

66. El Sr. KAMTO dice que la considerable labor de investigación llevada a cabo por la actual Relatora Especial será sin duda de gran utilidad para el próximo Relator Especial sobre el tema. No obstante, al igual que los Sres. Forteau, Park y Šturma, el orador expresa su asombro por la aparente amplitud del alcance del tema, hasta el punto de abarcar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los acuerdos de inversión, la protección del patrimonio cultural y el tipo de armas utilizadas en los conflictos armados. La división del tema en tres fases de igual importancia puede ser en parte la responsable de esa situación, dado que no se han marcado límites temporales estrictos para la primera y la última etapa. La primera fase debería limitarse a acontecimientos ligados estrechamente y de manera inmediata al inicio del conflicto armado, ya que de lo contrario se prestaría demasiada atención a la prevención de los daños al medio ambiente, un tema bastante diferente que tal vez requiera un examen por separado. Del mismo modo, la tercera fase debería circunscribirse a la repercusión directa de los conflictos armados en el medio ambiente. Ya se ha abordado la cuestión de los restos de naufragios en otros instrumentos jurídicos.

67. En segundo lugar, el paso de la protección del medio ambiente a la protección de los derechos humanos altera considerablemente el alcance y la naturaleza de las normas y los principios que se formulan. Nadie se opone a la protección de los pueblos indígenas pero, a los efectos del tema que aquí se examina, en el proyecto de principio IV-1 la Comisión no debería centrarse en sus derechos, sino en la especial protección de su entorno.

68. El orador suscribe la opinión de algunos oradores que lo han precedido según los cuales varios de los proyectos de principio no se basan en el razonamiento desarrollado en el informe y gran parte de la jurisprudencia citada no guarda relación con el tema. Los análisis del informe no avalan el proyecto de principio I-1, que además tiene una formulación demasiado amplia. El orador se pregunta por qué falta el proyecto de principio I-2. Al no sentar las bases del proyecto de principio I-3, la Relatora Especial da la impresión de que el texto expresa más un deseo personal que un principio emanado de la práctica o de los instrumentos internacionales vigentes. Y lo mismo se puede afirmar de los proyectos de principio I-4 y III-1. Este último no distingue entre conflictos armados internacionales y no internacionales. En la práctica, la alusión a la «restauración y protección del medio ambiente dañado por el conflicto armado» puede no representar más que deseos inalcanzables, puesto que cuesta imaginarse qué pueden hacer grupos armados nacionales que han participado en el conflicto para cumplir esa disposición. La formulación del proyecto de principio III-3 es muy vaga. El primer párrafo no especifica quién va a llevar a cabo las actividades en cuestión y no es realista exigir que se limpien, retiren y destruyan todas las minas sin demora. El segundo párrafo hace alusión a «las partes», presumiblemente las partes en el conflicto armado, en otras palabras, los Estados partes en un conflicto armado, lo cual quiere decir que excluye los conflictos armados no internacionales, a pesar de que constituyen la mayoría de los conflictos armados actuales.

69. El orador está a favor de que se remitan los proyectos de principio, salvo los proyectos de principio I-1, I-3, I-4, III-1 y III-3, al Comité de Redacción.

70. Durante diez años, ha admirado la elegancia mental de la Relatora Especial y su tenacidad para tratar de avanzar en temas relacionados con los derechos de la mujer y los derechos de determinadas categorías de personas vulnerables. Le desea el mayor de los éxitos en el futuro.

71. El Sr. CANDIOTI desea dar las gracias a la Relatora Especial por su tercer informe, que analiza en detalle muchos aspectos de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, al tiempo que proporciona abundante información sobre la práctica de los Estados, el derecho convencional, la jurisprudencia internacional y nacional y la *opinio iuris*, así como una bibliografía muy útil. La Relatora Especial ha adoptado un enfoque sumamente profesional ante un tema de extrema dificultad. Ha realizado una contribución muy valiosa al examen del tema que hace la Comisión y ha facilitado gran cantidad de material sobre el que es necesario que la comunidad internacional siga trabajando urgentemente. Su planteamiento de tres fases ha sido acertado. Todas las normas y recomendaciones que figuran en los proyectos de principio propuestos en su tercer informe promoverán el desarrollo del tema. El orador está convencido de que el Comité de Redacción prestará la debida atención a las diversas sugerencias formuladas con miras a mejorar la formulación.

72. El uso del término «principio» no resta importancia a las propuestas de la Relatora Especial. No obstante, la Comisión debe velar por que la forma final de las disposiciones se ajuste a su contenido. No debe confundir principios, en otras palabras, normas o estándares básicos y generales para la codificación o el desarrollo progresivo del derecho internacional, con recomendaciones de comportamientos aconsejables o deseables.

73. La Comisión ha recibido de la Asamblea General el mandato de codificar y desarrollar progresivamente el derecho relativo a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por ello, debe seguir adelante con la buena labor realizada hasta el momento a fin de cumplir con ese mandato.

74. Por último, el orador desea felicitar a la Relatora Especial por su compromiso con el estado de derecho en la comunidad internacional. También le desea el mayor de los éxitos en el futuro.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3322ª SESIÓN

Lunes 18 de julio de 2016, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caffisch, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nolte, Sr. Park,

Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, 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 los miembros de la Comisión a reanudar el examen del primer informe sobre el *ius cogens* (A/CN.4/693).

2. El Sr. PETRIČ felicita al Relator Especial por su excelente informe y su exposición oral sobre el *ius cogens*, tema importante y estimulante en el plano teórico. El informe contiene un interesante resumen de los principales puntos de vista y opiniones opuestos, pasados y actuales, que suscita el *ius cogens*, y un análisis detallado de la naturaleza jurídica del concepto y de las controversias en torno a su fundamento teórico, así como tres proyectos de conclusión. El orador recalca que suscribe el enfoque del Relator Especial y comparte la mayoría de las opiniones recogidas en su informe. Si bien coincide en que los trabajos tienen por objeto determinar el *ius cogens* y sus efectos, y no poner fin a las controversias teóricas, considera que la Comisión solo podrá comprender verdaderamente el papel del *ius cogens* en la comunidad internacional contemporánea y dar cuerpo a la definición enunciada en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) si analiza su naturaleza, su carácter imperativo, su posición jerárquica en el derecho internacional y otros aspectos teóricos diversos. Por ello, el orador celebra el proceder ambicioso del Relator Especial, que no obvió la cuestión espinosa del fundamento teórico del *ius cogens*.

3. Al aprobar el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, los Estados aceptaron que, en materia de celebración de tratados, su voluntad quedara limitada por el *ius cogens*. No obstante, esta Convención no responde la pregunta de cuáles son, en derecho internacional, las normas que forman parte del *ius cogens*, puesto que únicamente indica que una norma de *ius cogens* es una norma de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Así, pues, la existencia de un consentimiento expreso y general de la comunidad internacional de Estados parece ser una condición *sine qua non* para que una disposición, una norma jurídica o un principio jurídico adquiera el rango de *ius cogens*.

4. El orador suscribe el análisis y las conclusiones del Relator Especial por lo que respecta a la controversia sobre la función del consentimiento en la formación del *ius cogens* y agrega que el consentimiento de

la comunidad internacional de Estados en su conjunto remite *ipso facto* al consentimiento de la sociedad de personas, puesto que uno no podría ir sin el otro. Estima además que el Relator Especial acertó al incluir la protección de los valores entre los elementos básicos del *ius cogens*. Cuando se examinan las normas cuyo rango de *ius cogens* no admite duda alguna en la actualidad, como la prohibición del genocidio, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales o la prohibición de la tortura, la esclavitud o la piratería, dos elementos destacan claramente: estas normas son objeto de un reconocimiento general que va más allá del mero consenso de la comunidad de Estados y protegen valores esenciales relativos a la vida y la dignidad humanas, la paz y la seguridad.

5. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 dispone que una norma de *ius cogens* «no admite acuerdo en contrario», pero que dicha norma puede ser «modificada» por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El Relator Especial presta atención, con razón, a la diferencia entre modificación, derogación y abrogación en materia de normas de *ius cogens*, pero sería de agradecer que se dieran explicaciones adicionales al respecto. Si bien las normas de *ius cogens* son estables por naturaleza, porque protegen valores fundamentales que no evolucionan rápidamente, ello no significa que sean inmutables. Como toda norma jurídica, son el reflejo de la sociedad y protegen los valores imperantes en cada momento de la evolución de la comunidad internacional. Si bien la esclavitud, la tortura y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales eran aceptables en una época, ahora están prohibidos por normas de *ius cogens*.

6. En cuanto al informe propiamente dicho, el orador considera que el resumen del debate mantenido en el seno de la Sexta Comisión es fiel a la realidad y confirma, además de la aceptación general por los Estados del concepto de *ius cogens* y, por consiguiente, de la pertinencia del tema, que el alcance y el contenido del *ius cogens* siguen siendo confusos. El Relator Especial insiste en la división de opiniones con respecto a si la Comisión debe redactar una lista ilustrativa de normas que puedan ser calificadas de *ius cogens*, pregunta que divide también a la Comisión y sobre la cual el propio Relator Especial no se pronuncia. El orador es de aquellos que consideran que una lista ilustrativa sería útil e incluso necesaria. Existen normas cuyo rango de *ius cogens* cuenta claramente con el consenso general, como la prohibición del genocidio o de la tortura, por lo que no hay motivo para no incluirlas como tales en una lista. Tal y como se desprende claramente del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, las normas que no son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como *ius cogens* no pueden, evidentemente, formar parte de esta categoría. Esas normas que aún no forman parte del *ius cogens de lege lata* podrían ser normas de *ius cogens de lege ferenda*. Sin pretender elaborar una lista exhaustiva, la Comisión podría indicar las normas vigentes cuyo valor de *ius cogens* sea innegable en los comentarios, en las notas, en forma de lista o en un anexo, como ya hizo con la lista ilustrativa de tratados que siguen aplicándose durante un conflicto armado, que figura como anexo al proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos

* Reanudación de los trabajos de la 3317ª sesión.

armados en los tratados³⁷⁰. Se equivocaría si no hiciera uso de esa posibilidad, con mayor motivo teniendo en cuenta que la tarea no es en absoluto irrealizable. No se trata de que decida qué normas forman parte del *ius cogens* y qué normas no, sino de dar ejemplos de normas que, por lo general y con claridad, son aceptadas como *ius cogens* por la comunidad internacional en su conjunto y consideradas como tales por la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina.

7. El orador suscribe plenamente la posición expuesta por el Relator Especial en el párrafo 11 de su informe, donde se indica que las conclusiones deben reflejar la práctica contemporánea y la situación actual del derecho internacional en materia de *ius cogens*. No obstante, no se aprecia cómo podrá hacerlo el Relator Especial sin indicar al menos qué normas de derecho internacional ya forman parte del *ius cogens*. En cuanto al método, el orador comparte plenamente la recomendación del Relator Especial de que la Comisión siga la práctica habitual y examine los diferentes documentos y fuentes a su disposición. Aunque esté relativamente poco desarrollada, la práctica de los Estados constituye el elemento más importante para determinar la existencia y el contenido de una norma de *ius cogens*, puesto que la condición *sine qua non* para que una norma de derecho internacional tenga valor de *ius cogens* es que sea aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto. Los Estados tienen la obligación de aceptar y reconocer una norma como *ius cogens* desde el momento en que esta es generalmente reconocida como tal y protege un valor esencial, de modo que excluye toda posibilidad de derogación por medio de un acuerdo entre los Estados.

8. La historia de la evolución del *ius cogens* que figura en el informe resulta interesante y útil. Pone de manifiesto que la idea de que existen normas imperativas, es decir, normas que las partes o, en derecho internacional, los Estados no pueden derogar a su conveniencia, es antigua y arrastra siglos de historia. El orador está profundamente convencido de que en cada época rigen normas que no admiten derogación alguna, ni por voluntad del legislador ni, en el ámbito del derecho internacional, por la de los Estados. La existencia y el respeto de estas normas y principios son indispensables para el desarrollo de la sociedad humana y la protección del estado de derecho, la seguridad y el bienestar de la población. Si bien se puede discutir la naturaleza de estas normas fundamentales, no se puede cuestionar su existencia. Definir los criterios y los medios para determinar su contenido, esencialmente analizando la práctica de los Estados, es una labor importante que realiza la Comisión al acometer el examen del tema del *ius cogens*.

9. En los párrafos 28 a 42 de su informe, el Relator Especial detalla el proceso que llevó a incorporar una disposición sobre el *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969. El orador desea formular dos observaciones al respecto. Se desprende claramente de los párrafos 30 y 31 del informe que para Fitzmaurice, Waldock

y, posteriormente, McNair, el *ius cogens* abarca tanto normas como principios de derecho internacional. En realidad, la prohibición del uso de la fuerza, considerada norma de *ius cogens*, es un principio fundamental del derecho internacional. En la medida en que todo ordenamiento jurídico comprende principios fundamentales, quizás sea un error primar el uso de la palabra «normas» de *ius cogens* y excluir la palabra «principios», y puede que el Relator Especial quiera reflexionar sobre esta cuestión. Se infiere igualmente de los trabajos preparatorios del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 que las normas de *ius cogens* constituyen excepciones. Así, en el caso de que la Comisión elaborara una lista con estas normas, sería necesariamente corta.

10. En relación con la naturaleza jurídica del *ius cogens*, el orador suscribe plenamente la posición expuesta por el Relator Especial en el párrafo 42 de su informe, en el cual se indica que los trabajos de la Comisión deben basarse en una concepción sólida y práctica de la naturaleza del *ius cogens*, lo que supone estudiar algunos de sus fundamentos teóricos. El orador aprueba también la forma en que el Relator Especial define los elementos básicos del *ius cogens*, tomando como punto de partida el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y añadiéndole otros elementos, como la idea de que las normas de *ius cogens* sirven para proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional, desarrollada en los párrafos 70 y 71 del informe. Este criterio, relativo al contenido, y el del consentimiento, es decir, el hecho de que la norma debe ser reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, son dos condiciones indispensables para que una norma adquiera el rango de *ius cogens*.

11. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 establece sin ambigüedades que una norma de *ius cogens* es una norma de derecho internacional general. A las preguntas de si puede existir un *ius cogens* regional y de si la norma del objeto persistente puede aplicarse al *ius cogens*, el orador responde en principio con un «no» categórico, aunque no descarta la posibilidad de que estas preguntas sean examinadas ulteriormente, como prevé el Relator Especial.

12. En cuanto a la forma del resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema, un proyecto de conclusiones parece ser efectivamente lo más conveniente. Las conclusiones y sus correspondientes comentarios deben reflejar el derecho y la práctica vigentes en materia de normas de *ius cogens* e indicar los medios para determinar la existencia y el contenido de estas normas. Por lo que a los tres proyectos de conclusión se refiere, requieren diversas modificaciones que podrán ser introducidas por el Comité de Redacción. El proyecto de conclusión 2, en particular, debe ser reformulado y su primer párrafo desplazado, posiblemente, a los comentarios. En cuanto a su segundo párrafo, debe ser reubicado tras la definición del *ius cogens*, que debe recuperar la formulación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y los elementos del proyecto de conclusión 3, párrafo 2.

13. Por último, el orador aprueba el programa de trabajo, si bien excede el ámbito del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, porque este, cabe recordar, fue elaborado hace más de medio siglo. Apoya que se remitan

³⁷⁰ Véase el texto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101. Véase también la resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

los tres proyectos de conclusión al Comité de Redacción y espera que el texto de los proyectos de conclusión relativos al alcance y a la definición de las normas de *ius cogens* pueda ser redactado en el actual período de sesiones.

14. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe sobre el *ius cogens*, el cual, gracias a la profunda investigación que contiene y al cuidadoso análisis en el que se apoya, constituye una buena base para el inicio de las deliberaciones en la Comisión de este importante tema. En cuanto al alcance del tema, el orador recuerda que en la sinopsis se preveía el examen de cuatro cuestiones principales: la naturaleza del *ius cogens*, los requisitos para que una norma alcance el rango de *ius cogens*, una lista ilustrativa de normas que ya hayan adquirido esa condición y las consecuencias y los efectos del *ius cogens*. Si bien la Comisión trató aspectos relativos al *ius cogens* en el marco de sus trabajos anteriores sobre, entre otros temas, el derecho de los tratados³⁷¹, la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³⁷², la fragmentación del derecho internacional³⁷³, la responsabilidad de las organizaciones internacionales³⁷⁴ y la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados³⁷⁵, es la primera vez que la Comisión acomete el estudio del *ius cogens* como tema de modo específico. Es una gran oportunidad para que la Comisión busque dar un tratamiento lo más integral posible sin limitarse necesariamente a las cuatro cuestiones mencionadas. Como dijeron el Sr. Murase y otros miembros de la Comisión, el examen del tema debe ir más allá del derecho de los tratados y abarcar el derecho de la responsabilidad, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales, por hechos internacionalmente ilícitos, por lo que cabe suponer que el Relator Especial lo abordará en su informe sobre los efectos y las consecuencias del *ius cogens*. Efectivamente, cuando una norma es considerada de *ius cogens*, los derechos y obligaciones que contiene reciben una protección que se extiende más allá de la que dan las normas y los principios que no tienen ese carácter de normas imperativas, como en el caso del derecho de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. También se deberían estudiar las normas de *ius cogens* en relación con los actos unilaterales.

³⁷¹ Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 195 y ss., párr. 38.

³⁷² 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.

³⁷³ Véanse las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 195 a 202, párr. 251.

³⁷⁴ Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88. Véase también la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

³⁷⁵ Véase el texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte) y Corr.1, págs. 25 y ss. Véase también la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo.

15. En vista de cuanto se ha dicho, y dado de que en el contexto del tratamiento de otros temas la Comisión ha mencionado listas de ejemplos de normas de *ius cogens*, con mayor razón se debería hacer en el marco del examen del *ius cogens*. El contenido de algunas normas específicas de *ius cogens* puede, además, ofrecer información en cuanto a la caracterización de las normas de *ius cogens* en general. La Comisión debe acudir a todos los materiales y fuentes a su disposición: los tratados, la práctica de los Estados, la jurisprudencia nacional e internacional y la doctrina.

16. Ha habido un creciente desarrollo jurisprudencial en materia de *ius cogens* en los dos decenios anteriores, como en la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales y regionales. El Relator Especial hace referencia en su informe a numerosos casos de resoluciones, emitidas fundamentalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales se han identificado determinadas normas con el carácter de *ius cogens*, por ejemplo la prohibición de la desaparición forzada y el acceso a la justicia en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* o la prohibición de los crímenes de lesa humanidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. En su opinión consultiva OC-18/03 (*Condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Habrá que profundizar en el análisis de esta abundante jurisprudencia a medida que avance el examen de los elementos básicos de las normas de *ius cogens*.

17. En cuanto al método, la Comisión debe seguir los métodos de trabajo habituales y evitar regresar sobre los proyectos de conclusión que se adopten antes de la aprobación en primera lectura, a menos que fuese absolutamente necesario a fin de asegurar la coherencia debida en el conjunto del texto.

18. El primer capítulo del informe, dedicado a la evolución histórica del concepto de *ius cogens* y a las diferentes doctrinas jurídicas que han buscado explicar su fundamento, es muy instructivo y se basa en una amplia investigación, por la cual hay que felicitar al Relator Especial. El informe da cuenta de que, cuando se aprobó la Convención de Viena de 1969, la noción de normas imperativas de derecho internacional formaba ya parte del derecho internacional. En la actualidad, el *ius cogens* es sin lugar a dudas una figura jurídica consagrada y esencial del derecho internacional. Con el surgimiento de normas imperativas de derecho internacional general se va construyendo un orden público internacional que protege jurídicamente los valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. El contenido de los derechos y obligaciones que emanan de esas normas reviste una importancia suprema para la comunidad internacional, que les reconoce por ese motivo el carácter de normas imperativas que no admiten derogación.

19. En el marco de su análisis de la naturaleza del *ius cogens*, el Relator Especial presenta información

de interés sobre el debate doctrinal en torno al fundamento teórico del carácter imperativo del *ius cogens*, pero acertadamente señala que, a los efectos del tema, es innecesario resolver el debate teórico. No obstante, el orador no suscribe la conclusión que concibe el derecho internacional consuetudinario como fundado en el consentimiento, a la cual llega el Relator Especial tras analizar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que, a su juicio, parece en ocasiones «sustentarse en ideas positivas y fundadas en el consentimiento». En concreto, no puede coincidir con el Relator Especial cuando dice, refiriéndose al fallo dictado por la Corte en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, que «adoptó lo que bien podría interpretarse como un enfoque de la determinación del *ius cogens* fundado en el consentimiento, al menos en la medida en que el derecho internacional consuetudinario se considera fundado en el consentimiento», mientras que la Corte afirmó en dicho fallo que «[e]sa prohibición se fundamenta en una práctica internacional generalizada y en la *opinio iuris* de los Estados» (párrafo 99 del fallo). Aunque en las resoluciones citadas en el párrafo 55 y la nota la Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en el consentimiento como fundamento del carácter imperativo de determinadas normas, ello no permite llegar a la conclusión de que el consentimiento sea efectivamente el fundamento del *ius cogens*.

20. Hay que recordar que, como ha señalado la propia Corte Internacional de Justicia, las normas de derecho internacional consuetudinario nacen de una práctica general aceptada como derecho, es decir, una práctica general acompañada del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho. Así se concibe también en la definición que hacen los proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobados por la Comisión en primera lectura³⁷⁶.

21. Las normas de *ius cogens* son fundamentalmente normas de derecho internacional consuetudinario que se imponen a todos los sujetos de derecho internacional, ya sean Estados u organizaciones internacionales. Estas normas pueden estar recogidas en tratados, como la prohibición del uso de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas, pero es su consolidación o cristalización como normas de derecho internacional consuetudinario, con anterioridad o posterioridad a la adopción del tratado, lo que las convierte en normas imperativas de derecho internacional general. Como ha confirmado la Comisión, un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario, puede estar en el origen de una norma consuetudinaria al llevarla a su cristalización o puede dar origen a una práctica general aceptada como derecho y generar así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Las normas de derecho internacional consuetudinario pueden figurar en tratados ratificados universalmente o casi universalmente, en cuyo caso coexistirán la norma consuetudinaria y la convencional.

³⁷⁶ 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).

22. Dicho esto, una norma de *ius cogens* no es una norma ordinaria de derecho internacional consuetudinario. La existencia de una práctica general de los Estados aceptada como derecho no es suficiente; hace falta, además, el convencimiento de que existe una obligación jurídica o un derecho, de que dicha obligación o derecho tiene el carácter de imperativo y de que no está sujeto a derogación. Dicho de otra manera, se trata de una práctica general acompañada de lo que se podría denominar una *opinio iuris cogens*.

23. Hay que recordar además que los principios generales del derecho enunciados en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son otra fuente principal del derecho internacional. Forman también parte como tal del derecho internacional general. En este sentido, los trabajos que el Relator Especial prevé llevar a cabo en torno a la cuestión de si los principios generales del derecho pueden ser también una fuente de *ius cogens* revisten gran importancia. Sería por otra parte bueno que la Comisión abordara de forma autónoma el tema de los principios generales del derecho como fuente de derecho internacional a fin de aclarar su naturaleza, su alcance y la forma de determinar su contenido.

24. En cuanto a los elementos básicos del *ius cogens*, el orador concuerda de manera general con la aproximación del Relator Especial y espera que dichos elementos, en particular la inderogabilidad y el requisito de que la norma sea «aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto», sean analizados en profundidad en su próximo informe. Con respecto al segundo aspecto mencionado, el orador se limita a señalar, al igual que el Sr. Cafilisch, que los términos «aceptada y reconocida» no son sinónimos de «consentimiento».

25. La norma enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 según la cual una norma de *ius cogens* solo puede ser modificada por una norma del mismo carácter quiere decir que una norma de *ius cogens* solo podrá ser modificada por otra norma de *ius cogens*, es decir, por otra norma que proteja valores fundamentales de la comunidad internacional y que reúna todos los elementos de una norma imperativa de derecho internacional general.

26. El orador concuerda plenamente con lo señalado por el Sr. Cafilisch en el sentido de que las normas de *ius cogens*, por su propia naturaleza, no admiten la figura del objeto persistente. No cabe concebir, por ejemplo, que un Estado pueda sustraerse de la prohibición del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad por oponerse de manera persistente, puesto que con ello se le estaría permitiendo socavar los valores fundamentales y los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto sin consecuencia jurídica alguna.

27. Asimismo, las normas sobre la responsabilidad del Estado y de las organizaciones por hechos internacionalmente ilícitos prevén consecuencias especiales para la violación de normas de *ius cogens*, como el no reconocimiento por los Estados de situaciones creadas por tales violaciones, y la obligación de los Estados de cooperar para poner fin a las violaciones en cuestión.

28. En relación con los proyectos de conclusión, el orador dice que cabe preguntarse, tras la lectura del proyecto de conclusión 1, relativo al alcance del tema, si algunos aspectos sustantivos como la naturaleza jurídica del *ius cogens* y su contenido, que no son mencionados expresamente, están igualmente comprendidos en el examen del tema, y propone modificar el texto para que reze: «El presente proyecto de conclusiones se refiere a las normas de *ius cogens*, a su naturaleza y efectos jurídicos, así como la forma en que se deben determinar».

29. Tal como está redactado, el proyecto de conclusión 2, párrafo 1, genera una serie de confusiones en lugar de proporcionar aclaraciones. En primer lugar, solo habla de Estados y no de otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales. Además, la noción de *ius dispositivum*, usualmente utilizada en el derecho interno para diferenciar el derecho privado del derecho público, puede aplicarse también a normas de derecho internacional modificadas mediante tratados, pero no puede remitir a normas de derecho internacional modificadas mediante nuevas normas de derecho internacional consuetudinario. Por último, el texto parece concebir el derecho internacional consuetudinario como un acuerdo, lo cual no es correcto, como ya hizo notar el Sr. Nolte. La teoría del derecho internacional consuetudinario como un acuerdo tácito, vigente hasta principios del siglo XX, ha sido superada hace ya mucho tiempo. Las normas de derecho internacional consuetudinario nacen de una práctica general aceptada como derecho, es decir, de una práctica general acompañada del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho. Quizás valdría más la pena, como ya se propuso, integrar en los comentarios, debidamente aclarados, los elementos que figuran en el proyecto de conclusión 2, párrafo 1.

30. El contenido reformulado del proyecto de conclusión 2, párrafo 2, podría ser incorporado como parte del proyecto de conclusión 3, que trata de definir el *ius cogens* y ofrecer elementos sobre su naturaleza jurídica. Sería preferible, en el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, pegarse más al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La Comisión debe reflexionar en torno a la posibilidad de utilizar la expresión «comunidad internacional en su conjunto», sin la referencia expresa a los Estados, ya que también forman parte de la comunidad internacional otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales, cuya práctica también puede contribuir, en determinadas circunstancias, a la creación de normas de derecho internacional consuetudinario. Cabe señalar que esta expresión es de uso corriente en artículos, comentarios y otros textos aprobados por la Comisión.

31. El proyecto de conclusión 3 no debe limitarse a repetir lo que está contenido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sino que debe ahondar en la naturaleza jurídica de la figura del *ius cogens*. En este sentido, el párrafo 2 contiene dos importantes elementos, a saber, que las normas de *ius cogens* protegen valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto y que tienen una jerarquía superior en relación con otras normas de derecho internacional, ambos expresamente reconocidos por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija* con respecto a la prohibición de la tortura.

32. La Comisión ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la jerarquía superior de las normas de *ius cogens* en 2006, en el marco de su examen de la fragmentación del derecho internacional, en cuyas conclusiones afirmó, con respecto a la relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas, que «[u]na norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional»³⁷⁷.

33. Finalmente, a diferencia de los miembros de la Comisión que consideran que no hay que excluir la posibilidad de la existencia de un *ius cogens* regional, el orador estima que, si bien puede haber regímenes normativos regionales que prevean algunas normas con carácter imperativo, normalmente en virtud de tratados, ello no se enmarca en la definición misma de *ius cogens* como parte del derecho internacional general y no debe ser examinado a los efectos del tema, ya que se correría el riesgo de ampliar excesivamente el alcance de los trabajos. Otro aspecto que sí debe ser tratado en futuros informes es la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. El orador apoya que se envíen los proyectos de conclusión 1 y 3 y el proyecto de conclusión 2, párrafo 2, al Comité de Redacción.

34. El Sr. KOLODKIN dice que el primer informe sobre el *ius cogens*, de gran interés y bien documentado, ya augura que los trabajos de la Comisión sobre este tema particularmente complejo se saldarán con un gran éxito. El Relator Especial adoptó el enfoque acertado al presentar en su informe los principales elementos teóricos del *ius cogens* y abstenerse de entrar en polémicas sin fin sobre la naturaleza del derecho, en general, y de las normas imperativas de derecho internacional, en particular. Es en efecto poco probable que los miembros de la Comisión, que mantienen en este sentido puntos de vista diferentes, se avengan a cambiarlos en el transcurso del debate.

35. En cuanto al resultado de los trabajos de la Comisión, el orador coincide con el Relator Especial en que debe adoptar la forma de conclusiones. Estas conclusiones, no vinculantes, serían en efecto muy útiles para los profesionales a la hora de resolver problemas relacionados con la determinación del derecho aplicable, a los que deben y deberán inevitablemente hacer frente. Para que sean lo más útiles posible, hay que elaborar una lista ilustrativa de normas imperativas de derecho internacional. Cuando se planteó esta cuestión hace 50 años en el marco de los trabajos sobre el derecho de los tratados, la Comisión descartó esta opción. No obstante, por entonces no hacía sino empezar a elaborar disposiciones relativas a las normas de *ius cogens* que posteriormente pasaron a formar parte integral del derecho internacional. Aún no existían la Convención de Viena de 1969 ni la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, y tampoco se había elaborado el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que incluye disposiciones sobre las normas imperativas. Tampoco había

³⁷⁷ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 200 (conclusión 32).

jurisprudencia nacional o internacional ni resoluciones de organizaciones internacionales que remitieran a las normas de *ius cogens*. En cuanto a la comunidad internacional, aún no tenía el firme convencimiento de que existieran algunas normas fundamentales inderogables. Habida cuenta de todo ello, ¿debe la Comisión proceder como si nada hubiera cambiado en estos cincuenta años y optar una vez más por no redactar una lista ilustrativa de normas imperativas de derecho internacional dirigida a los Estados? El orador considera que esa lista ilustrativa sería muy útil y supondría un hito importante, porque permitiría a los tribunales nacionales fundamentar sus decisiones en materia de determinación de esas normas. No obstante, hay que constatar que no existe consenso en torno a esta cuestión en el seno de la Comisión, que deberá volver a examinarla posteriormente.

36. El orador señala que en el informe figuran diversos ejemplos de resoluciones de tribunales nacionales y regionales que se refieren al *ius cogens* y desea citar algunos ejemplos de decisiones emitidas por tribunales de su región y su país de origen. En 2003, el Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, en una resolución del Pleno, dio a los jueces de los tribunales inferiores indicaciones sobre el modo de aplicar los principios de derecho internacional universalmente reconocidos, que forman parte integral del derecho interno, de conformidad con la Constitución de la Federación de Rusia. De este modo, afirmó que dichos principios, entre los cuales figuraban el principio del respeto universal por los derechos humanos y el de cumplimiento de buena fe de los compromisos adquiridos en el plano internacional, debían ser considerados normas imperativas fundamentales de derecho internacional, reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto y que no admitían derogación alguna.

37. En una resolución de 2003 relativa a una empresa dedicada a la minería del carbón en la región de Kuzbáss, el Tribunal de la Comunidad Económica Euroasiática, posteriormente convertida en la Unión Económica Euroasiática, evocó el carácter imperativo del principio *pacta sunt servanda* y subrayó que los actos y las acciones contrarias o incompatibles con una resolución judicial eran nulas de pleno derecho. Cabe señalar además que en 2015 el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, en una resolución relativa a la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y sus Protocolos, indicó que el principio de igualdad soberana de los Estados, el respeto por los derechos inherentes a la soberanía del Estado y el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados formaban parte de la categoría de normas imperativas de *ius cogens*.

38. Todas estas decisiones están llenas de enseñanzas porque reflejan la posición de jueces formados según la doctrina soviética y rusa del derecho internacional, esta última inspirada en gran medida en aquella. Según esta doctrina y la práctica judicial en la cual se basa, las normas imperativas son ante todo principios fundamentales del derecho internacional, si bien cabe señalar que este enfoque ha sido matizado con el tiempo. En cualquier caso, el orador observa que precisamente estas opiniones

sobre las normas de *ius cogens*, que inspiraron la posición de la delegación de la Unión Soviética y de otras repúblicas federadas de la Unión Soviética en aquel momento, tuvieron un papel importante en la introducción de una disposición relativa a las normas de *ius cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En ese sentido, el orador desea señalar a la atención de los miembros que, en el párrafo 40 de su informe, el Relator Especial afirma que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados aprobó como artículo 53 una versión ligeramente modificada del texto de la Comisión (artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados³⁷⁸). Ahora bien, cabe preguntarse si se trata de una descripción precisa de las diferencias entre ambos textos, puesto que algunos autores han considerado que estas diferencias eran en realidad sustanciales. Como se sabe, el artículo 53 fue dividido en dos frases, y hoy día se considera que la segunda frase enuncia la definición de las normas de *ius cogens*, es decir, normas aceptadas y reconocidas como tales por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. Este aspecto reviste crucial importancia porque de esta forma el concepto mismo de «comunidad internacional en su conjunto» queda establecido en derecho. Como la Comisión destaca en el párrafo 2 del comentario al artículo 64 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, «lo que da a una norma de *ius cogens* su carácter imperativo es el hecho de estar “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” como dotada de este efecto»³⁷⁹.

39. En relación con el alcance del tema, el orador cree entender que el Relator Especial tiene la intención de estudiar la cuestión del *ius cogens* en derecho internacional en general y no únicamente en relación con el derecho de los tratados, lo que lo llevará necesariamente a examinar, entre otras cuestiones, la relación entre las normas de *ius cogens* y las normas de derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho, las obligaciones *erga omnes*, las resoluciones de los organismos internacionales y los actos unilaterales de los Estados. Al respecto, el orador desearía formular algunas observaciones sobre el concepto de derogación que le parecen importantes dadas las características de las normas de *ius cogens*. Se considera por regla general en la actualidad que una de las principales características de las normas imperativas es la imposibilidad de derogarlas, pero cabe señalar que también resulta imposible derogar las obligaciones *erga omnes* por su naturaleza. La inderogabilidad es, por tanto, una característica tanto de las normas imperativas como de las normas y obligaciones *erga omnes*. No obstante, las normas imperativas se distinguen de las otras normas de derecho internacional por el hecho de que las derogaciones de este tipo de normas se saldan con la invalidez o la nulidad del acto de derogación, cosa que no sucede en las derogaciones de las obligaciones *erga omnes*, que se saldan con el nacimiento de la responsabilidad internacional pero no comportan la nulidad del acto de derogación, siempre que, evidentemente, dicha obligación *erga omnes* no sea al mismo tiempo una norma imperativa de derecho internacional.

³⁷⁸ Anuario... 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 202.

³⁷⁹ Anuario... 1982, vol. II (segunda parte), pág. 67.

40. En líneas generales, las normas de derecho internacional autorizan un comportamiento, confieren un derecho o prescriben un acto o una acción. Las normas imperativas son ante todo normas prescriptivas, cuya derogación cabe imaginar, pero ¿cómo concebir la derogación de una norma imperativa que autorice un determinado comportamiento?

41. Se indica en reiteradas ocasiones a lo largo del informe que algunos aspectos del tema serán abordados ulteriormente. Si bien hubiera sido preferible comenzar a redactar proyectos de texto después de haber examinado los principales aspectos del *ius cogens*, el Relator Especial optó por proponer tres y el orador no tiene en principio objeción a que se remitan los proyectos de conclusión 1 y 3 al Comité de Redacción. No obstante, el proyecto de conclusión 3 requiere importantes modificaciones, y el orador coincide en que la definición de las normas de *ius cogens* enunciada en el párrafo 1 no debe apartarse demasiado de la que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Asimismo, la primera frase de este artículo, relativa al efecto de nulidad que tienen las normas de *ius cogens*, está estrechamente vinculada a la definición de dichas normas, aunque se suela considerar que no forma parte de esta. A juicio del orador, tiene una doble función: precisar los efectos jurídicos de las normas imperativas y describir sus principales características. Si bien incide en el derecho de los tratados, afecta esencialmente a la relación entre las normas imperativas y otras fuentes del derecho internacional. Por ello, sería preferible que figurara en la definición propuesta en el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, aunque este aspecto aún no se haya examinado. Por último, el orador estima que sería prematuro remitir el proyecto de conclusión 2 al Comité de Redacción y comparte las críticas vertidas por los miembros para quienes las disposiciones de dicho proyecto de texto podrían figurar en un comentario.

42. El Sr. ŠTURMA da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe sobre el *ius cogens* que, como debe ser, tiene carácter introductorio y se centra en gran medida en las cuestiones de método y en la evolución histórica del concepto de *ius cogens*, lo que es de agradecer, particularmente habida cuenta de la complejidad del tema y su carácter teórico. Si bien está aceptado que el concepto de *ius cogens* forma parte del derecho internacional positivo, los criterios para determinar la existencia y el contenido de estas normas siguen pres-tándose a la controversia. Parece que el debate entre iusnaturalistas y positivistas en torno a la naturaleza del *ius cogens* no conoce fin. Aunque la teoría basada en el derecho natural ha ejercido históricamente un papel determinante en la promoción de este concepto, en la actualidad existen elementos nuevos suficientes en derecho internacional contemporáneo como para poder determinar los elementos del *ius cogens* y sus consecuencias en derecho positivo. El orador coincide con el Relator Especial en que no hay ninguna teoría del *ius cogens* basada en el derecho natural, como tampoco hay una teoría del *ius cogens* basada en el derecho positivo, sino que hay teorías iusnaturalistas y teorías positivistas que pueden compatibilizarse. Martii Koskenniemi, por ejemplo, considera que la interacción entre el derecho natural y el derecho positivo es lo que mejor explica el carácter vinculante e imperativo del *ius cogens*. En

cambio, a juicio del orador, es más bien la articulación entre el contenido del *ius cogens* y su forma lo esencial en esta cuestión, puesto que las condiciones de fondo y de forma deben concurrir para que se esté ante una verdadera norma de *ius cogens*. Difícilmente se puede negar que las normas imperativas (al menos en el sentido del artículo 53, punto de partida obligado de los trabajos sobre el tema) protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. No obstante, estos valores fundacionales no bastan para establecer la existencia de una norma de *ius cogens*. El positivismo moderno, a diferencia del iusnaturalismo, considera que no hay vínculo directo e inmediato entre estos valores y las normas imperativas, y que a estos valores se les debe atribuir una forma jurídica derivada del consentimiento de los Estados, o de su práctica, y de la *opinio iuris*.

43. En otras palabras, el *ius cogens* es también una técnica jurídica que tiene por objeto evitar la fragmentación de determinadas normas internacionales, pero, para el orador, no se puede reducir a eso. Puede ayudar a distinguir las normas imperativas (como la prohibición del genocidio, de la tortura y del uso de la fuerza), en ocasiones denominadas normas de orden público, de otras técnicas jurídicas que prevén el carácter vinculante o no vinculante de otras normas, o simplemente su aplicación prioritaria. Puede que resulte imposible derogar estas otras normas por razones de utilidad pública o de lógica y en este sentido cabe pensar en la norma de la inviolabilidad de las misiones y de los representantes diplomáticos, igualmente enunciada en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, o en el principio *pacta sunt servanda*.

44. El orador respalda el planteamiento adoptado por el Relator Especial, que consiste en partir de la definición o de la naturaleza general de las normas de *ius cogens* para tratar en los informes futuros la cuestión de las fuentes del *ius cogens* y la de la determinación de las normas de *ius cogens* y sus consecuencias. Habida cuenta de ello, no entiende por qué algunos miembros consideraron que el alcance del tema se limitaba al derecho de los tratados. El primer instrumento de derecho positivo que reconoce expresamente la existencia de normas de *ius cogens* fue la Convención de Viena de 1969 (más concretamente sus artículos 53 y 64), por lo que los elementos que contiene deben ser el punto de partida de los trabajos sobre el tema. Cabe esperar que, cuando examine las consecuencias del *ius cogens*, la Comisión se interese también por las normas relativas a la responsabilidad del Estado y otras ramas del derecho internacional.

45. El orador aboga por que se elabore una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, aunque esto pueda plantear algunos problemas, o bien que, como mínimo, se den ejemplos de estas normas en el anexo del proyecto de conclusiones, ello por diversas razones de índole metodológica y práctica. En primer lugar, parece difícil llegar a determinar cuáles son las verdaderas normas imperativas si la Comisión no pone ningún ejemplo de normas de *ius cogens*. Asimismo, los rasgos generales o los criterios del *ius cogens* deben estar fundamentados por lo menos por algunos ejemplos de normas que formen parte de dicha categoría. Por último, esta lista necesariamente parcial ofrecerá indicaciones teóricas y prácticas y no impedirá

el desarrollo futuro de nuevas normas. Servirá también como señal de alerta en caso de afirmación injustificada, por parte de algunos autores que basan su enfoque en el derecho natural, del carácter imperativo de normas que en realidad no hayan alcanzado aún ese rango.

46. En relación con el proyecto de conclusión 1, relativo al alcance, el orador es partidario de que las conclusiones se ocupen de la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas. El orador no considera dogma de fe el uso de la palabra «*règle*» en lugar de «*norme*» en la versión en francés del texto, pero señala que, mientras que algunos miembros de lengua inglesa se inclinan por la primera, es la segunda la que se utiliza en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En cualquier caso, la Comisión debe hacer gala de coherencia y emplear la misma palabra en el conjunto del proyecto de conclusiones, salvo que haya razones válidas que justifiquen usar una u otra.

47. El orden de los proyectos de conclusión 2 y 3 debe ser invertido. El actual proyecto de conclusión 3, relativo a la naturaleza general de las normas de *ius cogens*, enuncia en realidad una definición, mientras que el proyecto de conclusión 2 se ocupa de un elemento de la definición de las normas de *ius cogens* según el cual estas, a diferencia del *ius dispositivum*, no permiten ninguna derogación, salvo por normas que tengan el mismo carácter. En cuanto a la armonización de la formulación de ambos proyectos de conclusión, el orador señala que las palabras «modificación, derogación o abrogación» se alejan de la definición del artículo 53. Nada impide proceder así, a condición, no obstante, de que se justifique esa decisión. El proyecto de conclusión 3, párrafo 1, que retoma los elementos que figuran en el artículo 53, no plantea ningún problema especial, salvo que repite en parte lo que ya se dice en el proyecto de conclusión 2. El párrafo 2 de este proyecto de texto es el que, a juzgar por las observaciones formuladas hasta el momento, plantea más problemas. Si bien aprueba los tres elementos que figuran en este párrafo, que son, en su opinión, de particular importancia, el orador estima que podrían desplazarse a otra conclusión avalada por un análisis en mayor profundidad. En cuanto a la afirmación de que las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, el orador ya ha dicho que la suscribía plenamente, pero este aspecto puede estar vinculado al examen de las diferentes teorías relativas a las normas que no admiten derogación alguna. La cuestión de la jerarquía es sumamente importante, pero hay que precisar sus particularidades tratándose de *ius cogens*, ámbito en el que se deriva de la nulidad de los tratados contrarios a una norma imperativa, lo que la distingue de otros tipos de jerarquía en derecho internacional, por ejemplo la que establece el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Por último, el orador apoya el último elemento del párrafo 2 relativo a las normas de *ius cogens*, a saber, su carácter universal, pero considera que hay que estudiar en mayor medida la cuestión de la existencia de normas regionales de *ius cogens*, uno de cuyos ejemplos más emblemáticos es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, presentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un instrumento de orden público europeo. Este aspecto podría ser estudiado desde

el prisma de la relación entre el *ius cogens* y las cláusulas de inderogabilidad previstas por los tratados de derechos humanos. Probablemente se llegue a la conclusión de que las normas imperativas en el sentido del artículo 53 y del proyecto de conclusiones examinado deben ser de aplicación universal, pero merecerá la pena porque fundamentará sólidamente esta afirmación. Para concluir, el orador aprueba la remisión del conjunto de los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción.

48. El Sr. HMOUD da las gracias al Relator Especial por su primer informe sobre el *ius cogens*. El informe, de lectura placentera y bien documentado, se basa en una gran cantidad de elementos y en un análisis muy profundo de la evolución histórica del concepto de *ius cogens*, de sus fundamentos teóricos y de sus principales características. El Relator Especial indica claramente cómo tiene previsto avanzar en sus trabajos y llevarlos a cabo. Ha adoptado un planteamiento prudente y flexible y se ha abstenido de extraer conclusiones predeterminadas sobre el contenido del resultado final, algo por lo que cabe felicitarlo. Se desprende claramente de su exposición que el resultado de los trabajos de la Comisión debe ser una obra colectiva que refleje la situación del derecho y la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Aunque su alcance sea limitado (la determinación de las normas de *ius cogens* y de los efectos de dichas normas), el tema plantea una serie de dificultades que van desde la determinación de sus fundamentos teóricos y su ubicación en la arquitectura jurídica internacional hasta el examen de las incidencias de las políticas jurídicas y la vía para evitar consecuencias indeseadas. En estas condiciones, hay que celebrar una vez más que el Relator Especial haya optado por un planteamiento prudente y flexible, gracias al cual los trabajos de la Comisión contribuirán a una mejor comprensión por parte de los Estados y de la comunidad internacional en general de los mecanismos del *ius cogens*. La Comisión no debe pretender crear nuevas normas relativas al *ius cogens*. También debe abstenerse de dar cabida a afirmaciones que indiquen que una u otra norma forma parte del *ius cogens* si obedecen a motivaciones subjetivas. Sin modificar tampoco la estructura actual del derecho internacional, debe partir de la idea de que las normas de *ius cogens* no son normas ordinarias y que constituyen una excepción muy limitada. Así, evitará el desequilibrio al que se llegaría con un tratamiento amplio del tema y la adopción de normas que no estuvieran fundadas en una práctica consolidada.

49. Resulta tentador deconstruir el concepto de *ius cogens* para delimitar sus elementos y sus consecuencias, pero quizás sería más juicioso describir los hechos jurídicos sobre los que se asienta el concepto, como quedan reflejados en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales. Dicho de otro modo, se podría adoptar un planteamiento más inductivo que deductivo. El orador observa que, aun cuando el Relator Especial pretende eludir los debates teóricos en torno al *ius cogens*, considera importante describir el fundamento teórico del concepto. Evidentemente, es imprescindible para comprender mejor la naturaleza del *ius cogens*, pero, tal y como recalcaron el Relator Especial y otros miembros, debe hacerse hincapié en un ejercicio normativo basado en la descripción del contenido de las normas de *ius cogens*, de su relación con

las otras normas de derecho internacional y de sus efectos. En este sentido, conviene señalar que hay que distinguir entre las declaraciones de los tribunales y cortes internacionales, como fuente que permite determinar las normas de *ius cogens*, y la práctica por la cual los Estados reconocen las normas de *ius cogens* y les confieren carácter imperativo. Aquellas pueden poner de manifiesto la existencia de una norma, mientras que esta es un elemento de su formación. Esto no significa, naturalmente, que las declaraciones de los tribunales y cortes internacionales no puedan ser la fuente de la formación de una norma de *ius cogens*, pero la práctica de los Estados es la que le da forma y contenido. El Relator Especial debe examinar con mayor detenimiento las fuentes de la práctica de los Estados y diferenciar las declaraciones y los actos verbales de los Estados como forma de práctica de aquellos que reflejan una *opinio iuris* o un reconocimiento del carácter imperativo de una norma de *ius cogens*.

50. A juicio del orador, nada impide, en el marco de este enfoque descriptivo, que se incluya en la definición del alcance del tema una lista no exhaustiva de normas de *ius cogens* actualmente reconocidas por la comunidad internacional. No hay en ello nada incompatible con la naturaleza de los trabajos emprendidos por la Comisión ni con su objetivo, que es transmitir orientaciones sobre los medios para determinar la existencia de normas de *ius cogens*. En el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión precisó las condiciones de terminación, de suspensión o de retiro de los tratados, pero también elaboró una lista de tratados que, en razón de su materia, continúan aplicándose durante un conflicto armado. Por consiguiente, la enumeración de los criterios que permiten determinar la existencia de una norma de *ius cogens* no es óbice para la elaboración de una lista ilustrativa, así como tampoco se entiende cómo podría tal lista acabar siendo exhaustiva. Esa lista, no vinculante para los Estados y otros actores, podría serles de utilidad cuando aplicaran los criterios precisados en el proyecto de conclusiones para determinar la existencia de normas de *ius cogens*. Su valor jurídico dependerá de la forma en que sea presentada por la Comisión, que puede decidir ser menos prescriptiva dando ejemplos de normas de *ius cogens* extraídos de sus trabajos sobre el tema.

51. La evolución histórica del concepto de *ius cogens* pone de manifiesto que la comunidad internacional reconoce en la actualidad su validez en derecho. No obstante, no hay que olvidar que el reconocimiento del *ius cogens* tiene fundamentalmente su origen en la aprobación de la Convención de Viena de 1969 y de su artículo 53, lo que lleva a preguntarse si el tratamiento de la noción de *ius cogens* debe basarse en su relación con el derecho de los tratados y la capacidad del Estado de cumplir con determinadas obligaciones convencionales. Evidentemente, la cuestión del *ius cogens* trasciende su relación con el derecho de los tratados, puesto que se fundamenta en la prohibición de actos contrarios a él, lo cual tiene consecuencias particulares. Dicho esto, para volver a situar la idea en una perspectiva histórica, tanto los iusnaturalistas como los positivistas consideraron desde el principio que los Estados no podían derogar sus obligaciones de *ius cogens*. Es importante dirimir esta cuestión para comprender el proceso de creación de las normas de *ius cogens*

y las consecuencias de su existencia. Si únicamente se puede modificar o derogar una norma de este tipo mediante una norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, pero, al mismo tiempo, toda práctica contraria a dicha norma es nula, ¿cómo se puede crear una norma ulterior para sustituir a la anterior? ¿Cómo puede la comunidad internacional, que reconoce las normas de *ius cogens*, plantear dicho reconocimiento? ¿Es jurídicamente válido un tratado universal que modifica o deroga una norma de *ius cogens*? El artículo 53 contesta esta pregunta con una respuesta negativa; ahora bien, si la práctica de los Estados no puede ser contraria a una norma existente y si los tratados universales contrarios al *ius cogens* son nulos, resulta entonces imposible modificar o derogar la norma. En vista de que no hay ejemplos de normas de *ius cogens* ulteriores creadas para reemplazar a normas anteriores, es fundamental examinar el proceso por el cual la comunidad internacional puede hacerlo, incluido mediante la creación de una nueva norma por acuerdo de los Estados.

52. La evolución histórica del concepto de *ius cogens* lleva a plantearse quién determina los valores fundamentales que comparte la comunidad internacional en su conjunto. Evidentemente, los tribunales desempeñan una función en este sentido, pero es la comunidad internacional en su conjunto la que reconoce la norma y determina su contenido. Por consiguiente, los trabajos también deben ocuparse de la relación entre la existencia de valores fundamentales que sientan las bases de una norma de *ius cogens* y la expresión de su existencia.

53. Volviendo a la cuestión del fundamento teórico del carácter imperativo del *ius cogens*, el orador dice que ni el enfoque iusnaturalista ni el enfoque positivista ofrecen una explicación satisfactoria de su naturaleza. Para los iusnaturalistas, existen valores esenciales para la comunidad internacional con independencia de la voluntad del Estado que fundamentan la superioridad jerárquica del *ius cogens*, pero este planteamiento obvia un elemento constitutivo esencial del *ius cogens*, a saber, que el reconocimiento y la aceptación comunes de los Estados en su conjunto es lo que eleva la norma de que se trate al rango de *ius cogens*, y no permite tampoco explicar cómo una norma que modifica o deroga una norma de *ius cogens* puede ser creada por voluntad de la comunidad internacional de Estados. En cambio, los positivistas hacen hincapié en el papel del consentimiento y de la voluntad de los Estados en la creación de la norma, pero no explican por qué, una vez creada, su carácter imperativo no depende de la voluntad de los Estados. Se desprende claramente de la documentación que los Estados y los tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, no se han pronunciado explícitamente sobre el fundamento del *ius cogens* ni sobre su naturaleza imperativa. Así pues, ¿cómo poner fin a esta incertidumbre teórica? Una solución fácil consistiría en tender puentes entre estas dos doctrinas o adaptar el enfoque iusnaturalista a un marco positivista. De hecho, aunque el fundamento teórico del *ius cogens* es evidentemente útil para comprender su naturaleza, no resulta esencial, a los efectos del tema, optar por un enfoque teórico particular. La Comisión debe examinar las condiciones de la creación del *ius cogens*, la manera de determinar la existencia de estas normas y sus consecuencias. También debe precisar

el vínculo entre la voluntad de los Estados de reconocer una norma de *ius cogens* y la modificación de dicha norma en el marco de un enfoque descriptivo de la situación del derecho internacional en materia de *ius cogens*, teniendo en cuenta la práctica y la jurisprudencia disponibles sin tomar partido por alguno de los fundamentos teóricos del *ius cogens*.

54. En cuanto a la cuestión de los elementos básicos del *ius cogens* y a los proyectos de conclusión que figuran en el informe, el orador desea formular algunas observaciones sobre el párrafo 61 del informe, que describe los elementos del *ius cogens* enunciados en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En primer lugar, el orador ignora si los elementos están citados a título exhaustivo o si, como se dice en el informe, además de estos elementos, la práctica y la doctrina ponen de manifiesto otros esenciales que son característicos del *ius cogens*. Si bien la definición de *ius cogens* que figura en el artículo 53 de la Convención fue elaborada a los efectos de dicho instrumento, cabe preguntarse si es oportuno, en esta fase de los trabajos de la Comisión, introducir en el proyecto de conclusiones una descripción del concepto que no coincida necesariamente con la formulación del artículo 53. Además, aunque el orador suscribe la idea de que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables, considera que este aspecto debe ser examinado en un informe ulterior, en relación con las consecuencias atribuidas a este tipo de normas. En este contexto se podrá ahondar en cuestiones conexas, como la doctrina del objetor persistente y la posibilidad de un *ius cogens* regional. En cambio, declarar que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables sin examinar su fundamento llevaría a prejuzgar la cuestión de sus consecuencias, en particular en lo que se refiere al objetor persistente y al *ius cogens* regional. Lo mismo se puede decir con respecto a la superioridad jerárquica. Si bien está establecido que un tratado es nulo o pasa a ser nulo si está en conflicto con una norma de *ius cogens* y que las normas de *ius cogens* son superiores a otras normas, no resulta por ello menos indispensable analizar en mayor profundidad las relaciones entre las normas de *ius cogens* y las demás normas de derecho internacional general. El orador comparte igualmente la idea de que las normas de *ius cogens* tienen por objeto proteger valores fundamentales de la comunidad internacional, como la prohibición del genocidio o de la tortura. No obstante, esta afirmación no dice nada acerca del contenido de los valores fundamentales cuya protección se persigue. ¿Existirían principios constitucionales internacionales cuya protección quedaría garantizada por el *ius cogens*? Estas cuestiones exigen un análisis más amplio y, en todo caso, tendrían mejor encaje en los comentarios. En lo que respecta a los elementos enunciados en el artículo 53, cabe preguntarse si el carácter «inderogable» de las normas de *ius cogens* obedece a su naturaleza o si es tan solo una consecuencia de la pertenencia de estas normas a la categoría de *ius cogens*; hay que señalar que la inderogabilidad debe leerse en conjunción con la no aceptación y el no reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto como un solo elemento y no dos elementos separados. Además, suponiendo que se trate de un elemento constitutivo del *ius cogens*, habría que completarlo con la exigencia de que el *ius cogens* únicamente pueda ser modificado por una norma de derecho internacional general posterior

de la misma naturaleza. En vista de cuanto antecede, el orador aprueba que se remita el proyecto de conclusión 1 al Comité de Redacción a condición de que, además de la determinación de las normas de *ius cogens*, incluya también la de sus elementos.

55. Los proyectos de conclusión 2 y 3 podrían mejorar con unas modificaciones que reflejaran el contenido del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y evitaran una potencial contradicción entre el proyecto de conclusión 2, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 3, párrafo 1. En lo que respecta a la modificación por normas posteriores, la Convención de Viena se basa en la idea de que las normas posteriores derogan las normas anteriores, y el orador preferiría que la Comisión no se apartara de la redacción del artículo 53, ya que de lo contrario se podría alterar el equilibrio y hacer creer inútilmente que ha tratado de modificar el instrumento. Dado que el tema examinado no se ocupa de la modificación, abrogación o derogación de las normas de derecho internacional, el proyecto de conclusión 2, párrafo 1, debe ser suprimido. En cuanto al proyecto de conclusión 3, párrafo 2, convendría posponer su remisión al Comité de Redacción hasta que no se haya estudiado más a fondo la superioridad y la aplicabilidad universal de las normas de *ius cogens*.

56. La Sra. JACOBSSON felicita al Relator Especial por su primer informe sobre el *ius cogens*, basado en impresionantes trabajos de investigación, y por la exposición detallada y esclarecedora que ha hecho al tiempo que ha sugerido modificaciones interesantes a algunos de los proyectos de conclusión propuestos. Aunque apenas se presta a la codificación, esta cuestión es importante y resulta útil que sea objeto de un examen en profundidad de la Comisión, por las razones expuestas por el Relator Especial en su primer informe y los motivos esgrimidos en el transcurso de los debates del Grupo sobre el programa de trabajo a largo plazo, que contribuyeron a la elaboración de la versión final de la sinopsis.

57. Comenzando por las observaciones de carácter general, la oradora señala que el Relator Especial resumió con gran habilidad y en pocas páginas la evolución histórica del *ius cogens*, de modo que ofrece una base fundamental para los futuros trabajos de la Comisión sobre el tema examinado. Es, en efecto, indispensable reubicar el *ius cogens* en su contexto histórico para poder analizar «la situación del derecho internacional en materia de *ius cogens*» y elaborar una declaración autorizada sobre su naturaleza, puesto que ese es el fin del proyecto descrito en la sinopsis incluida como anexo en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones³⁸⁰. En los trabajos sobre el tema se encontrarán diversas dificultades de índole metodológica, como la aparente escasez de práctica de los Estados, de la cual es bien consciente el Relator Especial y a la cual este ofrece una respuesta satisfactoria en el informe y en su exposición. Así, acierta cuando escribe en el párrafo 45 del informe que lo importante a los efectos de los trabajos de la Comisión es si el *ius cogens* está avalado por la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales.

³⁸⁰ Anuario... 2014, vol. II (segunda parte) y corrección, anexo, pág. 188, párr. 13.

58. El Relator Especial preguntó a los miembros de la Comisión si consideran que hay que elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* o si hay que limitarse a determinar los elementos del *ius cogens*; la oradora alberga serias dudas sobre la conveniencia de esa lista, por diversas razones. La experiencia ha puesto de manifiesto que la elaboración de una lista, aunque sea ilustrativa o no exhaustiva, no solo lleva mucho tiempo, sino que por definición obliga a escoger con carácter definitivo los elementos que deben figurar en ella y los que no. Cabe recordar al respecto los debates mantenidos para elaborar la lista indicativa de los tratados que, en razón de su materia, continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado, que figura como anexo al proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. Será necesario, además, que cada una de las normas que puedan figurar en dicha lista inicial sea aceptada por los miembros de la Comisión. Los elementos de la lista serán considerados no solo la primera generación de normas de *ius cogens*, sino también el núcleo duro de dichas normas. Por tanto, será difícil agregarle nuevas normas o modificar las normas existentes, si se admitiera tal posibilidad en el caso del *ius cogens*, sobre la base, entre otros, de cambios jurisprudenciales convincentes, de forma que incluso una lista ilustrativa conllevaría el riesgo de congelar la situación del derecho. No obstante, la oradora quiere precisar que no presenta estas objeciones porque desee ampliar la categoría de normas de *ius cogens* indefinidamente, sino que, precisamente al revés, considera que una de las tareas esenciales de la Comisión en este caso es velar por que las otras normas de derecho internacional (no imperativas) no pierdan su valor por el mero hecho de no ser consideradas integrantes de la categoría del *ius cogens*. Según la sinopsis, el examen del tema por la Comisión podría centrarse en estos cuatro elementos: la naturaleza del *ius cogens*; los requisitos para la identificación de una norma como *ius cogens*, algo que el Relator Especial reformuló en el párrafo 12 del informe con la expresión «los requisitos para que una norma alcance el rango de *ius cogens*», que no es lo mismo; la elaboración de una lista ilustrativa de las normas que han alcanzado el rango de *ius cogens*; y las consecuencias o los efectos del *ius cogens*. En los párrafos 12 y 13 del informe, el Relator Especial destaca los vínculos que existen entre estos distintos elementos e indica que pretende adoptar un enfoque fluido y flexible. Si eso es así, y bien parece que ya ha emprendido ese camino, se debe hacer hincapié en los requisitos para la identificación, sin los cuales los trabajos de la Comisión corren el riesgo de centrarse en normas cuyo valor como normas de *ius cogens* puede ser reconocido y no en los elementos constitutivos de dichas normas. Una vez que estos elementos hayan sido determinados, podrán ser ilustrados con ejemplos introducidos en el comentario, algo que, de lejos, es preferible a una lista. La oradora comparte en este sentido las preocupaciones expresadas por el Sr. Nolte en relación con el excesivo entusiasmo con el que algunos desean elaborar una lista de normas de *ius cogens* afirmando que determinadas normas jurídicas fundamentales forman parte de esta categoría. En su intervención, el Sr. Nolte aludió al asunto *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza*, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que el derecho a acudir a un tribunal no figuraba, todavía, entre las normas de *ius cogens*. En su labor como asesora, la oradora ha

visto intentos similares de las partes en varios casos por elevar determinadas normas a la categoría de *ius cogens* y observa que esta tendencia se manifiesta igualmente en el debate sobre el estatus de diferentes derechos humanos. Por ello, suscribe plenamente las palabras del Sr. Nolte, para quien este asunto, entre otros, pone de manifiesto que en la actualidad la dificultad no radica en establecer qué normas forman parte del *ius cogens* para meramente ampliar la categoría, sino en encontrar un justo equilibrio entre, por una parte, las normas ordinarias de derecho internacional que pueden ser modificadas mediante procedimientos ordinarios y, por otra, determinadas normas fundamentales y excepcionales, que no pueden ser objeto de tal modificación. El tema examinado no debe convertirse en un instrumento de promoción y ampliación del *ius cogens*. Al contrario, la tarea básica de la Comisión debe ser salvaguardar la legalidad a todos los niveles, tanto si se trata de proteger el *ius dispositivum* como de adoptar una concepción restringida de lo que constituye una norma de *ius cogens*. Las normas de *ius cogens* son, y deben seguir siendo, la excepción, ya que de lo contrario perderían su valor.

59. Si bien es importante analizar el contexto histórico del concepto y resulta estimulador estudiar sus fundamentos teóricos, el Relator Especial dice, con acierto, en el párrafo 42 del informe, que la Comisión debe concentrarse en una concepción práctica de la naturaleza del *ius cogens*. En este sentido, la Convención de Viena de 1969 ofrece una solución idónea para resolver todos los problemas prácticos que se plantean, y el hecho de tomarla como punto de partida de los trabajos de la Comisión no supone circunscribirlos al derecho de los tratados. Al contrario, se reconoce en el artículo 64 de la Convención, de manera particularmente pertinente para el tema examinado, que puede aparecer una nueva norma imperativa en paralelo al derecho convencional vigente, lo que tiene por efecto que «todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

60. En cuanto a los proyectos de conclusión, la oradora dice que, si bien comparte la idea de un proyecto de conclusión sobre el alcance que sea sintético y específico y valora positivamente el proyecto de conclusión 1, a condición de que se sustituya en la versión en francés la palabra «*règles*» por «*normes*», considera que la versión en inglés podría abreviarse de modo que rezara: «*The present draft conclusions concern how jus cogens norms are to be identified, and the legal consequences flowing from them*». En relación con el proyecto de conclusión 2, la oradora teme que el hecho de dedicar una disposición general a la modificación, abrogación o derogación de las normas de derecho internacional sea fuente de confusión. Si los trabajos de la Comisión se centran en la situación de las normas de *ius cogens* y de derecho internacional, y en vista de que así es, hay que partir de la premisa de que existen otras normas de derecho internacional que pueden ser modificadas o abrogadas. Empezar un examen de las modalidades de dicha modificación o abrogación supondría tratar otro tema, si bien conexo. El proyecto de conclusión 2, párrafo 2, está vinculado al proyecto de conclusión 3, párrafo 1. Si la Comisión considera superfluo el proyecto de conclusión 2, párrafo 1, la cuestión de la «excepción» que figura en el párrafo 2 podrá ser abandonada, lo cual sería la opción preferible. El proyecto

de conclusión 3 constituye un buen punto de partida para describir lo que constituye la esencia de una norma imperativa. No obstante, la oradora duda de la conveniencia de alejarse de la definición que figura en la Convención de Viena de 1969 por diversas razones, a pesar de que, como se dice claramente en el artículo 53, dicha definición rige «[p]ara los efectos de la [...] Convención». Huelga decir que siempre se corre el «riesgo», cuando la definición de una norma o de un concepto figura en un tratado, de que dicha definición sea percibida como general y válida igualmente a otros fines distintos del contexto del tratado. Así sucede con la definición de los crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de la cual la Comisión difícilmente se puede apartar en estos momentos. Dicho esto, una definición merece en ocasiones ser reconocida fuera del ámbito de aplicación del tratado en el cual figura, como pasa con la definición de las normas imperativas que figura en la Convención de Viena de 1969, entre otros motivos porque viene siendo utilizada desde hace tiempo por los tribunales. Si bien el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, tiene su lugar en el proyecto de conclusiones, su formulación podría ser precisada, como la expresión «jerárquicamente superiores», y habría que mantener la expresión «universalmente aplicables» aunque la Comisión decidiera abordar igualmente la posible existencia de normas de *ius cogens* regional. También sería preferible reemplazar «protegen» por «reflejan». La alusión a los valores fundamentales de la comunidad internacional es esencial, pues ¿qué no reflejan las normas de *ius cogens* sino precisamente estos valores?; de lo contrario ¿cuál sería su razón de ser? Estos valores fundamentales no se limitan a los derechos humanos, sino que abarcan otras normas, como la prohibición de la agresión, que tienen por objeto garantizar la soberanía y la igualdad de los Estados, así como la obligación que se les impone de resolver pacíficamente sus diferencias. La oradora aboga por remitir todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción a pesar de las reservas que alberga con respecto a la utilidad del proyecto de conclusión 2, que en todo caso considera prematuro suprimir en esta fase.

61. Antes de concluir, la oradora desea formular dos observaciones más sobre el método y las fuentes. En primer lugar, sería bueno que el Relator Especial hiciera uso en mayor medida de los trabajos de la Comisión sobre la fragmentación y tomara en consideración los aspectos esenciales de los trabajos del Grupo de Estudio, como las cuestiones de la jerarquía de normas, la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* y el vínculo entre el *ius cogens* y la responsabilidad del Estado. Aunque la Comisión ha realizado grandes esfuerzos por estudiar la fragmentación, los trabajos sobre ese tema no son fácilmente accesibles en su conjunto, puesto que no se han publicado en el sentido tradicional del término, y sería de lamentar que no fueran plenamente explotados. En segundo lugar, las normas de *ius cogens* tienen a menudo como objetivo proteger a las personas y, como tales, deben ser universales y ofrecer la misma protección a los hombres y a las mujeres. Esta cuestión fue abordada por Hilary Charlesworth y Christine Chinkin³⁸¹, quienes sostuvieron que los principios de derechos

humanos que son designados con mayor frecuencia como normas de *ius cogens* están marcados por diferencias basadas en el sexo y, por ende, no protegen a los hombres y las mujeres de la misma manera; por tanto, hacer hincapié en la protección contra la violencia cometida por los actores estatales supondría desfavorecer a las mujeres, puesto que la mayor parte de los actos violentos contra las mujeres son perpetrados en la esfera privada. Otros autores, como Bruno Simma y Philip Alston, también se ocuparon de esta cuestión, y sería bueno que el Relator Especial y la Comisión la tuvieran en cuenta en sus futuros trabajos sobre el tema examinado.

62. El Sr. SINGH da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe sobre el *ius cogens*, que es fruto de investigaciones minuciosas y contiene extensos análisis. Agradece igualmente la exposición oral que ha hecho al respecto. Lee con satisfacción que el Relator Especial comparte la prudencia aconsejada por los Estados en la Sexta Comisión y que va a poner sumo cuidado para que sus informes reflejen la práctica contemporánea y no se adentren en teorías que no han sido corroboradas. Asimismo, el orador observa que numerosos Estados opinan que la mejor contribución de la Comisión a la comprensión del *ius cogens* radica en las condiciones que deben reunirse para que una norma adquiera el rango de *ius cogens*. En lo que respecta a la cuestión metodológica del orden en el que examinar el tema, el orador estima, al igual que Sir Michael Wood, el Sr. Nolte y otros miembros, que el enfoque fluido y flexible propuesto por el Relator Especial resulta problemático, puesto que, desde el momento en que un proyecto de conclusión es aprobado provisionalmente, pierde toda «fluidez» y su modificación está supeditada a una nueva decisión de la Comisión. En la medida en que determinados proyectos de conclusión están estrechamente vinculados entre sí, sería preferible esperar a que pudieran ser aprobados simultáneamente, en forma de conjunto completo de disposiciones. En cuanto a la elaboración de una lista ilustrativa, el orador comparte las dudas expresadas en el seno de la Sexta Comisión, así como por algunos miembros de la Comisión, con respecto a su pertinencia, por el riesgo de que de ese modo se atribuya un rango inferior a otras normas de derecho internacional. Aunque este punto figure en la sinopsis, el Relator Especial dice que la Comisión no debe abstenerse de elaborar dicha lista por la única razón de que pudiera ser considerada erróneamente exhaustiva; no obstante, estima en los párrafos 15 y 16 del informe que podría haber diferentes motivos para volver a estudiar la conveniencia de proceder así. Sin embargo, el orador coincide en que, incluso aunque no redacte una lista ilustrativa, la Comisión debe proporcionar ejemplos de normas de *ius cogens* a fin de dar ciertas orientaciones acerca de dichas normas. En otras palabras, como se dice en el párrafo 17 del informe, cuando examine los diversos elementos del tema, la Comisión deberá incluir ejemplos en los comentarios para respaldar sus conclusiones, de suerte que elaborará, aunque sea solo de forma indirecta, una lista ilustrativa.

63. 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 en la actualidad del

³⁸¹ H. Charlesworth y C. Chinkin, «The gender of *ius cogens*», *Human Rights Quarterly*, vol. 15, núm. 1 (febrero de 1993), págs. 63 a 76, en especial pág. 75.

derecho internacional. Sobre esta base sólida se asientan los trabajos de la Comisión sobre el tema. En cuanto al capítulo V, el orador coincide con el Relator Especial en que los proyectos de conclusión serían la forma más apropiada para el resultado de los trabajos de la Comisión y que el proyecto de conclusiones debe reflejar el derecho y la práctica actuales sobre el *ius cogens* y evitar los debates teóricos que suelen acompañar al análisis del tema.

64. El orador dirige su atención a los proyectos de conclusión y dice que el proyecto de conclusión 1 refleja el objeto de los trabajos descrito en el párrafo 11 del informe: «formular un conjunto de conclusiones que reflejen el estado actual del derecho internacional en lo que se refiere al *ius cogens*». No obstante, al igual que otros miembros, duda de la utilidad del proyecto de conclusión 2, puesto que, en la medida en que parece querer explicar las modalidades de la modificación, la abrogación y la derogación de las normas de derecho internacional y las razones por las que el *ius cogens* es diferente en ese sentido, este texto no parece entrar dentro del alcance del tema examinado. En cuanto al proyecto de conclusión 3, el orador comparte la opinión de los miembros que han dicho que convendría incluir al inicio del proyecto una definición del *ius cogens* en lugar de intentar explicar su «naturaleza general» y considera asimismo que la Comisión debe inspirarse en la formulación de la segunda frase del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 para definir el *ius cogens* sin tratar de modificarla o elaborar una nueva definición. El proyecto de conclusión 3, párrafo 2, plantea un problema al no entenderse por qué el hecho de describir las normas de *ius cogens* como normas «jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional» refuerza su carácter imperativo o «inderogable», enunciado en el artículo 53 de la Convención. Este aspecto debe ser tratado en una fase ulterior de los trabajos, cuando el Relator Especial examine la cuestión de las consecuencias jurídicas de las normas de *ius cogens*. Por otra parte, tampoco se sabe qué debe entenderse por «valores fundamentales de la comunidad internacional» y cómo pueden establecerse dichos valores.

65. El Sr. VALENCIA-OSPINA felicita al Relator Especial por su primer informe sobre el *ius cogens* y recuerda que, si bien se trata en efecto de un tema importante y delicado, no es la primera vez que la Comisión se ocupa de él. No hay que olvidar que precisamente gracias a los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados el concepto de *ius cogens* encontró su espacio en el derecho internacional positivo, y que la Comisión realizó igualmente una importante contribución a la determinación del *ius cogens* en el marco de sus trabajos sobre otros temas, como la responsabilidad del Estado y la fragmentación del derecho internacional. Dado el carácter altamente controvertido del tema, no resulta sorprendente que ya se haya asistido a un extenso debate y, sin querer volver sobre lo que ya se ha dicho, el orador desea centrar sus observaciones en algunos aspectos que, a su juicio, exigen un enfoque distinto del elegido por el Relator Especial.

66. Es esencial dilucidar en qué medida los trabajos de la Comisión sobre el tema examinado deben tener un respaldo teórico. En los párrafos 11 y 73 del informe se

indica que el Relator Especial parece temer perderse en consideraciones teóricas y en el párrafo 59 se señala que no pretende resolver el debate teórico en torno al origen del carácter imperativo del *ius cogens*, si bien le dedica una sección de su informe (la sección B del capítulo IV). En cualquier caso, el orador no comparte este planteamiento por dos motivos fundamentales.

67. En primer lugar, es imprescindible que la Comisión adopte una posición clara sobre determinadas cuestiones teóricas, en particular, si vuelve a plantearse la idea, no solo útil sino también fundamental, de presentar una lista de normas de *ius cogens*, con independencia de su carácter ilustrativo o indicativo. Hace ya 20 años la Comisión decidió designar como tales algunas normas que mantenían un vínculo particularmente estrecho con el concepto de crimen de Estado y las incluyó en el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura³⁸². El Relator Especial recalca con razón en el capítulo II del informe, dedicado a la metodología, que los fundamentos teóricos del *ius cogens* influirán en la definición que se haga de él a los efectos de los trabajos de la Comisión. Por ello, el orador considera, a diferencia de otros miembros que le precedieron en el uso de la palabra, que el Relator Especial no debe desconfiar de la teoría, sino que, por el contrario, debe aprovecharse de ella. En comparación con la profundidad y la extensión del discurso doctrinal sobre el *ius cogens*, sigue siendo muy limitada la práctica en la materia, tanto de los Estados como de los tribunales. En relación con esta última, hay que señalar que durante cerca de 40 años tras la aprobación de la Convención de Viena de 1969, la Corte Internacional de Justicia eludió hábilmente pronunciarse clara y firmemente sobre su concepción del *ius cogens*. En su jurisprudencia, las alusiones al término *ius cogens* anteriores al fallo de 2006 dictado en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)* no eran más que citas neutras extraídas de los alegatos de las partes o del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados y sus correspondientes comentarios, por ejemplo en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. Por consiguiente, la Comisión podría encontrarse en una situación en la que, dado que incluso esta práctica limitada responde en gran medida a consideraciones teóricas anteriores, el hecho de obviar la teoría la llevaría inevitablemente a una apreciación incompleta del *ius cogens* contemporáneo.

68. En segundo lugar, mientras que el Relator Especial hace hincapié en diversas ocasiones en que no desea entrar en debates teóricos, el orador comparte la opinión del Sr. McRae de que algunas decisiones importantes en el plano teórico ya marcan el informe. La concepción del *ius cogens* defendida en el informe, en particular, se fundamenta decididamente en el consentimiento en cuanto que retoma, en gran medida, la definición que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Así pues, sería mejor tratar abiertamente esta decisión a la luz de sus fundamentos teóricos en lugar de limitarse a

³⁸² *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss., en especial pág. 31.

respaldarla con una supuesta práctica y obviar la explicación teórica. Asimismo, ahondando en su adopción sin reservas del enfoque del *ius cogens* que emana de la Convención, es necesario que el Relator Especial explique su decisión. Esto refleja el consenso al que llegaron los Estados en la década de 1950. Resulta dudoso que este consenso siga representando en la actualidad el planteamiento más propicio para definir las normas imperativas de derecho internacional, si es que alguna vez fue así. Sir Michael Wood señaló que la Comisión siempre ha seguido el artículo 53 de la Convención al hacer referencia al *ius cogens*, pero se trataba en todos los casos de alusiones accesorias, puesto que el *ius cogens* aún no estaba inscrito en el programa de trabajo como tema propiamente dicho. A pesar de la importancia que para el orador tiene la coherencia de los trabajos de la Comisión, considera que las ocasiones anteriores en las que esta abordó el *ius cogens* no deben disuadirla de replantearse su postura, puesto que este tema ocupa hoy día un lugar central en sus trabajos.

69. El enfoque adoptado por el Relator Especial en la sección C del capítulo IV del informe, relativo a los elementos básicos del *ius cogens*, también resulta problemático. Al tomar prestada del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 la exigencia de una «norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto», el Relator Especial hace que figure entre los elementos básicos del *ius cogens* un requisito de identificación basado en el consentimiento. No obstante, algunos de los límites de un enfoque basado en el consentimiento salen a relucir en el propio informe, cuando se hace hincapié en que los Estados no deben poder retirar ulteriormente su consentimiento puesto que, como se indica en el párrafo 53 del informe, «[i]ncluso si existe una forma de abordar la cuestión de la aparición de normas imperativas mediante acuerdo —o consenso—, no se echa de ver con claridad por qué los Estados que se han sumado al consenso no podrían luego retirar su consentimiento, en desmedro del consenso». Por último, basar el *ius cogens* en el consentimiento del Estado no permite explicar de manera plausible qué hace que una norma imperativa posea esa naturaleza imperativa. Varios miembros de la Comisión trazaron un vínculo entre los elementos básicos del *ius cogens* identificados en el informe y el concepto de derecho internacional consuetudinario examinado en paralelo por la Comisión; la cuestión recurrente del tratamiento que debe hacerse de los objetores persistentes pone de manifiesto, por otra parte, la pertinencia de esta conexión. Según el razonamiento de estos miembros, el *ius cogens* podría describirse como derecho consuetudinario dotado de carácter «inderogable». El elemento del consentimiento sería en tal caso equiparable a la *opinio iuris*. No obstante, parece que al considerar el *ius cogens* como derecho consuetudinario, si bien de una forma particular, se amplía excesivamente la idea tradicional de derecho internacional consuetudinario, puesto que esta exige tanto una práctica como una *opinio iuris*, mientras que la práctica de los Estados es inexistente o contradictoria en el caso de numerosas normas consideradas integrantes de la categoría de *ius cogens*. Asimismo, es dudoso que se pueda llegar en la práctica a un consentimiento unánime (*opinio iuris*) general de todos los Estados, es decir, de «la comunidad internacional de Estados en su conjunto». No hay que olvidar, por otra parte, que

el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no fue aprobado por unanimidad en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y que, de los siete Estados que votaron en contra en sesión plenaria, dos nunca han manifestado su intención de adherirse a la Convención.

70. No obstante, si la Comisión se propusiera mantener el criterio del consentimiento, sería necesario que esta decisión estuviera respaldada por un razonamiento coherente. Para cerrar la cuestión del consentimiento, la Comisión no debe pasar por alto los debates que mantiene en paralelo sobre temas como los crímenes de lesa humanidad y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Existe sin duda un vínculo estrecho entre las normas de *ius cogens* y las normas de derechos humanos. Estas últimas se resienten a menudo del hecho de que la elaboración y la aplicación de las leyes incumban a los Estados, cuando son estos los principales, y en ocasiones por definición los únicos, autores de vulneraciones de los derechos humanos. Las reticencias expresadas por los Estados en el marco de los debates sobre los trabajos en curso de la Comisión sobre los temas antes mencionados, por ejemplo para aceptar limitar la inmunidad de sus funcionarios, podrían presagiar reticencias similares en materia de consentimiento en las normas de *ius cogens*, que podrían restringir considerablemente el ámbito de actuación de los Estados o hacer que entrara en juego su responsabilidad. Dicho esto, puede suceder que un enfoque basado en el consentimiento, entendido como el mínimo común denominador, acabe siendo el único que permita a la Comisión recabar la aprobación necesaria por los Estados del resultado final de sus trabajos sobre el tema examinado. Por tanto, el Relator Especial y la Comisión deben sopesar detenidamente si optan por tratar de lograr el resultado más aceptable o el resultado que la Comisión estime más coherente, teniendo presente el papel fundamental que se le ha atribuido en materia de desarrollo progresivo del derecho internacional.

71. En relación con los valores como elemento básico de las normas de *ius cogens*, cabe preguntarse cómo y por quién deben ser identificados. Si este elemento tiene por objeto completar sustancialmente la definición del *ius cogens*, parece ilógico dejar su determinación únicamente en manos de los Estados, puesto que se corre el riesgo de que se confunda sin remedio con el consentimiento de los Estados en determinadas normas de *ius cogens*. En este contexto, el informe menciona tanto a la comunidad internacional como a la comunidad internacional de juristas, lo que parece dar a entender que el Relator Especial no considera necesariamente que la comunidad en cuyo seno rigen estos valores sea idéntica a la comunidad formada por todos los Estados. Lamentablemente, el informe no indica a qué comunidad hace referencia. La observación de que «[l]a principal dificultad sigue siendo la cuestión de quién determina el contenido del derecho natural» surge de manera breve, y la cuestión de la determinación de los valores se complica aún más porque en el informe se evoca la función o la «esencia civilizadora» de estos valores, de modo que enmarca el tema en el debate que contrapone permanentemente relativismo cultural y universalidad del derecho internacional. Resulta comprensible que el Relator Especial se aleje en este sentido del

artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, pero el papel de los valores en la definición y la determinación del *ius cogens* merece unas explicaciones y unos análisis en mayor detalle si se pretende que contribuya a que avancen los trabajos sobre el tema.

72. Por otra parte, el informe insiste enormemente en la oposición entre el derecho natural y la concepción positivista del derecho, subsumiendo así implícitamente los enfoques axiológicos en los enfoques basados en el derecho natural. Por tanto, el rechazo a estos últimos se fundamenta básicamente en una característica presentada como propia de este derecho, su inmutabilidad, pero el informe no explica en qué medida esa misma consideración es válida para los otros enfoques axiológicos del *ius cogens*. Así, se puede considerar que el derecho natural es una fuente posible de valores, pero no subsumir todos los enfoques axiológicos en el derecho natural. La distinción entre enfoque basado en el consentimiento y enfoque no basado en el consentimiento, mencionada en la nota del párrafo 50, parece más adecuada.

73. Asimismo, puede ser interesante en este sentido examinar la relación entre los conceptos de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, pero el Relator Especial indica en el párrafo 4 de su informe que tiene la intención de examinar esta relación únicamente en el contexto de las consecuencias de las normas de *ius cogens*. No obstante, a menudo se considera que las obligaciones *erga omnes*, desde su primera aparición en un *obiter dictum* del fallo emitido en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, protegen valores fundamentales e intereses comunes de todos, motivo por el cual el examen de esta relación en el marco de un análisis del *ius cogens* desde el prisma de los valores podría ofrecer indicaciones sobre la naturaleza de los valores invocados.

74. Por último, la cuestión de la jerarquía suscita tres observaciones. Como ya recalcaron varios miembros de la Comisión, la primacía jerárquica de las normas de *ius cogens* está consolidada, por no decir que es evidente. El informe de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional atestigua esta relación jerárquica; la falta de determinaciones nítidas y claras en la mayoría de las secciones de dicho informe pone de manifiesto que esta jerarquía está admitida prácticamente sin reservas. En segundo lugar, desde un punto de vista más filosófico, cabe preguntarse si esta primacía jerárquica es inherente al concepto de *ius cogens* o si necesita un marco exterior de jerarquías en derecho internacional. Si se responde a esta pregunta con la segunda hipótesis, será necesario, en tercer lugar, volver a la realidad: ¿estamos asistiendo a una multiplicación de estructuras jerárquicas en derecho internacional y en las relaciones internacionales o es cada vez menos realista la idea de un derecho internacional y unas relaciones internacionales jerárquicamente estructuradas, probablemente inspirada en la concepción westfaliana del Estado? Las respuestas a estas preguntas deben ayudar a la Comisión a decidir qué lugar se confiere a la jerarquía en el contexto del *ius cogens*.

75. Para concluir, el orador invita al Relator Especial a reflexionar sobre las cuestiones teóricas y a no limitarse al marco estrecho del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. En la fase inicial en la que se encuentran

los trabajos de la Comisión sobre el tema, y tal y como puso de relieve el Sr. Murphy en una sesión anterior, la elaboración de proyectos de conclusión antes de resolver las cuestiones de fondo evocadas en el informe no es la mejor manera de hacer que avancen los trabajos sobre este importante tema.

76. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ considera que el informe examinado tiene carácter introductorio, como lo demuestran las preocupaciones expresadas por el Relator Especial respecto de cuestiones como los materiales que deben utilizarse, la elaboración o no de una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens* existentes en el derecho internacional contemporáneo, la forma que debe tener el resultado de los trabajos sobre el tema y el programa de trabajo futuro, esbozado en los párrafos 75 y 76 del informe.

77. En términos normativos y estructurales, el *ius cogens* reviste una especial importancia en el derecho internacional contemporáneo. La Comisión se ha ocupado de este tema en varias ocasiones, en especial en relación con el derecho de los tratados y la responsabilidad internacional, cuestiones ambas que, como ya señalaron anteriores oradores, el primero de ellos el Sr. Murase, deben ser debidamente tenidas en cuenta en los trabajos futuros sobre el tema. Así, aunque es cierto que la Convención de Viena de 1969 constituye el punto de partida irrenunciable para todo tratamiento del *ius cogens*, la Comisión no puede dejar de lado el régimen especial que definió para la vulneración de las normas imperativas de derecho internacional, que se recoge no solo en el artículo 26, sino también en los artículos 41, 48 y 50 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A ello ha de añadirse, por otro lado, el especial efecto interpretativo de las normas de *ius cogens* sobre el que la Comisión ya advirtió en su día. Además, el *ius cogens* incorpora una importante dimensión axiológica mencionada por el propio Relator Especial en su informe, que no puede ser dejada de lado sin alterar el concepto y la naturaleza del *ius cogens*, y sin la cual no resulta posible entender el lugar que las normas imperativas ocupan en el derecho internacional contemporáneo. Todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta y abordados en forma conjunta en el marco de los trabajos sobre el tema.

78. La primera observación de carácter general sobre el informe examinado se refiere al papel sobredimensionado, nada menos que un tercio del informe, que en él se reserva a la dimensión histórica. El deseo de exhaustividad y rigor del Relator Especial lo lleva a remontarse, para buscar antecedentes de las normas imperativas, incluso al derecho romano y a los «padres fundadores» del derecho internacional, aunque es una lástima que no haya ido a las fuentes de la escuela española del siglo XVI, donde sin duda habría encontrado interesantes antecedentes más cercanos a algunos elementos característicos del moderno concepto de *ius cogens*, como, por ejemplo, la definición que en la *Relectio de Indis*³⁸³ hace Francisco de Vitoria del *ius gentium* como un consenso de la mayor parte del mundo (la comunidad internacional o comunidad de naciones), especialmente en nombre del

³⁸³ F. de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Relectiones being parts of Relectiones Theologicae XII*, en J. B. Scott (ed.), *The Classics of International Law*, Washington D.C., The Carnegie Institution, 1917.

bien común de todos. Para este teólogo-jurista, el derecho de gentes es válido no solo por la existencia de tratados y de consenso entre los seres humanos, sino porque el mundo entero forma una comunidad política única en la que las normas generales y las normas de los pueblos son válidas en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Desde una posición complementaria, no es menos importante la posición adoptada por Francisco Suárez en su obra *De Legibus*³⁸⁴ o por Domingo de Soto, Baltasar de Ayala o Alonso de la Veracruz. Y, desde una perspectiva axiológica, quizás al Relator Especial le resulte de interés analizar las reflexiones de Bartolomé de las Casas sobre los derechos de los indios en el Nuevo Mundo. En cualquier caso, todo análisis histórico ha de realizarse en su contexto, so pena de incurrir en transpolaciones difíciles de mantener, algo que ha de ser tenido igualmente en cuenta en relación con los trabajos sobre el tema.

79. En segundo lugar, merece la pena destacar que el Relator Especial parte en su trabajo de la loable finalidad de no entrar en debates exclusivamente teóricos, ya que el objetivo último de los trabajos sobre el tema tiene una fuerte dimensión práctica que ha de preservarse si se desea ofrecer un producto útil para los Estados y, en general, para todos los que trabajan en el ámbito jurídico. No obstante, como no podía ser de otro modo, la peculiaridad del *ius cogens* lo lleva a analizar las distintas aproximaciones doctrinales a fin de entender mejor cuál es la naturaleza jurídica de esta categoría de normas y su fundamento. Lo hace tanto al analizar la dimensión histórica como en relación directa con el estudio de la naturaleza jurídica del *ius cogens*. Ello lo lleva a abordar la «polémica» entre iusnaturalismo y positivismo. Aunque la oradora puede comprender esta preocupación del Relator Especial, considera que el resultado final no es suficientemente claro para resolver los problemas a los que debe hacer frente la Comisión. El tema no puede resolverse a través de la oposición entre iusnaturalismo y positivismo y, menos aún, a través de la oposición entre primacía de la voluntad del Estado y excepción a la voluntad del Estado. La naturaleza del *ius cogens* no puede ser otra que la de una norma positiva, ya que de lo contrario este derecho no podría producir los efectos que le atribuyen la Convención de Viena de 1969 y los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El problema no es si las normas de *ius cogens* son derecho positivo o no, que a juicio de la oradora lo son, sino determinar cómo se forman, qué papel se atribuye a la voluntad del Estado en el proceso de formación y por qué motivos la voluntad del Estado, que ha sido necesaria en el proceso de formación, aunque sea de forma difusa a través de un consenso, queda relegada a un segundo lugar una vez que la norma de *ius cogens* ha nacido y hasta que esta es modificada por otra norma de igual naturaleza. Este es el auténtico problema al que tiene que hacer frente la Comisión.

80. Por lo que se refiere a los aspectos metodológicos señalados por el Relator Especial en el informe examinado y en su presentación oral, la oradora realiza un breve comentario sobre tres aspectos.

³⁸⁴ F. Suárez, *Selections from Three Works: De Legibus, Ac Deo Legislatore, 1612; Defensio Fidei Catholicae, Et Apostolicae Adversus Anglicanae Sectae Errores, 1613; De Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe, Et Charitate, 1621*, vol. I, Oxford, Clarendon, 1944.

81. En primer lugar, por lo que se refiere a los materiales que deben ser tenidos en cuenta, no hay razón alguna que aconseje separarse del método de trabajo tradicionalmente seguido por la Comisión. En consecuencia, deberán ser debidamente tenidas en cuenta la práctica normativa, la práctica judicial nacional e internacional y cualquier otra manifestación de la práctica estatal. La oradora dice que le sorprendió leer en el párrafo 10 del informe examinado que el estudio del tema debe basarse en la práctica real de los Estados y no únicamente en su práctica judicial. Quizás se trate de un error de traducción al español, pero es una frase poco afortunada, ya que puede llevar a conclusiones equívocas sobre el menor valor de la práctica judicial de los Estados para los trabajos en comparación con otras manifestaciones de la práctica estatal que deben ser tenidas en consideración.

82. En segundo lugar, por lo que se refiere a la elaboración de una lista ilustrativa de normas que en la actualidad son consideradas de *ius cogens*, la oradora comparte plenamente la opinión expresada por otros miembros de la Comisión en el sentido de que dicha lista aportará un valor añadido a los trabajos sobre el tema y, por tanto, debe figurar en el proyecto de conclusiones. En efecto, no es tanto por el concepto mismo de normas imperativas ni por sus efectos por lo que a lo largo de los años se ha mantenido el debate sobre el *ius cogens*, sino por la incertidumbre sobre qué normas son de *ius cogens* y cuáles no. Por tanto, resulta difícil entender que la Comisión se embarque en un difícil ejercicio para definir cuáles son los elementos esenciales de las normas imperativas, cómo se pueden identificar en la práctica estas normas y qué efectos tendrían estas en el ordenamiento internacional sin analizar de qué normas se está hablando. Contrariamente a la posición mantenida por el Relator Especial, la oradora no cree que el tema tenga un carácter meramente procedimental y formal, similar al que se ha asignado al tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, sino que considera que, por el contrario, el *ius cogens* presenta elementos propios que impiden obviar su dimensión y contenido sustantivos. Por otro lado, la Comisión ya se ha pronunciado sobre el tema y ha identificado determinadas normas como de *ius cogens*, y sería criticable que, justo en el momento en que aborda de forma expresa el tema de las normas imperativas, hiciese caso omiso de dichos precedentes.

83. Cuestión distinta es la relativa a la forma que debe adoptar la lista en cuestión. A juicio de la oradora, el tema no es si se elabora la lista o no, sino fijar criterios sobre la forma de elaborarla, primando en especial el carácter no controvertido de la práctica referida a ciertas normas y aceptando que la lista será necesariamente corta. Por último, no puede negarse el riesgo de que la lista sea considerada exhaustiva o estática o de que se piense que la Comisión tiene la voluntad de privilegiar ciertas normas de derecho imperativo sobre otras; dicho riesgo se puede evitar mediante un estudio en profundidad de la práctica y mediante la elaboración de comentarios detallados respecto de los proyectos de conclusión afectados por la lista y respecto de la propia lista. La Comisión podrá analizar en un momento ulterior el lugar de la lista en el proyecto de conclusiones.

84. Para finalizar con las cuestiones metodológicas, la oradora comparte el principio expresado por el Relator Especial en el párrafo 13 del informe examinado de que el trabajo de la Comisión debe basarse en un enfoque flexible y fluido. Sin embargo, este enfoque requiere de la máxima cautela a fin de evitar que los trabajos se conviertan en un debate permanente y circular que sería profundamente perjudicial para obtener resultados razonables; por ello, la oradora no puede compartir la propuesta del Relator Especial de que los proyectos de conclusión aprobados puedan ser revisados cuando la Comisión lo estime necesario. Esta propuesta es contraria a los métodos de trabajo de la Comisión y, además, generaría un número no desdeñable de problemas a la hora de determinar lo que es necesario o no para proceder al cambio de un proyecto de conclusión. Si la Comisión considera necesaria una revisión respecto de proyectos de conclusión ya adoptados, siempre podrá abordarla en una segunda lectura. En todo caso, la estabilidad de los proyectos de conclusión será mayor cuanto más claro sea el programa de trabajo propuesto por el Relator Especial y más fielmente se siga una vez que haya sido adoptado. Por ello, el programa de trabajo futuro esbozado en el informe es particularmente importante, pero sería deseable que el Relator Especial presentase una propuesta desarrollada.

85. En relación con los proyectos de conclusión propuestos, el proyecto de conclusión 1 define el alcance del tema como es habitual en los trabajos de la Comisión y de conformidad con la sinopsis, en la cual la Comisión llamaba la atención sobre la necesidad de que el ámbito de aplicación y los límites del proyecto fueran definidos cuidadosamente. Si bien no plantea problema alguno en principio, su contenido merece un tratamiento más crítico. Menciona únicamente «la forma en que se deben determinar las normas de *ius cogens* y las consecuencias jurídicas que de ellas dimanarán». Dejando al margen el empleo del término «determinación» en lugar de «identificación», el proyecto de conclusión tan solo recoge dos de los elementos que se enumeran en la sinopsis³⁸⁵: los «requisitos para la identificación» de las normas de *ius cogens* y sus «consecuencias o efectos». Por el contrario, excluye la referencia a la «naturaleza del *ius cogens*» y a la elaboración de una «lista ilustrativa» de normas de *ius cogens*. Sin ánimo de volver nuevamente sobre esta cuestión, la oradora considera que el alcance del tema, tal y como se refleja en el proyecto de conclusión 1, es muy limitado y poco conforme con la finalidad declarada en la sinopsis y en el informe del Relator Especial cuando afirma que el objeto del proyecto debería ser «elucidar el estado del derecho a tenor de la práctica actual». En consecuencia, este proyecto de conclusión debe ser objeto de revisión por el Comité de Redacción.

86. El proyecto de conclusión 2 suscita diversos problemas. En primer lugar, el párrafo 1 no guarda relación alguna con el tema. Aunque se pueda entender que el Relator Especial quiera establecer la base de comparación entre las normas de *ius cogens* y las restantes normas de derecho internacional, el párrafo 1 no es útil a tal fin y genera un número de dudas y controversias de

gran importancia. En la primera parte, parece referirse únicamente a las normas convencionales al emplear la expresión «por acuerdo entre los Estados», mientras que en la segunda parte se menciona el derecho internacional consuetudinario, lo que abre el debate sobre la propia naturaleza de esta categoría de normas y el papel que el «acuerdo entre los Estados» ocupa en su formación. En segundo lugar, la expresión «está prohibida» para referirse a los supuestos en que una norma de derecho internacional no imperativa (*ius dispositivum* en la terminología empleada por el Relator Especial) no puede ser modificada, suspendida o abrogada no parece conforme con el carácter precisamente positivo de dichas normas. Un análisis de la práctica permitiría concluir que dicho fenómeno se refleja mejor y más habitualmente a través de expresiones como «no está permitida» o «salvo que se establezca lo contrario». El concepto de prohibición parecería más conforme con la categoría de las normas imperativas. En tercer lugar, la referencia genérica a la modificación, suspensión o abrogación de una norma de derecho internacional a través de un tratado o del derecho internacional consuetudinario, sin ninguna otra precisión referida a la relación entre ambas categorías normativas, puede inducir a error, ya que podría ser interpretada en el sentido de que una costumbre puede modificar, suspender o abrogar un tratado, lo que no es conforme al derecho internacional ni refleja la intención del Relator Especial. Además, la referencia a «otro acuerdo» es poco afortunada, en especial porque obliga a reflexionar sobre cuál será ese otro acuerdo sin que se ofrezca ningún elemento a tal fin. Por último, el informe no ofrece ningún análisis que sirva de fundamento para el párrafo en cuestión.

87. El proyecto de conclusión 2, párrafo 2, por el contrario, guarda una relación directa con el tema, pero la forma en que se redacta es problemática. En primer lugar, se solapa en parte con el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, por lo que debería ser fusionado con este. En segundo lugar, presenta las normas de *ius cogens* como una «excepción». Aunque podría entenderse que el término «excepción» se emplea por relación al carácter dispositivo de las restantes normas de derecho internacional, dicho término no parece el más adecuado para referirse a las normas de *ius cogens*. A pesar del carácter extraordinario de dichas normas y de su número reducido, las normas de *ius cogens* no pueden ser consideradas en ningún caso como una «excepción» en el derecho internacional contemporáneo, máxime cuando dichas normas se refieren a valores esenciales del sistema internacional que las sitúa en una posición privilegiada tanto en el seno del proceso de producción normativa como en el seno de la responsabilidad internacional. Por estas razones, el proyecto de conclusión 2 debe ser suprimido y los elementos de su párrafo 2, reubicados en el proyecto de conclusión 3, párrafo 2.

88. En cuanto al proyecto de conclusión 3, constituye el auténtico punto de partida del tratamiento del tema y, por tanto, debe ser tratado con suma cautela, a fin de no inducir a error o confusión ni prejuzgar la evolución futura del proyecto de conclusiones. Desde esta perspectiva, es, al mismo tiempo, insuficiente y excesivo. Es insuficiente por lo que se refiere al párrafo 1, que recoge únicamente algunos de los elementos definidores del

³⁸⁵ Véase la nota 380 *supra*.

ius cogens enumerados en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y lo hace con una redacción distinta, sustituyendo la expresión «que no admite acuerdo en contrario» por la expresión «que no admiten modificación, derogación ni abrogación». Aunque el Relator Especial ha explicado en su exposición oral las razones por las que propone este cambio, no parecen convincentes ni justificadas en virtud del contenido del informe. Por el contrario, este proyecto de conclusión excluye la frase «que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Dicha exclusión no se justifica, en especial si se tiene en cuenta que ambas características se relacionan entre sí en términos acumulativos, como lo demuestra el empleo de la conjunción «y» en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y que ni el concepto de *ius cogens* ni su naturaleza jurídica pueden ser entendidos sobre la base exclusiva de alguno de estos elementos. En resumen, la oradora considera que el proyecto de conclusión 3 debe permanecer fiel a la definición de las normas imperativas dada por la Convención de Viena de 1969, respecto de la cual la Comisión no ha introducido ninguna modificación cuando se ha ocupado posteriormente de las normas imperativas de derecho internacional, en especial en relación con la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

89. El proyecto de conclusión 3, párrafo 2, incorpora elementos de muy diversa naturaleza que la oradora no cree que puedan mezclarse ni tampoco confundirse con los elementos que definen la naturaleza del *ius cogens* en términos normativos. Aunque comparte la opinión del Relator Especial de que «las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional», ello no puede ser considerado como un elemento normativo del *ius cogens*, sino como la fundamentación de su existencia. Por otro lado, la oradora no está segura de que la expresión «jerárquicamente superiores» defina adecuadamente la posición que el *ius cogens* ocupa en el sistema internacional en términos estructurales ni su relación con las normas de derecho dispositivo. Por último, la referencia a que son normas «universalmente aplicables» prejuzga el debate futuro sobre la existencia o no de un «*ius cogens* regional», cuestión que, conforme a lo dicho por el propio Relator Especial, será objeto de análisis en un informe ulterior. Por otro lado, la oradora cree que el contenido del proyecto de conclusión 3, párrafo 2, no está justificado en el análisis que figura en el informe examinado. Este párrafo debe ser suprimido y los elementos que contiene, incluidos en otros proyectos de conclusión.

90. Para concluir, la oradora recomienda que los proyectos de conclusión presentados por el Relator Especial sean remitidos al Comité de Redacción, en el entendimiento de que este los analizará a la luz de los comentarios realizados en sesión plenaria por todos los miembros de la Comisión, incluidos los relativos a la supresión del proyecto de conclusión 2 y del proyecto de conclusión 3, párrafo 2.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

3323ª SESIÓN

Martes 19 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Más tarde: Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Cafisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Has-souna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (A/CN.4/689, cap. II, secc. H³⁸⁶, A/CN.4/L.878³⁸⁷)

[Tema 11 del programa]

1. El PRESIDENTE señala a la atención de la Comisión el programa de trabajo revisado correspondiente a la tercera semana de la segunda mitad del período de sesiones, que se ha distribuido a los miembros de la Comisión, y dice que el Sr. Gómez Robledo, Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados, presentará su cuarto informe sobre el tema en la mañana del miércoles 20 de julio de 2016. El informe se publicará ese mismo día en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Entretanto, se han distribuido versiones anticipadas del informe en español, francés e inglés. El orador desea destacar que comenzar a debatir un tema sobre la base de versiones anticipadas de un informe distribuidas en solo algunos de los idiomas oficiales es un procedimiento extraordinario y agradece a los miembros de la Comisión su flexibilidad por mostrarse dispuestos a proceder de ese modo.

2. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO también desea dar las gracias a los miembros de la Comisión por adaptarse a las difíciles circunstancias, que espera que no se repitan en el próximo quinquenio. Para ello es importante que el Grupo de Planificación se asegure de hacer llegar un mensaje muy firme a la Asamblea General recomendando la adopción de medidas para que la Comisión pueda seguir cumpliendo su mandato en el futuro. El actual límite del número de páginas de los documentos supone una presión indebida para la Secretaría.

3. El Sr. HMOUD observa que el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no estará listo en algunos idiomas hasta principios de agosto de 2016 y dice que el examen por la Comisión de informes que aún no han sido traducidos a todos los idiomas oficiales debe considerarse excepcional y no debe sentar

³⁸⁶ Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones.

³⁸⁷ Ídem.