 46, la primera nota del párrafo 47 y las dos notas

<sup>293</sup> Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

del párrafo 54. No obstante, el *ius cogens* únicamente ha sido invocado, entre otras cosas, para respaldar la presunta nulidad de los tratados en el ámbito del derecho de los tratados en dos causas. Todas las demás se refieren, de una u otra manera, a la responsabilidad del Estado por estar los Estados en cuestión acusados de genocidio, torturas, empleo ilícito de la fuerza y otras vulneraciones graves de normas de *ius cogens*.

32. Para responder a la pregunta de si hay que elaborar una lista ilustrativa de normas que tengan en la actualidad rango de *ius cogens*, es crucial tener en cuenta los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado. Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 no dan ejemplos precisos del *ius cogens*, y la lista ilustrativa que figuraba en el proyecto de artículo 19 anteriormente mencionado no fue aceptada por la Comisión en segunda lectura, lo cual es una señal reveladora. La cuestión del alcance del tema y de su formulación, que el orador considera inapropiada, debería ser estudiada en mayor medida por el Relator Especial. De seguir con el planteamiento actual, habría que hablar más bien de «El *ius cogens* en el derecho de los tratados». No obstante, ya abundan los comentarios sobre los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969, y si la Comisión siguiera este enfoque, no haría sino elaborar un comentario sobre los comentarios. Los trabajos solo serán verdaderamente útiles si abarcan la responsabilidad del Estado, en cuyo caso el tema deberá titularse «El *ius cogens* en derecho internacional». Quizás la Comisión desee crear un grupo de trabajo encargado de delimitar el alcance del tema. Los proyectos de conclusión serán examinados a la luz de los informes siguientes que, cabe esperar, abarcarán la cuestión de la responsabilidad del Estado. También habría que redactar, además de una conclusión sobre el alcance del tema, una conclusión en la que se defina el concepto de *ius cogens* para que se pueda saber de qué se ocupa el proyecto de conclusiones. Esta definición podría figurar en un nuevo proyecto de conclusión 3, pero el orador volverá a esta cuestión más adelante.

33. En relación con el proyecto de conclusión 1, cabe señalar que no es «la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas» lo que debe centrar la atención de la Comisión a la hora de delimitar el alcance del tema, sino la existencia y el contenido de las normas de *ius cogens*. Como ya señaló en diversas ocasiones en el marco de los trabajos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, las palabras «identificar» o «identificación» se prestan a la confusión. ¿Es «la identificación» un simple ejercicio teórico de reconocimiento o incluye un ejercicio normativo por el que se determina la existencia y el contenido de una norma, se interpreta y se aplica? Si la Comisión decide estudiar el *ius cogens* en relación con la responsabilidad del Estado, se tendrá que modificar por completo el proyecto de conclusión 1, que se basa en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En cuanto al proyecto de conclusión 2, el orador dice que la alusión al *ius dispositivum*, en el párrafo 1, induce a error y debería ser desplazada al comentario. Asimismo, el párrafo 2 del proyecto de conclusión y el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, son prácticamente idénticos, por lo que deberían ser agrupados en una única disposición. Por último, el proyecto de conclusión 3 es circular y carece de sentido si en él no se enuncia una

definición del *ius cogens*. Cabe preguntarse además cuáles son los «valores fundamentales» de la comunidad internacional a los que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de conclusión. En este mismo párrafo, las palabras «jerárquicamente superiores» son pertinentes para calificar el *ius cogens* en relación con el derecho de los tratados, pero no se encuentra necesariamente este elemento jerárquico en el ámbito de la responsabilidad del Estado, en el cual las normas de *ius cogens* se consideran simplemente normas de particular importancia.

34. El Sr. CAFLISCH señala que el artículo 139, párrafo 3, de la Constitución Federal de Suiza, relativo a la iniciativa popular en materia constitucional, dispone que «[c]uando una iniciativa popular no respete [...] las normas imperativas de derecho internacional, la Asamblea Federal [el Parlamento] la declarará total o parcialmente nula»<sup>294</sup> y dice que esta disposición pone de manifiesto claramente que el concepto de *ius cogens* está reconocido en el derecho constitucional suizo y que la identificación de las normas de *ius cogens* reviste suma importancia para su país. Por ello, el orador aboga por elaborar una lista, al menos con carácter ilustrativo, de este tipo de normas. Si bien sigue habiendo incertidumbres en este ámbito, los trabajos acometidos por la Comisión perderían mucho de su interés y su valor si no se intentara tan siquiera confeccionar esa lista. A pesar de las incertidumbres, sería de lamentar que, en vez de elaborar cuando menos una «lista ilustrativa» y provisional, la Comisión se limitara a citar «ejemplos» pretendiendo que «[e]l tema, como se propone en la sinopsis, está intrínsecamente relacionado con el proceso y la metodología, más que con el contenido de reglas y normas concretas», tal y como se indica en el párrafo 16 del primer informe. En el párrafo 73, el Relator Especial propone que el resultado de los trabajos de la Comisión adopte la forma de «proyecto de conclusiones». El orador puede apoyar esta propuesta, así como los tres proyectos de conclusión propuestos en el párrafo 74, que pueden ser remitidos al Comité de Redacción, aunque quizás habría que invertir el orden de los proyectos de conclusión 2 y 3.

35. En el párrafo 14, el Relator Especial evoca una cuestión de índole metodológica suscitada en el transcurso del debate mantenido en el seno de la Sexta Comisión: ¿deben los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional basarse en la práctica de los Estados, en la jurisprudencia o en la doctrina? El orador señala que la Comisión tiene por costumbre apoyarse en estos tres elementos y que nada justifica que se proceda de otro modo para el tema examinado. En este sentido, cabe observar que la práctica de los Estados, incluidos los textos como la disposición constitucional anteriormente citada, y la jurisprudencia internacional y nacional están llamadas a desempeñar un papel clave.

36. El orador respalda igualmente las consideraciones del Relator Especial sobre la evolución histórica del concepto de *ius cogens*, que figuran en los párrafos 18 a 41. Se considera por lo general que la idea de la existencia de un cuerpo de normas imperativas en derecho internacional es reciente; ahora bien, ha desempeñado un papel esencial

en la historia de esta rama del derecho, aunque se materializara en la práctica por otros medios. Dicho esto, parece posible afirmar que el *ius cogens* ha suplantado en cierto modo una parte del derecho natural en lo concerniente a la «moralización» del derecho internacional público. Si bien es instructivo y pertinente señalar, en los párrafos 46 y 47 del informe, que la Corte Internacional de Justicia se ha referido en 11 ocasiones al *ius cogens* y que este concepto ha sido mencionado 78 veces en las opiniones separadas de sus miembros, el orador estima que en la actualidad ya no se pone seriamente en cuestión la existencia de normas imperativas de derecho internacional.

37. En lo que al fundamento de estas normas se refiere, el Relator Especial tiene razón cuando destaca en el párrafo 50 que no existe ninguna teoría del *ius cogens* basada en el derecho natural o en el derecho positivo, aunque los iusnaturalistas serían quizás más proclives a alegar la existencia de esas normas donde no hay ninguna. Ahora bien, en principio, el problema y su solución quedan al margen de las polémicas entre escuelas. El *ius cogens* no es ciertamente inmutable, a diferencia de lo que pueden afirmar los iusnaturalistas con respecto al derecho natural. Es precisamente la idea contraria la que se desprende del artículo 64 de la Convención de Viena de 1969.

38. ¿Es correcto afirmar, como hace el Relator Especial en el párrafo 53, que el *ius cogens* es fruto del consentimiento de la comunidad de Estados? ¿Se puede hablar verdaderamente en este caso de «consentimiento», concepción que tiende a reducir el conjunto del derecho internacional a un fenómeno consensual? A juicio del orador, la norma de *ius cogens*, que forma parte de la categoría de normas consuetudinarias, debe su fuerza obligatoria, como toda norma de esta naturaleza, a una práctica general seguida por los Estados que la consideran derecho. Asimismo, a estos dos elementos hay que añadir un tercero: los Estados estiman que la norma en cuestión no puede ser derogada, si bien puede ser reemplazada por otra norma que tenga el mismo rango pero contenido diferente. Las razones de ser de este tipo de normas no entran, estrictamente hablando, dentro del ámbito del jurista, sino del ámbito del moralista, el teólogo, el sociólogo, el filósofo, el economista o el político. Una teoría del consentimiento en sentido estricto del término no es indispensable, en este contexto, para explicar el fundamento de la costumbre y del *ius cogens*.

39. En los párrafos 61 a 72 de su informe, el Relator Especial se dedica a enumerar los «elementos básicos del *ius cogens*»; en otras palabras, sus características. El orador no tiene problema alguno con los elementos señalados por el Relator Especial, quien, al redactar la lista, evoca dos cuestiones interesantes. La primera consiste en saber si la idea de *ius cogens* puede aplicarse en derecho internacional regional. El Relator Especial se inclina por responder con una negativa, lo que parece oportuno por diversos motivos. En primer lugar, la idea de normas regionales de *ius cogens* va en contra de la tesis según la cual estas normas son universales. En segundo lugar, la existencia de esas normas daría pie a preguntarse acerca de sus efectos: ¿qué futuro le depararía a un tratado celebrado entre un Estado que forma parte de una «región» determinada y un Estado situado fuera de ella? En tercer

<sup>294</sup> Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999, que puede consultarse en el sitio web del Gobierno suizo: [www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html](http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html).

lugar, ya se ha podido constatar que el ámbito de aplicación espacial de una norma regional quedaba definido por el territorio de los Estados que la habían suscrito: ¿qué efecto tendría en tal caso una norma de *ius cogens* con respecto a un Estado de la región que no la hubiera aceptado? En cuarto lugar, ¿qué relación se entablaría entre las normas de *ius cogens* universales y las eventuales normas imperativas contrarias de carácter regional?

40. En cuanto a la cuestión del objeto persistente, que reaparece lamentablemente en el primer informe sobre el *ius cogens*, el orador recuerda que se opuso a incluir una norma al respecto en el proyecto de artículos relativo a la identificación del derecho internacional consuetudinario. Espera que la Comisión rechace de plano la idea de que existen normas imperativas de derecho internacional vinculantes para todos, salvo para los objetores persistentes. Para concluir, el orador desearía señalar que, en su primer informe, el Relator Especial no aborda los posibles conflictos entre las normas imperativas contradictorias ni la manera de resolverlos.

41. El Sr. KAMTO observa que, salvo si se considera que existe una identidad perfecta entre las normas de derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*, no le parece posible afirmar que, de la admisión del principio del objeto persistente en relación con aquellas, se desprende necesariamente que este principio sea válido también para estas.

42. Sir Michael WOOD agradece sinceramente al Relator Especial su primer informe y su exposición oral. De lectura sumamente interesante, este informe mezcla elementos teóricos y prácticos, lo cual es apropiado para un informe inicial, y se basa en un planteamiento esencialmente práctico, igualmente apropiado habida cuenta del tema examinado. Al tratarse, precisamente, de un informe inicial que el Relator Especial parece calificar de preliminar, la Comisión debería abstenerse de aprobar los textos en esta fase de los trabajos, salvo si está segura de haber revisado toda la documentación y la práctica disponibles.

43. Si bien el tema examinado es ciertamente difícil, no es en ningún caso nuevo para la Comisión, puesto que ya se ocupó de él en el marco de sus trabajos sobre otros temas como el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado, las reservas a los tratados o la fragmentación del derecho internacional. La Comisión y los Estados ya examinaron la cuestión del *ius cogens* con relativa profundidad en 1953, con el primer informe de Hersch Lauterpacht sobre el derecho de los tratados<sup>295</sup>. El resultado de esos trabajos, en particular los artículos 53, 64 y 66 a de la Convención de Viena de 1969, será sin duda uno de los aspectos fundamentales del tema examinado. La historia de las negociaciones del artículo 53, que repasa el Relator Especial en los párrafos 28 a 41 del informe, reviste especial importancia. El orador matizaría ligeramente lo que se dice en el párrafo 41, a saber, que algunos Estados se opusieron a la inclusión del artículo 53 porque pensaban que no estaban suficientemente claras las normas específicas que habían alcanzado el rango de *ius cogens*. Las preocupaciones expresadas por los Estados al respecto eran más

profundas y ponían de manifiesto también dudas sobre los medios para determinar la existencia de esas normas en la práctica. Para algunos Estados, el sentido de la frase «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario» no era evidente. Así pues, explicar la manera de determinar la existencia de normas de *ius cogens* será uno de los aspectos esenciales de los trabajos de la Comisión sobre el tema examinado.

44. En el capítulo I del informe, el Relator Especial recupera acertadamente el debate mantenido en torno al tema en la Sexta Comisión en 2014 y 2015. Parece que, con carácter general, los Estados apoyaron el estudio del tema, si bien dijeron que la Comisión debía abordarlo con prudencia. En el párrafo 11 del informe, el Relator Especial suscribe esa advertencia y dice que pondrá sumo cuidado para que sus informes reflejen la práctica contemporánea y no se adentren en teorías que no han sido corroboradas.

45. El capítulo II del informe suscita diversas cuestiones de índole metodológica. En lo que se refiere concretamente al orden en el que las diferentes cuestiones tratadas en la sinopsis podrían ser examinadas, el Relator Especial indica que, dado que estas cuestiones están relacionadas entre sí, propondrá un planteamiento fluido y flexible. Parece querer decir con ello que, aunque la Comisión ya los haya aprobado, algunos proyectos de conclusión deberán en ocasiones ser examinados de nuevo antes incluso de la primera lectura a la luz de la progresión de los trabajos. Si bien ya se procedió de esta forma en el pasado, por ejemplo bajo la dirección del Sr. Gaja en el marco del examen del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, ello respondía a las observaciones formuladas por los Estados con respecto a los proyectos aprobados por la Comisión tras un examen en profundidad y no al hecho de que la Comisión deseara volver a examinar sus propias decisiones tras haber estudiado en mayor medida el tema. En general, no parece muy juicioso aprobar proyectos de conclusión a la ligera, pensando que siempre se podrá volver a examinar su formulación antes de la primera lectura. Debería tratarse de una excepción y no de la norma, so pena de subvertir el procedimiento habitual de la Comisión y de agudizar aún más la dificultad que tienen los Estados, especialmente, para saber en qué punto se encuentra la Comisión con respecto a un tema determinado. No se entiende, por ejemplo, por qué hace falta «volver a examinar la cuestión de la definición [...] a medida que se avance en el proyecto y se evalúen más prácticas». Evidentemente, quizás haga falta reexaminarlo todo en segunda lectura, y de hecho se hará, pero así sucede con todos los temas y eso no significa que en este caso se puedan aprobar textos sin haber examinado por completo la práctica pertinente. Si las diferentes cuestiones planteadas en la sinopsis y analizadas en el informe que se examina están tan estrechamente vinculadas que es imposible llegar a una conclusión sobre una sin estudiar las otras, ello no debe llevar a la Comisión a aprobar un texto provisionalmente con la previsión de que se vuelva a examinar, sino a aprobar a la vez un conjunto de textos. De hecho, es lo que sucedió con el tema del derecho internacional consuetudinario: la Comisión no aprobó ningún proyecto de conclusión hasta el actual período de sesiones, en el que el

<sup>295</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, págs. 90 y ss.

Comité de Redacción ha elaborado un conjunto completo de proyectos a la luz de los debates mantenidos en sesión plenaria sobre los cuatro informes del Relator Especial, los dos estudios realizados por la Secretaría y los sucesivos debates mantenidos en el seno de la Sexta Comisión.

46. El Relator Especial ha preguntado a los miembros si convenía elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. El orador comparte las dudas expresadas al respecto en la Sexta Comisión y coincide en que puede haber motivos para volver a examinar esta cuestión. No obstante, el Relator Especial dice en el párrafo 17 del informe que, aunque no elabore la lista ilustrativa, la Comisión deberá proporcionar ejemplos de normas de *ius cogens* cuando examine la manera de determinar estas normas y que podría reunir estos ejemplos y presentarlos en un anexo. Dicho esto, también observa las dificultades que entrañaría esa labor. ¿Qué ejemplos figurarán en esta lista, dado que, al examinar las normas, la Comisión no se pronunciará necesariamente sobre su valor como *ius cogens*? ¿Qué consideración tendrá tal lista y por qué deben figurar en ella unas normas por el simple hecho de ser mencionadas en los comentarios a modo de ejemplo? Para resumir, al orador no le convence la idea de incluir en un anexo una lista «indirecta», fundamentalmente por razones similares a las que se aducen en el informe.

47. En cuanto a la división de opiniones en el seno de la Sexta Comisión con respecto a los materiales que deben estudiarse en el marco del tema examinado, el orador coincide con el Relator Especial en que la Comisión debe, como es habitual, examinar todos los materiales que pueda encontrar, si bien cuestión distinta es el peso que se les debe atribuir.

48. El capítulo III del informe consta de dos secciones. La sección A es una síntesis interesante de algunos antecedentes históricos del concepto de *ius cogens*, de la cual, no obstante, no parece posible ni deseable extraer conclusiones concretas. La sección B presenta información de gran importancia porque recuerda cómo la Comisión, los Estados y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados llegaron a elaborar las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas al *ius cogens*. Si bien el informe se centra, como es natural, en esta fase preliminar de los trabajos de la Comisión, en lo que se convirtió en el artículo 53, no hay que perder de vista que en la Conferencia de Viena los Estados prestaron gran atención a las condiciones procedimentales para la invocación del *ius cogens*. Ello dio lugar al artículo 66 a de la Convención, que dispone que, cuando una parte invoque el *ius cogens* como motivo para impugnar la validez de un tratado y dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción no se ha llegado a ninguna solución, «[c]ualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje». Es importante que la Comisión tenga presentes estos aspectos de procedimiento a medida que avance en sus trabajos, y el orador se congratula de que el Relator Especial haya manifestado su intención de tratar esta cuestión en un informe ulterior.

49. En la sección A del capítulo IV del informe, el Relator Especial demuestra de una forma convincente, apoyándose en la práctica de los Estados y la jurisprudencia, que el *ius cogens* forma parte actualmente del derecho internacional contemporáneo, que es la piedra angular de los trabajos de la Comisión sobre este tema. El orador leyó con interés la sección B del capítulo IV relativo al fundamento teórico del carácter imperativo del *ius cogens*. Si bien el Relator Especial dice con acierto que no hace falta profundizar en estas cuestiones teóricas, parece ahondar inútilmente en los detalles de algunas de ellas. En esta fase inicial de los trabajos, lo que convendría decir, y se puede decir, se encuentra en la definición del *ius cogens* que figura en la segunda frase del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que reza así: «... una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Aunque las primeras palabras de la frase sean «[p]ara los efectos de la presente Convención», nada sugiere que «a los efectos del presente tema» la Comisión deba proponer otra definición. No lo hizo en el caso de otros temas que se ocupan del *ius cogens*. La definición de la Convención de Viena de 1969 está ampliamente aceptada por los Estados y por los especialistas en derecho internacional con carácter general, por lo que, para que la Comisión se aparte de ella, debe tener motivos de peso. Por ello, el orador estima que se debe mantener intacta la formulación de la Convención e introducirla desde el inicio en el proyecto de conclusiones.

50. En la sección C del capítulo IV, titulada «Elementos básicos del *ius cogens*», el Relator Especial se esfuerza, sin mostrarse muy convincente, en profundizar en las disposiciones del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 introduciendo el concepto de «elementos básicos». Así, indica en el párrafo 63 del informe que, además de los elementos mencionados explícitamente en el artículo 53 de la Convención, existen otros tres «elementos básicos» que caracterizan las normas de *ius cogens*: son de aplicación universal, son superiores a otras normas y sirven para amparar valores fundamentales de la comunidad internacional. A juicio del orador, estos elementos apenas revisten utilidad, y el Relator Especial parece alejarse, al introducirlos, del compromiso que adquirió en un principio de velar por que sus informes reflejaran la práctica contemporánea. De hecho, esta inserción no está avalada por prácticamente ninguna referencia a la práctica. En cualquier caso, en cuanto al contenido sustantivo, cuesta entender cómo estos elementos aportan algo a las palabras del artículo 53 y, si añaden algo, lo hacen a riesgo de suscitar cuestiones espinosas. Teniendo en cuenta que la Comisión debe proceder con prudencia para no llevar a pensar que crea nuevas condiciones para reconocer una norma de *ius cogens*, la formulación del proyecto de conclusión 3 no permite saber con certeza si el Relator Especial afirma que se deben aportar pruebas de estos elementos suplementarios para demostrar la existencia de una norma de *ius cogens*: probablemente no sea así, pero ¿qué efecto tienen en tal caso?

51. Leyendo las explicaciones dadas por el Relator Especial, el concepto de aplicabilidad universal no parece

añadir nada al de inderogabilidad. En el párrafo 68 del informe, el Relator Especial expone las dos consecuencias de este elemento suplementario, puntualizando que se trata de consideraciones provisionales que volverá a analizar en sus informes siguientes: en primer lugar, la norma del objetor persistente no sería aplicable a las normas de *ius cogens*; y, en segundo lugar, las normas de *ius cogens* no pueden ser aplicadas sobre una base regional o bilateral. El orador llama a la prudencia ante estas afirmaciones, puesto que es difícil juzgar su exactitud sin haber estudiado previamente en profundidad el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y la práctica de los Estados. ¿Cómo se puede afirmar que la norma del objetor persistente no es aplicable al *ius cogens*, algo que el orador considera acertado, sin haber convenido previamente el sentido de la expresión «aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto»? ¿Se está pidiendo a los miembros que excluyan la posibilidad de un *ius cogens* regional, cuando precisamente esta cuestión debe ser examinada en un informe ulterior? El Sr. Caffisch ha formulado dos observaciones muy interesantes con respecto a estos dos aspectos que sin duda serán tenidas en cuenta ulteriormente.

52. El concepto de «superioridad» es incierto y puede prestarse a confusiones. Por consiguiente, no tiene mucho sentido limitarse a hablar de una «jerarquía» dentro del derecho internacional o a decir que algunas normas son «superiores» a otras, sin explicar en qué. Se puede saber qué efectos puede tener el *ius cogens* en relación con los tratados, en el ámbito de la responsabilidad internacional y de la inmunidad del Estado, pero la cuestión de sus efectos y consecuencias debe ser tratada en su totalidad en un informe ulterior sin que se deba prejuzgar invocando una idea vaga de «superioridad». La cuestión de las relaciones entre las propias normas de *ius cogens* será probablemente abordada en un informe ulterior. Teniendo en cuenta que ninguna norma de *ius cogens* es «superior» a otra norma de *ius cogens*, la afirmación de que las normas de *ius cogens* son «superiores a otras normas de derecho internacional» corre el riesgo de plantear problemas.

53. La alusión a los «valores fundamentales de la comunidad internacional» tampoco es útil. La existencia de una norma de *ius cogens* está en realidad supeditada a la aceptación y el reconocimiento que recibe como tal por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no a la apreciación subjetiva de «valores».

54. En cuanto al capítulo V del informe, el orador también estima que los proyectos de conclusión son la forma más apropiada para el resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema y se felicita por que el objetivo del Relator Especial sea que el proyecto de conclusiones «[refleje] el derecho y la práctica actuales sobre el *ius cogens* y evit[e] los debates teóricos».

55. El orador dirige su atención a los proyectos de conclusión propuestos en el capítulo VI del informe y dice que el proyecto de conclusión 1 parece expresar de manera apropiada el alcance que se pretende atribuir al proyecto de conclusiones y que únicamente tiene observaciones sobre la redacción, en particular en lo concerniente a la curiosa utilización de la expresión «*règles du ius cogens*» en la versión del texto en francés, cuestión que ya ha

mencionado el Relator Especial. El texto se corresponde con la descripción del objeto de los trabajos de la Comisión expuesta por el Relator Especial, a saber, «formular un conjunto de conclusiones que reflejen el estado actual del derecho internacional en lo que se refiere al *ius cogens*». El proyecto de conclusión 2 parece ser de naturaleza esencialmente explicativa y sus disposiciones quizás encajarían mejor en el comentario que en el cuerpo del proyecto de conclusiones. En cualquier caso, en lo esencial es más bien discutible. El primer párrafo habla, por ejemplo, de modificación, derogación y abrogación, y el orador va a examinar con atención las explicaciones que el Relator Especial ha dado al respecto al presentar su informe, especialmente porque, en relación con el proyecto de conclusión 3, el Relator Especial decidió recuperar la formulación de la Convención de Viena de 1969, que naturalmente solo menciona las derogaciones. La expresión «pueden tener lugar mediante un tratado, derecho internacional consuetudinario u otro acuerdo» suscita numerosas cuestiones acerca de las relaciones entre las diferentes fuentes del derecho internacional en las que la Comisión no debe adentrarse en el marco del tema examinado. Por ello, el proyecto de conclusión 2 no debería ser aprobado, al menos por el momento. Podría ser examinado en el Comité de Redacción, si el Relator Especial lo desea, pero no con vistas a su aprobación como proyecto de conclusión. Algunos de sus elementos podrían figurar en un proyecto de conclusión ulterior o en un eventual comentario. Si el proyecto de conclusión 2, párrafo 1, parece constituir una declaración sobre la modificación y la abrogación de las normas de derecho internacional y de las derogaciones de estas normas en general, cabe preguntarse por qué hace falta explicar de entrada cómo se pueden modificar o suprimir «normalmente» las normas de derecho internacional antes de examinar las normas de *ius cogens*, puesto que, de hecho, es difícil describir en un solo párrafo de un proyecto de conclusión la manera «normal» en que cambian las normas.

56. En cuanto al proyecto de conclusión 3, titulado «Naturaleza general de las normas de *ius cogens*», el orador considera que la Comisión, antes de tratar de explicar la «naturaleza general» del *ius cogens*, sea cual fuere el sentido que tiene la expresión en este contexto, debería definir el *ius cogens*. Para ello, como ya ha dicho, lo mejor sería recuperar la formulación exacta de la segunda frase del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, ya que cualquier modificación constituiría un grave error. En relación con las afirmaciones que figuran en el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, relativas a los valores, la superioridad jerárquica y la universalidad, que el orador ya ha calificado de inútiles, precisa que, si tienen un sentido, es poner de relieve cuestiones que habrá que examinar en profundidad y con prudencia en una fase ulterior. Aunque haya el entendimiento, como ha dicho el Relator Especial, de que la Comisión podrá volver a examinarlo antes de la primera lectura, sería prematuro aprobar el párrafo 2, que debe ser por ende dejado a un lado, al menos por el momento.

57. Por último, la manera en que el Relator Especial prevé continuar con los trabajos sobre el tema examinado, expuesta en el capítulo VII del informe, es acertada a juicio del orador, quien espera que pueda completarse así el examen del tema en el transcurso del próximo quinquenio, objetivo que debe perseguirse.

58. A modo de conclusión, el orador dice que, no obstante las importantes reservas que ha formulado con respecto a determinados elementos del proyecto de conclusión 3, no se opone a la remisión de los proyectos de conclusión 1 y 3 al Comité de Redacción si así lo desea el Relator Especial al concluir el debate actual. Ahora bien, ello no quiere decir que el Comité de Redacción deba aprobar los tres proyectos de conclusión en esta fase del examen del tema, antes de que la Comisión haya examinado los informes ulteriores del Relator Especial. Para terminar, el orador suscribe las observaciones formuladas por el Sr. Murase sobre los proyectos de conclusión.

**Protección de la atmósfera (continuación\*)**  
(A/CN.4/689, cap. II, secc. A, A/CN.4/692, A/CN.4/L.875)

[Tema 8 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

59. El Sr. ŠTURMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que le complace presentar el quinto informe del Comité de Redacción con ocasión del 68º período de sesiones de la Comisión, informe que se ocupa del tema de la protección de la atmósfera y que está publicado en el documento A/CN.4/L.875. En este informe figuran un párrafo suplementario del preámbulo y cinco proyectos de directriz. En el actual período de sesiones, el Comité de Redacción ha dedicado cinco sesiones, celebradas los días 7, 8 y 9 de junio de 2016, al examen de los proyectos de directriz 3, 4, 5, 6 y 7, así como del párrafo del preámbulo, que le fueron remitidos por la Comisión en su 3311ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2016. Hay que dar las gracias al Relator Especial, cuyo conocimiento del tema, espíritu constructivo y cooperación han facilitado considerablemente la labor del Comité y de su Presidente, así como a los miembros del Comité por su participación activa en los trabajos. El Comité de Redacción también tuvo ante sí un documento de trabajo que contenía las propuestas de reformulación de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo que figuraban en el tercer informe del Relator Especial. Este había presentado las propuestas en su resumen del debate para reflejar las distintas observaciones formuladas en sesión plenaria. Cabe recordar que el Comité de Redacción elabora proyectos de directriz sobre el tema examinado de conformidad con el entendimiento de 2013<sup>296</sup> y que no ha resuelto la cuestión de si estas directrices serán presentadas como un texto que contiene principios rectores relativos a la protección de la atmósfera o como un texto que se refiere a dicha protección. Igualmente cabe recordar que en el período de sesiones anterior, por recomendación del Comité de Redacción, la Comisión aprobó tres proyectos de directriz, los proyectos de directriz 1, 2 y 5, así como cuatro párrafos del preámbulo<sup>297</sup>. Haciendo suya la propuesta formulada por el Relator Especial en su tercer informe, el Comité de Redacción convirtió el proyecto de directriz 5, relativo a la cooperación internacional, en el proyecto de directriz 8, que aparece con dicho título en el informe del Comité de Redacción, en el entendimiento de que el número 5 que figura entre corchetes recuerda la numeración precedente

y de que se mantiene el texto que se aprobó en el período de sesiones precedente. Además de los proyectos de directriz 3, 4, 5, 6 y 7, el Comité de Redacción aprobó, a partir de la propuesta formulada por el Relator Especial en su tercer informe, un párrafo del preámbulo que constituirá el cuarto del texto ya aprobado.

60. El orador dirige su atención al texto de los proyectos de directriz y dice que el proyecto de directriz 3, relativo a la obligación de proteger la atmósfera, constituye la esencia del conjunto del proyecto de directrices. Los proyectos de directriz 4, 5 y 6, que también han sido aprobados en el actual período de sesiones, derivan del proyecto de directriz 3 y pretenden, en particular, establecer un vínculo, por analogía, entre diferentes principios del derecho ambiental internacional y la situación concreta de la protección de la atmósfera. Como se recordará, en el período de sesiones anterior el Relator Especial había propuesto en su segundo informe<sup>298</sup> un proyecto de directriz cuya remisión al Comité de Redacción se pospuso tras el debate en sesión plenaria, a la espera de un examen más profundo por el Relator Especial, con el fin de tener en cuenta, en particular, la crítica de que la calificación de obligación *erga omnes* que había atribuido al deber de proteger no estaba suficientemente fundamentada en el segundo informe. Para tratar de responder a esta crítica, en su tercer informe el Relator Especial propuso limitar el alcance de la obligación, que parecía muy amplia, explícitamente a la contaminación atmosférica y a la degradación atmosférica, y distinguir los tipos de obligaciones relacionadas con estos dos aspectos, al tiempo que se abstuvo de pronunciarse sobre el hecho de que la obligación de prevención en el contexto de la protección de la atmósfera constituyera o no una obligación *erga omnes*.

61. El Comité de Redacción trabajó sobre la base de una propuesta revisada por el Relator Especial a la luz de las observaciones formuladas en sesión plenaria, en particular la necesidad de vincular mejor el encabezamiento del proyecto de directriz y sus dos párrafos relativos a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, respectivamente. Finalmente, optó por agrupar esos elementos en un único párrafo. En su formulación actual, el proyecto de directriz 3 dispone que los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Este enunciado tiene su origen en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>299</sup>, que recupera el laudo arbitral en el caso *Trail Smelter*, y vuelve a aparecer en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)<sup>300</sup>. La alusión a los «Estados» a los efectos

<sup>298</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/681.

<sup>299</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

<sup>300</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I.

\* Reanudación de los trabajos de la 3311ª sesión.

<sup>296</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

<sup>297</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 54.

del proyecto de directriz debe ser entendida en el sentido de que prevé la posibilidad de una acción «individual» o «conjunta» de dichos Estados, según proceda.

62. Cabe recordar que el proyecto de directriz 1, aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior, ya define la contaminación atmosférica como «la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra»<sup>301</sup>. Esta definición ya implica un elemento «transfronterizo». Además, la definición de la degradación atmosférica como «la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra»<sup>302</sup> también reviste una dimensión «mundial». Por ello, el Comité de Redacción decidió suprimir las palabras «transfronteriza» y «mundial» del proyecto de directriz propuesto por el Relator Especial.

63. En su versión actual, el proyecto de directriz no prejuzga si la obligación de proteger la atmósfera es o no es una obligación *erga omnes*. Este aspecto figurará en el comentario. En él también se puntualizará que la obligación de ejercer la debida diligencia es una obligación de conducta y no de resultado, que exige a los Estados que adopten las medidas apropiadas para controlar la actuación de los actores públicos y privados. La debida diligencia comporta un deber de vigilancia y prevención. Exige igualmente que se tengan en consideración el contexto y la evolución de las normas, en el plano reglamentario o técnico.

64. La Comisión ya reconoció la naturaleza fluida y dinámica de la atmósfera, que propicia el transporte y la dispersión en su seno de sustancias contaminantes y sustancias de degradación. Asimismo, la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres. Partiendo de esta premisa, se deja constancia en uno de los párrafos del preámbulo aprobado provisionalmente por la Comisión en el anterior período de sesiones que «la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto»<sup>303</sup>. Por consiguiente, los verbos «prevenir, reducir o controlar» remiten a las diversas medidas que pueden ser adoptadas por los Estados, individual o conjuntamente, de conformidad con las normas aplicables relativas, según corresponda, a la contaminación atmosférica, por una parte, y a la degradación atmosférica, por la otra. Esta expresión está inspirada en las fórmulas que figuran en el artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en el artículo 4 de la Convención Marco sobre el Cambio Climático. Asimismo, el Acuerdo de París prevé en su artículo 2 que hay que mantener la temperatura media mundial en los niveles

acordados, reconociendo que «ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático», y que para ello hay que «[a]umentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático» y «promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero».

65. Si bien las medidas apropiadas para «prevenir, reducir o controlar» se aplican tanto a la contaminación atmosférica como a la degradación atmosférica, se entiende que la referencia a «las normas aplicables del derecho internacional» tiene por objeto poner de manifiesto una distinción entre las medidas adoptadas, teniendo en cuenta la naturaleza transfronteriza de la contaminación atmosférica y la naturaleza mundial de la degradación atmosférica, así como las diferentes normas aplicables en relación con cada supuesto. Diversas «normas aplicables del derecho internacional» entran en juego en cada una de esas dos situaciones, y en el comentario se delimitarán con precisión.

66. El título del proyecto de directriz 3, que ha pasado a ser «Obligación de proteger la atmósfera» después de que el Comité de Redacción suprimiera las palabras «de los Estados» tras «obligación», pretender hacer hincapié en la centralidad de la obligación de proteger.

67. El proyecto de directriz 4 trata de la evaluación del impacto ambiental. Es el primero de los tres proyectos de directriz que dimanar del proyecto de directriz 3. En el párrafo 153 del fallo que dictó el 16 de diciembre de 2015 en la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que «la obligación de un Estado de ejercer la debida diligencia en la prevención de daños transfronterizos sensibles requiere que dicho Estado determine si existe el riesgo de que se produzcan daños transfronterizos sensibles antes de emprender una actividad que pueda perjudicar al medio ambiente de otro Estado» (párrafo 153 del fallo). En su formulación actual, el proyecto de directriz 4 reza: «Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica».

68. El Comité de Redacción trabajó sobre la base de una propuesta revisada del Relator Especial que trataba de tener en cuenta las opiniones expresadas en sesión plenaria. Los principales puntos de desacuerdo tenían que ver con el alcance del proyecto de directriz, considerado aún demasiado amplio. Para empezar, la disposición fue formulada en voz pasiva refleja: «Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación», en lugar de «Los Estados tienen la obligación de realizar una evaluación», a fin de indicar que se trata de una obligación de conducta y que, dada la diversidad de los actores económicos, la obligación no se impone necesariamente al Estado. Lo importante es que este aplique las medidas legislativas, reglamentarias y de otra índole necesarias para que se realice una evaluación de las actividades previstas. La notificación y las consultas son elementos fundamentales de la evaluación.

<sup>301</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 21 (apartado b del proyecto de directriz 1).

<sup>302</sup> *Ibid.* (apartado c del proyecto de directriz 1).

<sup>303</sup> *Ibid.*, pág. 19 (tercer párrafo del proyecto de preámbulo).

69. En segundo lugar, se consideró preocupante la inexistencia de límite espacial. La expresión «de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control» tiene por objeto indicar que la obligación impuesta a los Estados de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental se refiere a las actividades bajo su jurisdicción o control. Dado que las amenazas ambientales no saben de fronteras, no se excluye, en principio, la posibilidad de que un grupo de Estados, en el marco de la gobernanza medioambiental mundial, se unan y convengan que se realice la evaluación de una actividad bajo su jurisdicción o control o que pueda tener repercusiones en territorios bajo su jurisdicción o control.

70. La tercera preocupación consistía en saber si hacía falta un umbral, teniendo en cuenta en particular que la definición de los términos «contaminación atmosférica» y «degradación atmosférica» que figura en el proyecto de directriz 1 provisionalmente aprobado en 2015 ya preveía un umbral. El Comité de Redacción estimó que era necesario, puesto que hay que superar el umbral previsto en los proyectos de directriz actuales para activar la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental. La fórmula «que tengan probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles» se inspira en el principio 17 de la Declaración de Río. Asimismo, existen otros instrumentos, como el Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, que prevén un umbral similar. La Corte Internacional de Justicia ha evocado igualmente en numerosos fallos, como los dictados en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* y la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, la importancia de las evaluaciones del impacto ambiental. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, indicó que «actualmente [puede] considerarse que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada puede tener un importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en recursos compartidos» (párrafo 204 del fallo). El umbral definido mediante la fórmula «probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles» en el proyecto de directriz 4 significa que no será necesaria una evaluación del impacto ambiental en el caso de una actividad cuyo impacto sea probablemente menor o transitorio. Los perjuicios de los posibles daños deben ser «sensibles» y, dado que el tema se refiere tanto a la «contaminación atmosférica» como a la «degradación atmosférica», lo que constituye perjuicios «sensibles» se mantiene como una cuestión de hecho. Para que el umbral de previsibilidad sea respetado antes de que nazca la obligación, la «evaluación del impacto ambiental» que debe realizarse ya no es calificada de «adecuada».

71. Si bien el Comité de Redacción estimó que la expresión «en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica» no era, desde el punto de vista formal, completamente afortunada, consideró que había que mencionar los dos problemas principales a que hace referencia el proyecto de directrices en materia de protección de la atmósfera: la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica transfronterizas. En

el comentario se explicará en qué medida la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental se aplica en los contextos transfronterizo y mundial.

72. El Comité de Redacción reconoció que la transparencia y la participación de la población eran importantes para asegurar el acceso a la información y la representación, pero consideró que los aspectos procedimentales de la evaluación del impacto ambiental debían ser mencionados en el comentario y no en el proyecto de directriz como proponía el Relator Especial.

73. El principio 10 de la Declaración de Río prevé que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Ello comprende el acceso a la información, la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones y el acceso efectivo a los recursos judiciales y administrativos. La Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales se ocupa de estas cuestiones. El proyecto de directriz 4 se titula «Evaluación del impacto ambiental», tal y como había propuesto el Relator Especial.

74. El proyecto de directriz 5 trata de la utilización sostenible de la atmósfera. La atmósfera es un recurso limitado cuya capacidad de asimilación es limitada. A menudo no se considera que sea explotable en el sentido en que los recursos minerales, petrolíferos y gasísticos son explorados y explotados, pero, a la luz de los hechos, es explotada en sus componentes físicos y funcionales. Quien contamina explota la atmósfera al reducir su calidad y su capacidad para asimilar contaminantes. En primer lugar, el proyecto de directriz 5 establece una analogía con el concepto de «recurso compartido» reconociendo que la unidad de la atmósfera mundial exige que se reconozca una comunidad de intereses. Por ello, parte del principio de que la atmósfera es un recurso limitado cuya capacidad para hacer posible la vida en la Tierra sufre los efectos de las actividades antrópicas. Para asegurar su protección, es importante verla como un recurso que puede ser explotado, lo que la somete a los principios de conservación y utilización sostenible. Cabe señalar que algunos miembros expresaron sus dudas acerca de que la atmósfera pueda en este sentido ser tratada como los acuíferos y los cursos de agua.

75. El proyecto de directriz 5 consta de dos párrafos. En el párrafo 1 se reconoce que la atmósfera es un «recurso natural con una capacidad de asimilación limitada». El Comité de Redacción prefirió esta fórmula a la expresión «la naturaleza finita de la atmósfera» propuesta por el Relator Especial, por estimar que esta era imprecisa y suscitaría varias cuestiones, puesto que son la introducción o emisión de sustancias en la atmósfera y las modificaciones de la atmósfera lo que necesariamente tiene efectos sobre ella. La segunda parte del párrafo 1 tiene por objeto integrar la conservación y el desarrollo para que las modificaciones del planeta no pongan en peligro la supervivencia y el bienestar de los organismos en la Tierra indicando que la utilización de la atmósfera debe llevarse a cabo de manera sostenible. Este enunciado se inspira en los artículos 4 y 5 del proyecto de artículos

sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión en 2008<sup>304</sup> y en los artículos 5 y 6 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 1997.

76. El término «utilización» debe ser entendido en un sentido amplio y en líneas generales como una remisión a conceptos que trascienden la explotación efectiva, y el comentario desarrollará esta cuestión. Conviene señalar que el concepto de «utilización» generó problemas entre algunos miembros del Comité de Redacción porque a menudo eran las actividades humanas las que, directa o indirectamente, tenían efectos en la atmósfera en tanto que envoltura de gases, y no era la utilización de la atmósfera como tal la preocupación mayor. No obstante, el Comité de Redacción consideró que el enunciado «su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible» era simple y se alejaba de legalismos innecesarios. Esta fórmula refleja mejor el cambio de paradigma que hace que la atmósfera sea considerada en la actualidad un recurso natural que debe ser utilizado de manera sostenible. Se trata más de una declaración política y de regulación internacional que de un código operativo que establezca los derechos y las obligaciones de los Estados.

77. El párrafo 2 se inspira en la formulación del párrafo 140 del fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, que evoca la «necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente». La formulación propuesta por el Relator Especial, que invocaba la necesidad de «garantizar un equilibrio adecuado», fue considerada innecesariamente conflictiva por oponer desarrollo económico y protección del medio ambiente. Asimismo, la utilización de la expresión «protección de la atmósfera» en contraposición a «protección del medio ambiente» persigue que el párrafo se centre en el tema examinado, que es la protección de la atmósfera.

78. Algunos miembros del Comité de Redacción consideraron que el párrafo 2 era inútil porque se limitaba a enunciar algo que, por ejemplo, podría figurar en un comentario que explicara la directriz.

79. El título del proyecto de directriz 5 es «Utilización sostenible de la atmósfera», tal y como había propuesto el Relator Especial. Como ya se ha indicado, el proyecto de directriz 5, relativo a la cooperación internacional, provisionalmente aprobado en 2015, ha pasado a ser el proyecto de directriz 8.

80. El proyecto de directriz 6 versa sobre la utilización equitativa y razonable de la atmósfera, elemento importante pero autónomo de la sostenibilidad a la que se hace referencia en el proyecto de directriz 5. El Comité de Redacción lo examinó a partir de un texto revisado que había presentado el Relator Especial para tener en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria. Al igual que en el caso del proyecto de directriz precedente,

algunos miembros cuestionaron su utilidad en relación con la atmósfera, con mayor motivo si cabe dado que el proyecto de directriz 5 ya se ocupa de la utilización sostenible.

81. Del mismo modo que el proyecto de directriz 5, el proyecto de directriz 6 está formulado en términos sumamente abstractos y generales. En lugar de decir que los Estados «deben utilizar la atmósfera», dispone que «[l]a atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras».

82. Este proyecto de directriz está formulado en términos generales y tiene por objeto aplicar el principio de equidad a la protección de la atmósfera por su condición de recurso natural compartido por todos. La primera parte se refiere a la utilización «equitativa y razonable». La afirmación «[l]a atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable» se inspira en el artículo 5 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y en el artículo 4 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Las diferencias entre la atmósfera, por una parte, y los cursos de agua y los acuíferos, por otra, fueron puestas de relieve por los miembros del Comité de Redacción. Se necesita llegar a un equilibrio entre los intereses y tener en consideración todos los factores pertinentes propios de la contaminación atmosférica, por una parte, y de la degradación atmosférica, por otra.

83. La segunda parte del proyecto de directriz versa sobre la equidad intrageneracional e intergeneracional. A fin de establecer la relación entre ambos aspectos de la equidad, el Comité de Redacción optó por recurrir a la expresión «teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras» en lugar de «y en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad». En la versión en inglés, las palabras «*taking into account the interests*» sustituyeron la expresión «*for the benefit of*» a fin de recalcar el carácter integrado de la atmósfera cuya «explotación» debe equilibrar los intereses para asegurar la preservación de la vida en la Tierra.

84. El proyecto de directriz se titula «Utilización equitativa y razonable de la atmósfera», de modo que se añadieron las palabras «y razonable» al título que había propuesto el Relator Especial.

85. El orador indica que, antes de comentar la última directriz, desea decir algo sobre el párrafo del preámbulo que el Comité de Redacción examinó y aprobó, puesto que dicho párrafo había sido propuesto por el Relator Especial en relación con las consideraciones de equidad, en particular la equidad intrageneracional.

86. El Comité de Redacción trabajó sobre la base de una propuesta revisada del Relator Especial que perseguía reflejar la idea de «situaciones nacionales diferentes» en el texto. Esta expresión fue considerada inapropiada en este contexto porque remitía a una idea más amplia y estaba asociada al concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que, de acuerdo con la decisión adoptada en 2013, no entraba dentro del tema.

<sup>304</sup> Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y ss., párrs. 53 y 54. Véase también la resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo.

87. El texto inicialmente propuesto por el Relator Especial en su tercer informe tenía su origen en el noveno párrafo del preámbulo del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, y el texto actual se inspira en el séptimo párrafo del preámbulo de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. De este modo, en su formulación actual, el párrafo reza así: «*Consciente* de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo». A propuesta del Relator Especial, constituirá el cuarto párrafo del preámbulo. Se limita a tomar nota de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo.

88. El proyecto de directriz 7 se ocupa de las actividades que tienen por objeto alterar la atmósfera, con la intención clara y concreta de modificarla a gran escala. El Relator Especial lo había propuesto inicialmente como proyecto de directriz 7; posteriormente lo convirtió en el proyecto de directriz 5, párrafo 3, en las propuestas revisadas que presentó a la luz del debate mantenido en sesión plenaria; finalmente, después de haberlo examinado, el Comité de Redacción consideró que la cuestión que trataba merecía una directriz propia. Además, en el aspecto sustantivo, el Relator Especial proponía en su tercer informe un proyecto de directriz sobre la geoingeniería, que fue revisado en líneas generales tras el debate mantenido en sesión plenaria. El Comité de Redacción trabajó sobre la base de este texto revisado.

89. En el seno del Comité de Redacción, si bien se consideró que la formulación constituía en líneas generales un paso en la buena dirección, el alcance de la disposición propuesta, que parecía amplio, suscitó preocupación. De hecho, varios miembros seguían sin estar convencidos de que fuera necesario un proyecto de directriz sobre cuestiones que, en lo esencial, seguían siendo controvertidas y que apenas estaban avaladas por la práctica.

90. El texto del proyecto de directriz, en su formulación actual, es el siguiente: «Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables».

91. El término «actividades» se entiende en sentido amplio, si bien se trata de «actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera». El Comité de Redacción examinó diferentes posibilidades antes de decantarse por esta formulación que sigue la definición de «geoingeniería» y de las «técnicas de modificación ambiental» que figura en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, de 1976, y que, en el artículo II, se refiere a las técnicas que alteran —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluidas su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

92. Como ya se ha dicho, el término «actividades» debe entenderse en sentido amplio. Otras actividades están prohibidas por el derecho internacional, pero el

Comité de Redacción considera que no entran dentro del ámbito del presente proyecto de directriz. La Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, por ejemplo, tiene por objeto específicamente prevenir la utilización del medio ambiente como medio de guerra prohibiendo la manipulación deliberada de los procesos naturales que conlleve el riesgo de producir fenómenos tales como huracanes, maremotos o un cambio en el clima y de tener «efectos vastos, duraderos o graves» (art. I). Asimismo, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) contiene disposiciones que completan la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles en caso de conflicto armado: si esta prohíbe la modificación deliberada del medio ambiente como medio de guerra, el Protocolo I prohíbe los ataques contra el medio ambiente como tal, con independencia de los medios utilizados (artículos 35, párrafo 3, y 55; véase igualmente el artículo 8, párrafo 2 *b* iv), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

93. En el transcurso del debate en el Comité de Redacción, se presentó una propuesta con la que se quería precisar que por «actividades» se entendía únicamente actividades «no militares». Dado que se entiende que este proyecto de directriz no se aplica a las actividades militares, se intercambiaron opiniones con respecto a si el proyecto de directrices en su conjunto se aplicaba únicamente a las actividades «no militares». Para algunos miembros, esta limitación tan solo era válida para el proyecto de directriz 7, porque cualquier otra interpretación pondría en tela de juicio el ámbito de aplicación del proyecto de directrices, definido en una directriz aprobada provisionalmente en 2015 sin ninguna limitación equiparable. Para otros, la retirada de esta propuesta a fin de que las «actividades» no fueran calificadas de «no militares» se había realizado precisamente porque se les había dado a entender que el proyecto de directrices en su conjunto no se aplicaba a las actividades militares.

94. Algunas actividades están reguladas y seguirán sometidas a los diversos regímenes aplicables. Por ejemplo, se incorporó la forestación al régimen del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al Acuerdo de París (art. 5, párr. 2). Se han adoptado medidas reguladoras de la captura y el almacenamiento de carbono en virtud de diversos instrumentos jurídicos internacionales. El Protocolo de 1996 relativo al Convenio de 1972 sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias incluye ahora una disposición modificada y un anexo, así como nuevas directrices en materia de lucha contra el vertido de desechos y otras materias. En la medida en que la «fertilización del océano con hierro» y el «aumento de la alcalinidad de los océanos» impliquen verter sustancias en los océanos, la Convención y el Protocolo son pertinentes.

95. El proyecto de directriz no tiene en absoluto la intención de reprimir la innovación y el avance científico. Los principios 7 y 9 de la Declaración de Río subrayan

la importancia de las tecnologías nuevas e innovadoras y de la cooperación en este ámbito. Así pues, el proyecto de directriz 7 no tiene por objeto prohibir estas actividades, si bien los Estados pueden convenir en hacerlo, y se limita a enunciar el principio según el cual estas actividades deben llevarse a cabo con prudencia y cautela. La expresión «con prudencia y cautela» tiene su origen en las resoluciones dictadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en las causas *Atún de aleta azul (Nueva Zelanda c. Japón; Australia c. Japón)* (párr. 77), *Planta MOX (Irlanda c. Reino Unido)* (párr. 84) y *Reclamación de tierras en los estrechos de Johor y alrededores (Malasia c. Singapur)* (párr. 99). El proyecto de directriz está redactado en forma de exhortación y trata de promover la elaboración de normas que regulen estas actividades en el marco de los regímenes aplicables en los distintos ámbitos relacionados con la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

96. Cabe señalar además que el proyecto de directriz fija un umbral importante para estas actividades: deben tener por objeto una modificación «deliberada» y deben ser llevadas a cabo «a gran escala».

97. El proyecto de directriz concluye con las palabras «de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables». Hubo debate en el Comité de Redacción sobre si, como proponía en un principio el Relator Especial, la fórmula «y de conformidad con el derecho internacional vigente» tenía su lugar en una directriz con valor de exhortación. Hay quien propuso suprimirla. En su formulación actual, la primera parte del proyecto de directriz acaba con una coma y debe entenderse «de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables». Se entiende que el derecho internacional sigue siendo aplicable en relación con este proyecto de directriz.

98. El texto inicialmente propuesto por el Relator Especial utilizaba las palabras «de forma [...] transparente», pero el Comité de Redacción optó por tratar esta cuestión en el comentario. Asimismo, dado que la evaluación del impacto ambiental es el objeto del proyecto de directriz 4, decidió suprimir la segunda frase del proyecto de directriz propuesto por el Relator Especial, que disponía que las actividades en cuestión requerían la realización de evaluaciones del impacto ambiental, y abordar la cuestión en el comentario.

99. El título del proyecto de directriz 7 es «Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera» y no «Modificación de la atmósfera», título de una propuesta remitida anteriormente al Comité de Redacción. Pretende poner de relieve que el proyecto de directriz únicamente se refiere a las modificaciones deliberadas a gran escala de la atmósfera.

100. Para concluir, el orador espera que la Comisión pueda aprobar provisionalmente los proyectos de directriz y el párrafo del preámbulo que ha presentado.

*Se levanta la sesión a las 18.10 horas.*

## 3315ª SESIÓN

*Martes 5 de julio de 2016, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

*Más tarde:* Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

*Miembros presentes:* Sr. Cafilisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

### ***Ius cogens (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. H, A/CN.4/693)***

[Tema 10 del programa]

#### PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del primer informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/693).

2. El Sr. HASSOUNA agradece al Relator Especial su informe claro y bien estructurado, cuyo objetivo es determinar el alcance del tema y la naturaleza general de las normas de *ius cogens*. Aunque muchos Estados presentes en la Sexta Comisión apoyaron la inclusión del tema «*Ius cogens*» en el programa de la Comisión, otros continúan expresando reservas. Incluso entre los Estados que apoyaron su inclusión, sigue habiendo diferencias con respecto a la manera de abordar el tema y las bases en que sustentar la labor al respecto. Por consiguiente, el Relator Especial debe tener en cuenta esa divergencia de opiniones y abordar el tema con gran cautela. El objetivo último del Relator Especial es aclarar el concepto de *ius cogens* desde la perspectiva del derecho internacional, presentando formulaciones concretas aceptables tanto para los miembros de la Comisión como para los miembros de la Sexta Comisión.

3. En cuanto a la determinación de las normas de *ius cogens*, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que no es necesario apartarse del método habitual de trabajo de la Comisión, que consiste en tomar en consideración diversas fuentes y material de manera integrada. Durante el debate celebrado en la Sexta Comisión sobre el tema, algunos Estados sostuvieron que el examen del tema debía basarse en la práctica judicial, en particular en la de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros señalaron que también debía basarse en la práctica pertinente de los Estados. Esas dos fuentes no son mutuamente excluyentes. La Comisión debe tomar en consideración la práctica de los Estados, la jurisprudencia, la doctrina y otras fuentes pertinentes; el peso que se debe otorgar a dichas fuentes se determinará en función del material objeto de examen.