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. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, 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. H[386], A/CN.4/L.878[387])

[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.

ningún precedente. La Comisión debe solicitar a la secretaría que prepare un documento, para que esta lo examine en su 69º período de sesiones, en que explique por qué algunas versiones lingüísticas de los documentos no se han publicado a tiempo.

4. El Sr. KITTICHAISAREE dice que los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas deben recibir el mismo trato. Es importante que los relatores especiales cumplan estrictamente los plazos fijados por la secretaría para la presentación de los documentos a fin de que haya tiempo suficiente para traducirlos. Preocupa al orador que el retraso en la publicación de documentos en algunos idiomas imponga una carga excesiva a los relatores especiales y a los miembros de la Comisión, que a veces se ven obligados a dedicar parte del valioso tiempo asignado a las reuniones para volver a verificar traducciones realizadas de manera precipitada.

5. El Sr. FORTEAU desea suscribir lo dicho con respecto a la necesidad de que los documentos se traduzcan con precisión y en los plazos establecidos y a los problemas que la Comisión lleva años experimentando a ese respecto. Dicho esto, tal vez la Comisión tenga parte de responsabilidad por la situación. Ha incluido nueve temas en el programa del actual período de sesiones y no siempre ha seguido su propia recomendación de 2011 de que los informes de los relatores especiales no excedan de 50 páginas[388]. Por ello, quizás la Comisión haya sobrecargado a los servicios de traducción en cierta medida. El orador está de acuerdo en que el Grupo de Planificación debería ocuparse de esta cuestión.

6. El Sr. MURPHY dice que la Comisión se encuentra en una situación muy excepcional y que no resulta satisfactorio que las traducciones se distribuyan el primer día del debate sobre el tema. Los miembros de la Comisión necesitan tiempo, no solo para leer los informes, sino también para analizar las fuentes y realizar investigaciones. No obstante, antes de enviar ningún mensaje, la Comisión debe comprobar si los relatores especiales han cumplido los plazos establecidos para la presentación de los informes.

7. El PRESIDENTE dice que, si el tiempo lo permite, sería conveniente programar una reunión privada para hablar de los plazos, los límites de páginas y otras cuestiones relativas a la presentación y el examen de los informes. Entiende que la Comisión desea aprobar el programa de trabajo revisado propuesto por la Mesa.

Así queda acordado.

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

[Tema 10 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

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

9. El Sr. NIEHAUS desea dar las gracias al Relator Especial por su valioso informe sobre un tema que hace tiempo que requiere un estudio más a fondo. La importancia que atribuyen los Estados al *ius cogens* y su interés en él se reflejan claramente en su amplia aprobación de la decisión de la Comisión de ocuparse del tema y en sus declaraciones ante la Sexta Comisión.

10. En lo que respecta a la relación entre el derecho natural y las escuelas positivistas, el orador suscribe la afirmación del Relator Especial en el párrafo 42 del informe según la cual la labor de la Comisión debe basarse en un entendimiento sólido y práctico de la naturaleza del *ius cogens*, para lo cual es preciso estudiar algunos de los fundamentos teóricos mencionados anteriormente. Si bien evita con gran habilidad tratar de aportar una solución al debate teórico, el Relator Especial no niega su importancia. Personalmente, el orador suscribe la opinión citada en el párrafo 59 del informe de que el *ius cogens* se entiende mejor como una interacción entre derecho natural y positivismo.

11. En los párrafos 61 y siguientes del informe, el Relator Especial afirma acertadamente que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) plasma los elementos básicos de las normas de *ius cogens*, que son normas de derecho internacional general reconocidas por la comunidad internacional y no admiten acuerdo en contrario. Además, la práctica y la doctrina ponen de manifiesto que dichas normas son de aplicación universal y superiores a otras normas de derecho internacional y sirven para amparar valores fundamentales de la comunidad internacional. El orador tiene reservas respecto de la noción de *ius cogens* regional, que no solo considera inapropiada, sino también potencialmente peligrosa, en la medida en que puede propiciar la idea de un *ius cogens* subregional, multinacional o bilateral, que va en contra de la esencia del *ius cogens*.

12. Habida cuenta de que los valores fundamentales de la comunidad internacional no son estáticos y pueden evolucionar en el tiempo, es esencial insistir en que el *ius cogens* puede transformar el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por extensión, la sociedad internacional. Por ejemplo, en un futuro próximo pueden surgir normas de *ius cogens* en ámbitos relativamente nuevos como el de la protección del medio ambiente. Por consiguiente, el potencial de transformación del *ius cogens* hace necesario un estudio más detallado.

13. Si bien la propuesta de facilitar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* ha sido acogida con cierta crítica y oposición, se trata de una lista muy necesaria, puesto que ayudará a aclarar las características del *ius cogens*. Aunque aún no se dispone de dicha lista, es posible, gracias a los elementos señalados anteriormente, tener una idea bastante clara de su contenido. Por ejemplo, no cabe duda de que la prohibición del genocidio, la tortura, el racismo y el *apartheid*, el derecho a la libre determinación y las normas fundamentales del derecho humanitario forman parte de lo que se debe entender por «*ius cogens*».

14. El orador coincide con el Relator Especial en que el formato más apropiado para presentar la labor de la

[388] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 192, párr. 372 *b*.

Comisión es el de un proyecto de conclusiones. Las conclusiones deben reflejar el derecho y la práctica actuales sobre el *ius cogens* y evitar los debates teóricos innecesarios.

15. En cuanto a los proyectos de conclusión, el orador dice que, al menos en la versión en español, el proyecto de conclusión 1 resulta confuso y constituye más una declaración de intenciones que una conclusión. Por ello, debe volver a redactarse según sea necesario. El texto del proyecto de conclusión 2, párrafo 1, es aceptable. En el proyecto de conclusión 2, párrafo 2, el orador preferiría que la última frase dijera «[u]na excepción a la disposición contenida en el párrafo anterior» en lugar de «[u]na excepción a la regla enunciada en el párrafo 1». No obstante, deja la decisión en manos del Comité de Redacción. No tiene nada que objetar respecto del proyecto de conclusión 3, que es muy claro y apropiado y, sin duda alguna, el más importante de los tres proyectos de conclusión propuestos. En vista de su importancia y por razones de lógica, propone que se invierta el orden de los proyectos de conclusión 2 y 3. A reserva de que se tengan en cuenta los cambios que propone, el orador apoya la remisión de los tres proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

El Sr. Nolte (Vicepresidente) ocupa la Presidencia.

16. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO dice que el informe es un modelo de erudición e investigación y contiene un sucinto análisis de las múltiples cuestiones complejas relacionadas con el tema. Las declaraciones de los Estados Miembros ante la Sexta Comisión han demostrado la importancia que la materia tiene para ellos. Como es la primera vez, desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969, que la Comisión se ocupa del tema en profundidad, es preciso proceder con cautela para que no se interprete que el resultado se aparta de dicho texto. En el análisis de los fundamentos teóricos expuestos en el informe, revisten particular interés la tensión entre el derecho natural y las teorías positivistas y la conclusión a que se llega a ese respecto. Como han dicho otros miembros de la Comisión, ambos enfoques no son contradictorios y sirven para explicar el concepto de *ius cogens*.

17. El orador coincide con el Relator Especial en que la Comisión no debe apartarse de su método de trabajo tradicional basado en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina; el peso concreto de cada elemento en el resultado final variará necesariamente. Aunque la Comisión está dividida con respecto a la cuestión de la preparación de una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, dicha lista es importante y necesaria porque es preciso dar contenido al concepto de *ius cogens*, que goza de aceptación casi universal y ya no es seriamente cuestionado. Desde la firma de la Convención de Viena de 1969, la estructura jurídica de la comunidad internacional ha cambiado enormemente y ha evolucionado de manera que el actual ordenamiento jurídico internacional requiere certidumbre y seguridad. Una sociedad global requiere normas globales. Los Estados Miembros difícilmente entenderán que la Comisión pueda proceder al desarrollo progresivo del *ius cogens* sobre la única base de su definición y otras cuestiones teóricas, sin mencionar ni enumerar normas que tengan rango de *ius cogens*. Como afirma el Relator Especial en el párrafo 73 del informe, esencialmente la labor sobre el tema debería consistir en elucidar el estado del derecho a tenor de la práctica actual.

18. Las consecuencias de la idea de la aplicabilidad universal de las normas de *ius cogens* reseñadas en el párrafo 68 del informe, a saber, que la doctrina del objetor persistente no es aplicable al *ius cogens* y que las normas de *ius cogens* no se aplican en régimen regional o bilateral, tal vez resultan de haber establecido un paralelismo demasiado estrecho entre el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*. Se trata de una cuestión que requiere un examen más a fondo en futuros informes. Una lectura detenida del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia muestra que ambos artículos solo tienen dos palabras en común: «aceptada» y «reconocida». Si bien el ámbito de aplicación del Estatuto se limita claramente a cierta categoría de Estados, el artículo 53 de la Convención establece que una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Derivar de ese texto la noción de un *ius cogens* regional supondría un enorme ejercicio académico que puede erosionar, más que reforzar, el régimen de Viena y, en última instancia, propiciar el relativismo jurídico y aumentar la fragmentación del derecho internacional. Las normas imperativas de carácter regional son perfectamente aceptables y posibles, pero no por ello se consideran normas de *ius cogens*: para ello deben, entre otras cosas, ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Dicha aceptación y dicho reconocimiento requieren no solo que el valor que es preciso proteger tenga carácter universal, sino que su protección revista un interés humano fundamental. Cabe aplicar el mismo razonamiento, *mutatis mutandis*, respecto de la cuestión del objetor persistente que, en opinión del orador, no tiene cabida en el *ius cogens*.

19. En cuanto al producto final, el orador coincide con el Relator Especial en que el resultado más apropiado de la labor de la Comisión sobre el tema es un proyecto de conclusiones. Aunque se prestan a controversia, los tres proyectos de conclusión propuestos en el informe deben enviarse al Comité de Redacción teniendo en cuenta las siguientes observaciones: el proyecto de conclusión 1 es aceptable en cuanto a su contenido y su forma y la Comisión debe seguir el enfoque adoptado para el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Si se considera que la disposición no se ocupa del alcance del tema propiamente dicho, habrá que modificar su título. El proyecto de conclusión 2 es innecesario; la distinción que trata de hacer entre *ius cogens* e *ius dispositivum* puede hacerse en el comentario. El orador está de acuerdo con lo dicho por el Sr. McRae con respecto al proyecto de conclusión 2. Respalda el proyecto de conclusión 3, que tiene una importancia fundamental. No obstante, en relación con su párrafo 1, la Comisión debería mostrar cautela en su enfoque y no apartarse del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969; de ser necesario, el párrafo 1 debería reproducir el texto del artículo 53 con cambios de menor importancia. El orador suscribe la idea central del párrafo 2, que está bien fundado y, de hecho, debe conformar un proyecto de conclusión separado.

20. El Sr. KAMTO desea felicitar al Relator Especial por su notable primer informe, en particular su capítulo III, que presenta un panorama general de la evolución histórica del concepto de *ius cogens* y constituye un buen punto de partida para el estudio del tema.

21. A diferencia de la mayoría de los otros temas de los que se ocupa la Comisión, el del *ius cogens* es puramente conceptual, por lo que las cuestiones teóricas que plantea no pueden ignorarse ni abordarse a la ligera. Solo cuando se comprende claramente cómo una norma jurídica pasa a considerarse *ius cogens* se puede estudiar la naturaleza de este. A pesar de lo que pueda haber afirmado la doctrina, el *ius cogens* no es ni puede ser una norma técnica. Se trata más bien de una norma de valor consagrada por el derecho; no es necesariamente una norma moral y el conjunto de valores en los que se inscribe carece de relevancia. Esa es la fuente metajurídica de la norma de *ius cogens*, no el *instrumentum* de la norma, y esa es la pregunta a la que trata de responder el debate sobre la naturaleza del *ius cogens*. El *instrumentum* puede ser un tratado o una costumbre, mientras que la fuente metajurídica puede ser religiosa o filosófica, ser fruto de la lógica natural o la razón o venir asociada a la aparición de un orden público internacional.

22. Así pues, el Relator Especial sin duda tiene razón al considerar las dos principales teorías jurídicas del derecho natural y el positivismo jurídico. No se trata de volver a examinar esas teorías ni los elementos que las conforman, sino de tomarlas como punto de partida para explicar el fundamento del carácter jurídico normativo, ya sea con objeto de tratar de determinar el origen del *ius cogens* o para establecer sus características específicas en comparación con otras normas de derecho «ordinarias». A este respecto, hay cierta falta de claridad sobre la idea que tiene el Relator Especial del concepto de «naturaleza» en la medida en que, en el párrafo 42 de su informe, alude al concepto de los «fundamentos» del *ius cogens* mientras que, en el párrafo 43, habla de su «importancia» en un marco distinto del de la Convención de Viena de 1969. Técnicamente, el artículo 53 de la Convención debe sin duda ser el punto de partida del estudio; no obstante, aunque dicho artículo explica la forma en que una norma de derecho internacional general pasa a ser imperativa, no explica por qué tal norma llega a tener la particular característica de volver nulo todo tratado que esté en oposición con ella. Si no se aborda esta cuestión, la aparición del *ius cogens* se limitará a los casos en que la norma esté prevista en un tratado, donde es una clara expresión de la voluntad de los Estados de que se trate. No obstante, ello no explicaría por qué una norma consuetudinaria debe convertirse en *ius cogens*.

23. Para establecer por qué solo algunas normas de derecho internacional consuetudinario o derecho internacional general pasan a ser *ius cogens*, es preciso distinguir entre las normas de *ius cogens* derivadas de los tratados y las que dimanan del derecho internacional consuetudinario o el derecho internacional general. En el primer caso, una norma pasa a ser norma de *ius cogens* cuando así se establece en un tratado en el que sea parte la comunidad internacional de Estados en su conjunto. No obstante, una norma convencional que no aparezca designada como *ius cogens* en el tratado en cuestión puede ser declarada como tal, de conformidad con el derecho consuetudinario, por un tribunal internacional en una controversia que se haya sometido a su decisión, como ha ocurrido con la norma de la prohibición de la tortura en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Furundžija* citada en el párrafo 55 del informe.

24. Una norma que tenga su origen en el derecho consuetudinario puede convertirse en *ius cogens* en virtud del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, que permite a la Corte Internacional de Justicia decidir sobre la naturaleza imperativa de una norma. No obstante, también se puede afirmar que una norma de derecho internacional consuetudinario o de derecho internacional general es imperativa porque expresa un valor fundamental de la comunidad internacional de Estados.

25. El orador cree que ambas ideas deben combinarse. Si, como han dicho algunos miembros, el *ius cogens* no convencional debe determinarse en función de la práctica, no está claro por qué una práctica debe convertirse en norma jurídica o, *a fortiori*, en *ius cogens*. Incluso si se añadiera la *opinio iuris* al requisito de la práctica, esta solo identificaría una norma consuetudinaria, no una norma de *ius cogens*. En el contexto del presente tema, es preciso hacer referencia a la práctica acompañada de una *opinio iuris* de carácter imperativo, que tal vez podría llamarse *opinio iuris cogentis*.

26. En relación con la segunda cuestión teórica, la idea de la superioridad del *ius cogens* respecto de otras normas de derecho internacional mencionada en los párrafos 63 y siguientes del informe, el orador conviene con otros miembros en que no se ha aportado ningún argumento convincente que respalde esa jerarquía normativa. La jerarquía se basa fundamentalmente en la distinción entre *ius cogens* e *ius dispositivum*. No obstante, en la teoría clásica del derecho internacional, esa distinción se basa en el origen de las normas, no en su valor jurídico o su alcance. El orador suscribe la afirmación que figura en el párrafo 66 del informe de que los Estados no pueden eludir el *ius cogens* mediante acuerdo en contrario. Sin embargo, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, una norma de *ius cogens* puede ser modificada por una nueva norma de *ius cogens*. Reconocer la superioridad del *ius cogens* equivaldría a decir, por ejemplo, que prevalece en todo momento sobre cualquier norma que no sea de *ius cogens*, incluso en las cuestiones procesales. No obstante, dicho argumento es inadmisible a la luz del fallo dictado el 3 de febrero de 2006 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, en el que la Corte afirmó que «considera necesario recordar que el mero hecho de que se planteen derechos y obligaciones *erga omnes* o normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en una controversia no puede en sí mismo constituir una excepción al principio de que su competencia depende siempre del consentimiento de las partes» (párrafo 125 del fallo).

27. Una tercera cuestión teórica relacionada con el *ius cogens* como norma de derecho consuetudinario es la del objetor persistente. Aceptar la idea de la objeción persistente como forma de eludir la aplicación del *ius cogens*

supondría apartarse de lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, según el cual una norma imperativa de derecho internacional general es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

28. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 también contradice la cuarta cuestión teórica planteada sobre la posibilidad de un *ius cogens* regional. Los Estados de una determinada región pueden usar el término que deseen para describir las normas que establezcan con objeto de imponerse obligaciones mutuas sin que por ello dichas normas se encuentren al mismo nivel que el *ius cogens* en el sentido del artículo 53. De hecho, la mayoría de las obligaciones *erga omnes* establecidas a nivel regional pueden ser consideradas *ius cogens* por y para los Estados en cuestión pero, al igual que cualquier otra norma no imperativa, serán nulas si están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general y no podrán aplicarse a terceros Estados fuera de la región de que se trate.

29. En cuanto a las cuestiones metodológicas, el Relator Especial debería haber comenzado su estudio del tema aclarando sus principales términos. Así, debería haber definido el concepto de *ius cogens* en relación con las obligaciones *erga omnes*, por una parte, y las normas inviolables y las normas que no admiten acuerdo en contrario, por otra. Las normas de *ius cogens* son *erga omnes*, como ha interpretado la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia. No obstante, no todas las normas *erga omnes* son automáticamente *ius cogens*. Debe estudiarse si el *ius cogens*, las normas inviolables y las normas que no admiten acuerdo en contrario son sinónimas y, en caso afirmativo, por qué se utilizan distintos términos para el mismo concepto.

30. La mediación institucional o jurisdiccional es esencial para explicar la aparición del *ius cogens* no convencional, al constituir el nexo entre el fundamento metajurídico del *ius cogens* y el mecanismo previsto en el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969. De ese artículo se desprende claramente que, aparte de los casos en que la condición de *ius cogens* viene establecida en un tratado, en la práctica corresponde por lo general a la Corte Internacional de Justicia determinar si una norma supuestamente imperativa de hecho es o no *ius cogens*. El artículo 66 refleja claramente que los autores de la Convención sabían que a los Estados les sería difícil ponerse de acuerdo sobre la aplicación o interpretación de una norma supuestamente imperativa. Así pues, la Corte servirá de mediador, como lo hace para determinar el derecho internacional consuetudinario. Esa es, al menos de momento, la mejor forma de determinar el *ius cogens*. De hecho, el orador no tiene conocimiento de ningún *ius cogens* convencional, ya que la mayoría de los ejemplos citados proceden de la jurisprudencia.

31. En cuanto a si elaborar una lista de normas de *ius cogens* o remitirse a ejemplos en los comentarios, el orador no tiene ninguna preferencia especial. En primer lugar, esa lista nunca podrá ser exhaustiva, por lo que no será diferente de una simple enumeración de ejemplos. En segundo lugar, aunque la Comisión debe identificar los principios rectores o el método para determinar el *ius cogens*, no debe tratar de identificar las normas en cuestión. Si bien lo ha hecho en el pasado, como recuerda la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 27 de junio de 1986 en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, fue antes de la aprobación de la Convención de Viena de 1969. El orador cree que el artículo 66 de la Convención, conjuntamente con el artículo 53, indica que la determinación de esas normas incumbe a los Estados en el marco de un tratado y que, fuera de ese marco, en el contexto de una controversia entre Estados, incumbe a la Corte Internacional de Justicia. No sería aconsejable que la Comisión procediera en ese sentido, arriesgándose a ser desautorizada por la Corte.

32. Por lo que respecta a los proyectos de conclusión, el orador dice que, en caso de retenerse los tres, habría que invertir el orden de los proyectos de conclusión 2 y 3. No obstante, considera que no todos los proyectos de conclusión deben remitirse al Comité de Redacción.

33. El proyecto de conclusión 1 se ha redactado en términos imperativos que no tienen respaldo alguno en el contenido del informe y no se corresponden con la noción misma de «conclusión». Convendría sustituir la expresión «El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas» por «El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera de identificar las normas de *ius cogens*…» porque el objeto del proyecto de conclusiones es simplemente determinar la manera de proceder, no establecer una obligación jurídica a ese respecto.

34. El proyecto de conclusión 2, en especial su primer párrafo, parece complicado, oscuro y carente de pertinencia porque, de hecho, equivale a decir que el *ius cogens* no puede ser modificado, derogado o abrogado a menos que el *ius dispositivum* disponga otra cosa. El orador se pregunta qué tiene de especial el *ius cogens* en ese sentido, ya que lo mismo cabe decir del propio *ius dispositivum*. Dada la falta de pertinencia del primer párrafo, el segundo párrafo, en el que se establece una norma no existente, es superfluo porque la norma inicial a la que supuestamente constituye una excepción es incorrecta.

35. El proyecto de conclusión 3, párrafo 1, podría mejorarse reproduciendo el texto exacto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y debería titularse «Carácter de las normas de *ius cogens*». El segundo párrafo de ese proyecto de conclusión requiere un examen más a fondo y debe convertirse en un proyecto de conclusión separado. Si bien no descarta la idea del Relator Especial de que las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, el orador considera que esa idea debe fundamentarse en la teoría y la práctica con ejemplos sacados de la práctica de los Estados y la jurisprudencia. El Relator Especial no aporta suficientes pruebas en su primer informe.

36. El orador está a favor de remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 y 2, párrafo 1, pero no los proyectos de conclusión 2, párrafo 2, y 3, párrafo 2.

37. En cuanto a la labor futura sobre el tema, no conviene evaluar los proyectos de conclusión ya aprobados para mejorar su coherencia general porque ello introduciría un elemento de inseguridad en el resultado de esa labor que, pese a ser provisional, ya sería de dominio público. En segundo lugar, el Relator Especial debe dejar claro que en su tercer informe se ocupará de las consecuencias del *ius cogens* en relación con la responsabilidad de los Estados. No sería lógico mencionar ese aspecto del tema antes de definir la noción de las consecuencias y examinar las normas jurídicas al respecto.

38. Por último, el orador coincide con otros miembros de la Comisión en que, dado que también hay *ius cogens* en el derecho interno, sería aconsejable precisar más el título del tema y cambiarlo a «*ius cogens* internacional» o «*ius cogens* en el ordenamiento jurídico internacional».

39. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER desea felicitar al Relator Especial por su excelente primer informe sobre una cuestión muy compleja y por el enfoque flexible y prudente que ha adoptado al respecto.

40. En el capítulo II de su informe, el Relator Especial aborda la idea de elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* a la luz de las observaciones formuladas durante los debates. No obstante, se corre el riesgo de que algunos Estados puedan considerar que se trata de una lista exhaustiva cuando no lo es, o de que sea una lista incompleta. Por otra parte, nada impide a la Comisión aclarar la naturaleza de las normas de *ius cogens* proporcionando ejemplos en el comentario.

41. Si bien puede haber perfectamente muchos ejemplos de causas en que los tribunales nacionales e internacionales hayan hecho referencia a normas de *ius cogens*, para aliviar las preocupaciones de los Estados que han expresado reservas por la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, esta debe seguir su práctica habitual de basar su labor en la práctica efectiva de los Estados.

42. En vista de lo dicho en el párrafo 28 del informe, convendría que la Comisión centrara su atención en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, las normas de *ius cogens* que allí se establecen y los trabajos preparatorios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969. Las posiciones adoptadas por los Estados proporcionan el marco necesario para determinar la naturaleza actual del *ius cogens*. Desde la Conferencia de Viena, estos han aceptado la existencia del *ius cogens* como excepción a las normas generales del derecho internacional.

43. Ninguna de las teorías expuestas en los párrafos 50 y siguientes del informe explican del todo por qué el *ius cogens* es imperativo. Como las decisiones de los tribunales no han aclarado suficientemente la cuestión, el orador respalda la preferencia del Relator Especial por recurrir al derecho internacional público como fundamento teórico y definir las normas de *ius cogens* como normas inderogables que encarnan los valores fundamentales de la comunidad internacional.

44. El orador es partidario de remitir los tres proyectos de conclusión contenidos en el capítulo VI del informe al Comité de Redacción y valora positivamente el enfoque flexible que propugna el Relator Especial en el capítulo VII para los futuros trabajos.

45. El Sr. AL-MARRI felicita al Relator Especial por su informe y su prometedor comienzo del estudio de una importante cuestión. Dice que los tres proyectos de conclusión deben remitirse al Comité de Redacción porque reflejan un amplio consenso entre los profesionales y los autores de prestigio. El Relator Especial ha determinado la naturaleza básica del *ius cogens* y ha propuesto algunas soluciones prácticas. El principio del *ius cogens* se recoge en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y existe el reconocimiento general de que se aplica a la prohibición del genocidio y la agresión, así como al derecho de libre determinación, entre otras cosas.

46. El Sr. TLADI (Relator Especial) resume el debate sobre su primer informe diciendo que la energía y riqueza de los intercambios de opiniones harán que la labor de la Comisión sobre el tema sea de la máxima calidad.

47. No ha tomado ninguna posición concreta en el debate entre derecho natural y derecho positivo en su informe. No está de acuerdo con el Sr. Valencia-Ospina cuando afirma que la toma del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida implica necesariamente un enfoque basado en el consentimiento. La dicotomía entre consentimiento y contenido mencionada por el Sr. Petrič es muy interesante. El primer elemento, el consentimiento, plantea cuestiones sobre el sentido de la expresión «aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» y sin duda será objeto de futuros debates en la Comisión. El orador comprende que el Sr. Vázquez-Bermúdez y el Sr. Caflisch consideren que esa expresión no refleja necesariamente una inclinación positivista. No está de acuerdo con el Sr. Nolte y el Sr. Kolodin en que el artículo 53 resuelve necesariamente el debate y, al igual que el Sr. Hmoud, ni siquiera considera esencial resolver ese debate. La cuestión de un *ius cogens* basado en los tratados planteada por el Sr. Kamto tendrá que estudiarse en el segundo informe. En contra de la opinión del Sr. Kamto, no es necesario resolver el debate teórico para abordar esa cuestión. No obstante, el orador suscribe en gran medida lo dicho por el Sr. Kamto sobre el enfoque que debe adoptarse respecto del tema.

48. El orador está abierto a la idea del Sr. Candioti de que el título debe indicar claramente que las normas imperativas de derecho internacional son *ius cogens*. De hecho, el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, así lo hace al añadir las palabras *ius cogens* entre paréntesis tras «normas imperativas…». No debe haber confusión alguna con respecto a las expresiones «normas fundamentales», «valores fundamentales» y «principios fundamentales», que no se utilizan indistintamente. Si bien pueden guardar cierta relación, los valores fundamentales no son en sí mismos normas, leyes ni principios. Las normas, principios o leyes, ya sean fundamentales o no, pueden reflejar valores fundamentales, pero ello no significa que los valores fundamentales y las leyes, principios o normas fundamentales sean la misma cosa. Esa es la razón de que el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, solo diga que el *ius cogens* protege los valores fundamentales.

49. Todos los miembros de la Comisión han convenido en que la labor sobre el tema se base en el material que suele utilizar la Comisión, a saber, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina. Sir Michael Wood y el Sr. Valencia-Ospina han preguntado si el informe actual se mantiene fiel a ese enfoque. De hecho, todos y cada uno de los elementos de los proyectos de conclusión se basan en la práctica. El orador da las gracias al Sr. Caflisch por señalar a la atención de los miembros una disposición de la Constitución suiza que constituye un importante ejemplo de práctica y al Sr. Kolodkin por sus referencias a la jurisprudencia de la Federación de Rusia.

50. Sería poco aconsejable que la Comisión basara su labor en un debate teórico sobre el *ius cogens* para eludir el problema de la escasez de práctica, cuestión que han planteado la Sra. Jacobsson y el Sr. Valencia-Ospina. La diversidad de opiniones hará que el recurso a la teoría en ausencia de práctica se traduzca en un enfoque de preferencia normativa, algo que el orador ha criticado en otras ocasiones. Da las gracias al Sr. Hmoud por insistir acertadamente en que es preciso distinguir entre el uso de la jurisprudencia internacional como medio subsidiario de identificación de normas, y la jurisprudencia nacional, que no solo identifica normas, sino que también constituye práctica. El empleo de la expresión «práctica de los Estados y […] práctica judicial» en el informe puede haber difuminado esa distinción. El párrafo 10 del informe se limita a describir los puntos de vista sobre la práctica expresados en la Sexta Comisión y no implica opinión alguna sobre su validez.

51. Los miembros de la Comisión han mostrado divergencias sobre la conveniencia de elaborar una lista ilustrativa. El Sr. Comissário Afonso, el Sr. Caflisch, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Forteau, el Sr. Hmoud, el Sr. Kolodkin, el Sr. Niehaus, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Saboia y el Sr. Šturma son partidarios de elaborar una lista, mientras que el Sr. Kittichaisaree, la Sra. Jacobsson, el Sr. Murase, el Sr. Nolte, el Sr. Singh y Sir Michael Wood están en contra. El orador garantiza a los miembros que toda lista que la Comisión elabore se basará en la práctica de los Estados y en las decisiones de los tribunales internacionales, y no en las preferencias normativas de la Comisión. Como ha dicho acertadamente el Sr. Kolodkin, el material que podría incluirse es abundante y, como han indicado el Sr. Caflisch y el Sr. Comissário Afonso, muchos recibirían con agrado esa lista.

52. Si bien la idea de una lista ilustrativa puede, por lo tanto, resultar atractiva, sigue preocupando la cuestión de si el *ius cogens* es un tema metodológico u orientado a los procesos. El orador entiende el argumento del Sr. Forteau de que lo que distingue al tema actual del tema del derecho internacional consuetudinario, de vertiente metodológica, es la inclusión expresa de un elemento normativo/sustantivo en el programa aprobado por la Comisión. No obstante, ese programa no impide a la Comisión optar por avanzar en una dirección distinta, como ha hecho a veces en el pasado. Por otra parte, tal vez el Sr. Petrič tenga razón al decir que, aunque la Comisión decida elaborar una lista ilustrativa, no tiene por qué apartarse de un método orientado a los procesos, siempre que incluya únicamente normas de *ius cogens* universalmente aceptadas. La lista mencionada por el Sr. Park ha sido elaborada no solo por la Comisión, sino también por el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional y, en algunos aspectos, se aparta de la propia lista de la Comisión. Parece haber consenso en la Comisión sobre la necesidad de proporcionar algunos ejemplos de normas de *ius cogens*, al menos en los comentarios. No obstante, el orador entiende el argumento del Sr. Murphy en el sentido de que compilar una lista a partir de los comentarios para incluirla en un anexo plantearía dificultades, ya que el material citado en los comentarios se ha elegido con fines metodológicos y no porque ilustre el contenido de las normas. Lo mejor sería atender a la sugerencia del Sr. Hassouna, el Sr. Kolodkin y el Sr. McRae y aplazar la toma de una decisión.

53. El Sr. McRae, el Sr. Murphy y Sir Michael Wood han planteado una objeción metodológica a lo que el orador ha calificado de «la fluidez del tema», y el Sr. Nolte y el Sr. Singh han mantenido que, una vez aprobado, un proyecto de conclusión ya no puede considerarse fluido. No obstante, el Sr. Hassouna ha señalado con razón que, con la referencia al enfoque fluido, lo que se pretende decir en el informe es que los proyectos de conclusión propuestos pueden reconsiderarse, de ser necesario, a la luz de la orientación que decida la Comisión. No cabe duda de que, como diría el Sr. Nolte, ello requeriría una «decisión positiva». El orador suscribe personalmente la opinión del Sr. Vázquez-Bermúdez de que la Comisión no aprobará en modo alguno una disposición de dudosa validez. En el párrafo 68 del informe no se afirma, como ha dicho el Sr. Murphy, que la conclusión de que las normas de *ius cogens* son universales es provisional y está sujeta a revisión. En el párrafo 67 del informe se señala de forma inequívoca que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables. Lo que es provisional es la conclusión de que no puede haber objetores persistentes al *ius cogens* y de que no puede haber un *ius cogens* regional. Dado que no se proponen proyectos de conclusión sobre el *ius cogens* regional ni sobre los objetores persistentes, no se puede dar a entender que el párrafo 68 es un ejemplo de enfoque fluido conducente a la aprobación provisional de proyectos de conclusión que tendrán que volver a examinarse cuando la Comisión se cerciore de su validez.

54. Incluso si en futuros informes se revelara una enorme cantidad de material en apoyo de la noción de *ius cogens* regional, ello no alteraría la premisa básica de que el *ius cogens* es universalmente aplicable. En ese sentido, el orador observa que, en el tema de la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», la referencia en el proyecto de conclusión 16 [15], párrafo 2, a una «práctica general entre los Estados interesados» no requiere la revisión del proyecto de conclusión 8 [9], que establece que «[l]a práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa»[389]. Por consiguiente, coincide con el Sr. Nolte en que el carácter universal del *ius cogens* no excluye la posibilidad de un *ius cogens* regional, y con la suposición de la Sra. Jacobsson de que, incluso si la Comisión se ocupara del *ius cogens* regional, la norma general es que el *ius cogens* se aplica universalmente. El *ius cogens* regional será

[389] 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).

objeto de un estudio detallado en futuros informes; no ha quedado descartado como han pensado el Sr. Forteau, el Sr. Hassouna, el Sr. Nolte, el Sr. Park y Sir Michael Wood.

55. En contra de lo que afirman el Sr. Forteau, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte y Sir Michael Wood, el informe no da a entender que la Comisión debe aprobar conclusiones con la intención de reconsiderarlas y, en todo caso, la Comisión reconsidera a menudo textos aprobados por ella. Por ejemplo, se ha propuesto un examen de esa índole respecto del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, en el tema de «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»[390] y respecto del proyecto de artículo 1 en el tema de la «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»[391].

56. Por lo que respecta a los proyectos de conclusión propiamente dichos, el orador afirma que el proyecto de conclusión 1 ha contado con un amplio apoyo, a reserva de algunos comentarios sobre el texto, pero que el proyecto de conclusión 2 ha sido objeto de una crítica casi unánime. El proyecto de conclusión 3, párrafo 1, ha contado con un amplio apoyo con algunas propuestas de modificación, mientras que varios miembros han criticado el proyecto de conclusión 3, párrafo 2.

57. En cuanto al texto del proyecto de conclusión 1, el alcance del tema en su conjunto y los problemas de definición, el Sr. Murase, con el apoyo de la Sra. Escobar Hernández, ha expresado asombro por que el informe limite el alcance del tema únicamente al derecho de los tratados y no se ocupe del sentido y la función del *ius cogens* en el contexto del derecho de la responsabilidad de los Estados. El orador coincide con el Sr. Murase en que la Comisión no puede ignorar las implicaciones del *ius cogens* en el contexto de la responsabilidad de los Estados; de hecho, la Comisión no puede ignorar esas implicaciones respecto de ningún ámbito o sujeto de derecho internacional. El programa para el tema[392], en particular en el párrafo 17, incluye expresamente el derecho de la responsabilidad de los Estados, no solo como importante fuente de los materiales en que la Comisión basará su labor, sino también en relación con los efectos del *ius cogens* en la responsabilidad de los Estados; además, parte de los materiales citados en el programa y en su primer informe guarda relación con la responsabilidad de los Estados. Como ha señalado el Sr. Murase, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales en materia de *ius cogens*, incluida la que el informe utiliza como base, se refiere en su inmensa mayoría a cuestiones distintas del derecho de los tratados. No cabe duda de que el alcance del tema excede del derecho de los tratados y abarca también el derecho de la responsabilidad de los Estados, en particular en relación con las consecuencias.

58. Cabe interpretar que, con su afirmación, el Sr. Murase da a entender que la definición y la naturaleza del *ius cogens* varían según el ámbito del derecho, opinión que el orador no comparte. La Comisión ha estudiado el *ius cogens* en diversos contextos, incluido el derecho de la responsabilidad de los Estados y la fragmentación, y en ningún momento se ha sugerido semejante posibilidad. Las consecuencias del *ius cogens* varían, pero su naturaleza y definición no. Por consiguiente, no es necesario identificar el *ius cogens* a los efectos del derecho de los tratados y el *ius cogens* a los efectos del derecho de la responsabilidad de los Estados.

59. El Sr. Forteau se ha mostrado sorprendido de que el informe no aborde el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969, disposición que, en cierto modo, se ocupa de la derogación. No obstante, en el párrafo 4 del informe se indica claramente que cuestiones como la relación entre el *ius cogens* y la inderogabilidad se tratarán en informes posteriores. Lo mismo cabe decir de la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, planteada por el Sr. Kamto, que se examinará en el marco de las consecuencias o efectos del *ius cogens*.

60. El orador apoya la propuesta del Sr. Nolte de modificar el proyecto de conclusión 1 sustituyendo las palabras «se refiere a la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas, y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas» por «se refiere a la identificación de las normas de *ius cogens* y sus consecuencias jurídicas». El Sr. Murase formula una propuesta alternativa pero, a menos que esta reciba un apoyo abrumador, el orador no la prefiere a la sugerencia del Sr. Nolte, ya que implica que el tema se refiere a la existencia y el contenido de las normas de *ius cogens*, cuando no es así. El orador coincide con el Sr. McRae en que corresponde al Comité de Redacción determinar el título del proyecto de conclusión 1 pero, a fin de garantizar un enfoque coherente, este debe basarse en las decisiones que tome la Comisión con respecto a los temas del derecho internacional consuetudinario, la protección de la atmósfera y la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por lo que respecta a la versión en francés del proyecto de conclusión 1, el orador da las gracias al Sr. Kamto por sus observaciones y expresa la esperanza de que pueda subsanarse el problema.

61. El principal motivo de las críticas hacia el proyecto de conclusión 2 es que su primer párrafo se ocupa de cuestiones que escapan al alcance del presente tema, en particular al abordar la manera en que las normas de *ius dispositivum* pueden ser modificadas, abrogadas o derogadas. Muchos miembros han planteado esa preocupación y el orador ha llegado al convencimiento de que las críticas son fundadas y el proyecto de conclusión se aparta en exceso al tratar cuestiones de naturaleza general que no entran dentro del alcance del tema. Es inevitable que, al tratar de resumir una cuestión tan vasta en un apresurado proyecto de conclusión, se pierdan importantes matices. La principal razón de proponer el proyecto de conclusión ha sido poner de relieve el hecho de que el derecho internacional vigente reconoce el *ius cogens* como una excepción a la regla general. El orador sigue creyendo necesario incluir esa idea y espera que pueda mantenerse, pero sin las actuales implicaciones del primer párrafo del proyecto de conclusión 2. Tal vez el Comité de Redacción pueda considerar la posibilidad de incorporarlo en el proyecto de conclusión 3, párrafo 1. El orador confiesa

[390] Véase *Anuario… 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/694, párrs. 118 a 122.

[391] Véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 43, nota 237.

[392] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), anexo, págs. 188 y 189, párrs. 13 a 17.

cierto grado de incertidumbre con respecto al razonamiento de la Sra. Escobar Hernández al preguntarse por qué el *ius cogens* no es excepcional. Tanto el Sr. Hmoud como el Sr. Al-Murtadi Suleiman Gouider han destacado su naturaleza excepcional, de la cual pueden encontrarse sobradas razones en los párrafos 65 y 66 del informe, en especial en la penúltima nota del párrafo 65.

62. Las observaciones sobre el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, que se refieren sobre todo a aspectos de redacción, son de gran utilidad. En su declaración introductoria, el orador ya propuso suprimir los términos adicionales «modificación» y «abrogación» y sustituir en la versión en inglés «*rules*» por «*norms*», y ambas propuestas contaron con el apoyo de muchos miembros. Está de acuerdo con la propuesta de Sir Michael Wood, apoyada por el Sr. Hassouna y el Sr. Kittichaisaree, entre otros, de ajustar plenamente el párrafo al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

63. La mayoría de los miembros de la Comisión han apoyado el contenido del proyecto de conclusión 3, párrafo 2, y se han hecho algunas propuestas de redacción. Varios miembros han expresado dudas, no sobre el contenido del párrafo, sino sobre la oportunidad del examen del párrafo. Otros se han opuesto a su contenido. El orador no está en absoluto de acuerdo con quienes han tratado de sugerir que los elementos señalados en el párrafo no encuentran apoyo alguno, ni en general ni en el informe. Al igual que otros miembros de la Comisión, considera que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 es muy importante. Prácticamente todos los miembros han destacado la necesidad de que la Comisión base su labor en la práctica, pero Sir Michael Wood, con el apoyo del Sr. McRae y el Sr. Forteau, básicamente ha sugerido que el informe finge seguir ese enfoque metodológico y que no hay práctica que sustente los elementos contenidos en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3.

64. La idea de que los valores fundamentales son una característica básica del *ius cogens* está tan ampliamente aceptada que incluso un distinguido autor que no la suscribe —el profesor Robert Kolb— ha reconocido su preponderancia. Por tanto, sorprende al orador que algunos miembros de la Comisión quieran cuestionarla. Como ha observado acertadamente el Sr. Petrič, las normas que indudablemente son *ius cogens* reflejan importantes valores, y el Sr. Šturma ha señalado que las normas imperativas protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. En su opinión consultiva en *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia describe el fundamento de la prohibición del genocidio en el sentido de que impide un crimen «que perturba la conciencia de la humanidad» y «que es contrario a la ley moral» (página 23 de la opinión). Según la Corte, por ello la prohibición refleja «los principios de moralidad más elementales» (ibíd.). La declaración de la Corte confirma que la prohibición del genocidio, que posteriormente ha ratificado en varias ocasiones como norma de *ius cogens*, refleja valores humanos fundamentales. Esto ha sido afirmado varias veces con el refrendo de la Corte, en particular en decisiones en que se confirma la naturaleza de *ius cogens* de dicha prohibición, y de otros tribunales, como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

65. En respuesta a la afirmación del Sr. Murphy de que la Corte jamás ha hablado de «valores fundamentales», el orador remite a la Comisión a las fuentes autorizadas que se citan en la segunda nota del párrafo 71 del informe, en particular los fallos de 2007 y 2015 en las causas relativas a, respectivamente, la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* y la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, en que la Corte describe las normas de *ius cogens* como normas que protegen «valores humanitarios esenciales» (párrs. 147 y 85). Por consiguiente, no se puede afirmar que la inclusión de los valores fundamentales en el proyecto de conclusión esté basada en extrapolaciones infundadas de la Convención de Viena. En la causa de la *Furundžija*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia fue más explícito al vincular la condición de norma de *ius cogens* de la prohibición de la tortura a «la importancia de los valores que protege» (párrafo 153 de la sentencia). El Tribunal declaró lo siguiente: «Es evidente que el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja la idea de que la prohibición ha pasado a ser una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional» (párr. 154). Estas palabras han sido citadas por varias jurisdicciones, entre ellas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*. En el caso *Michael Domingues c. los Estados Unidos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que las normas de *ius cogens* derivaban su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional. Todos los casos citados se mencionan en el informe; además, la Comisión ha aprobado el requisito del objetor persistente fundándose esencialmente en dos *obiter dicta* en las causas relativas a las *Pesquerías* y el *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*, una jurisprudencia mucho menos abundante que la citada en el presente caso.

66. Los Estados han expresado en múltiples ocasiones la opinión de que las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. Además de las declaraciones del Líbano y Nigeria mencionadas en el informe, hay otras muchas, en particular en relación con la labor de la Comisión acerca del derecho de los tratados. Durante el vigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, en el marco del tema del programa relativo al examen del papel de la Corte Internacional de Justicia, Bélgica señaló que la prohibición del uso de la fuerza establecida en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas era tan fundamental que había llegado a ser una norma imperativa de derecho internacional[393]. En el vigésimo séptimo período de sesiones, en relación con un tema sobre el examen de la Carta, España observó que, por muy importantes que fueran, los procedimientos de votación no podían en modo alguno equipararse a principios fundamentales y afirmó que, si bien eran parte del derecho positivo, no eran imperativos, por lo que tampoco eran intocables[394]. En el trigésimo primer período de sesiones, en sus observaciones acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos,

[393] A/C.6/SR.1210, párr. 9.

[394] A/C.6/SR.1380, párr. 7.

Yugoslavia describió las normas de *ius cogens* como obligaciones esenciales para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional[395], y Mali señaló que servían a los intereses fundamentales de la humanidad[396]. En el cuadragésimo noveno período de sesiones, Grecia consideró que el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, que, según dijo, estaban prohibidos por el *ius cogens*, tenía por objeto la protección de los intereses fundamentales de la humanidad[397].

67. La declaración de Francia en el quincuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, acerca de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, fue particularmente importante habida cuenta de que, en ese momento, Francia aún no había reconocido el *ius cogens*. Tras expresar dudas sobre él a la sazón del proyecto de artículo 19 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Francia señaló que la noción de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional parecía corresponder aproximadamente al concepto de una norma imperativa de derecho internacional general[398]. Pese a negar en ese momento la existencia del *ius cogens*, vinculó claramente el *ius cogens* a los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Durante el quincuagésimo quinto período de sesiones, Sudáfrica también planteó la idea de que las normas de *ius cogens* reflejaban intereses fundamentales, mientras que Alemania habló de valores humanitarios fundamentales[399] y Costa Rica, representada por el Sr. Niehaus, hizo referencia a intereses fundamentales[400]. En el quincuagésimo sexto período de sesiones, Portugal dijo lo siguiente:

> Los conceptos de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales de Estado, o de violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general, se basan en la creencia común en determinados valores fundamentales del derecho internacional que, debido a su importancia para la comunidad internacional en su conjunto, deben estar mejor protegidos que otros[401].

68. De manera similar, en su demanda en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Bélgica, representada por Sir Michael Wood, observó que la prohibición de la tortura era *ius cogens*, entre otras cosas debido a la importancia que la comunidad internacional en su conjunto atribuía a la supresión de la tortura.

69. Es igual de abundante la jurisprudencia interna en la que se plantea la misma idea. En el Reino Unido, el tribunal que conoció de la causa *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* sostuvo que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* en razón de la importancia de los valores que protegía. Del mismo modo, en la causa *Siderman de Blake v. Argentina*, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos afirmó que las normas de *ius cogens* se derivaban de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional. El Comité de Redacción tal vez pueda considerar la posibilidad de referirse a «intereses fundamentales», aunque el orador sigue prefiriendo «valores». Otra propuesta de redacción, respecto de la cual el orador ha expresado cierto apoyo, es la de la Sra. Jacobsson, que ha sugerido que se sustituya «protegen» por «reflejan».

70. Muchos miembros están de acuerdo en que las normas de *ius cogens* son superiores a las demás normas de derecho internacional, pero otros han manifestado dudas por la referencia a la jerarquía. Esas dudas parecen basarse, en primer lugar, en la falta de material que justifique la inclusión de la jerarquía y, en segundo lugar, en la opinión de que la superioridad jerárquica, en la medida en que las normas de *ius cogens* tienen esa condición, es una consecuencia y debe abordarse en ese contexto. El orador discrepa de ambos argumentos críticos. El primero es particularmente curioso, dado que la Comisión ya ha apoyado expresamente antes la superioridad jerárquica del *ius cogens*. En el párrafo 70 y la segunda nota del párrafo 69 del informe se cita la conclusión 32 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, que ha reconocido que el *ius cogens* es un ejemplo de norma de derecho internacional «superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad»[402].

71. La idea de la superioridad jerárquica encuentra fundamento en la jurisprudencia nacional e internacional. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, en la causa *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, se refirió a las normas de *ius cogens* como las de mayor rango en derecho internacional, algo que ha reiterado en otras de sus decisiones. Muchos votos particulares emitidos en resoluciones del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos citan favorablemente la causa *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua*. Entre otras decisiones del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos en que se apoya esa conclusión cabe citar *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, donde se describieron las normas de *ius cogens* como las que merecían el mayor rango en derecho internacional. También puede observarse el mismo razonamiento en las resoluciones de los tribunales de distrito de los Estados Unidos: por ejemplo, en *Sabbithi v. Al Saleh*, el Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia definió las normas de *ius cogens* como las que gozaban de mayor rango en derecho internacional y prevalecían sobre el derecho internacional consuetudinario y los tratados.

72. La noción de la superioridad jerárquica del *ius cogens* también puede apreciarse en varias sentencias del Reino Unido, en particular en las diversas ponencias de la causa *Pinochet*. Lord Wilkinson, por ejemplo, afirmó que el *ius cogens* gozaba de un rango superior en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados e incluso el derecho internacional consuetudinario «ordinario». En la causa *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Lord Bingham adoptó un enfoque similar, que posteriormente fue seguido en otras decisiones de la

[395] A/C.6/31/SR.30, párr. 43.
[396] Ibíd., párr. 69.
[397] A/C.6/49/SR.17, párr. 90.
[398] A/C.6/51/SR.36, párr. 26.
[399] A/C.6/55/SR.14, párr. 56.
[400] A/C.6/55/SR.17, párr. 63.
[401] A/C.6/56/SR.14, párr. 66.
[402] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 200.

Cámara de los Lores. La noción de la superioridad jerárquica ha sido respaldada en muchas decisiones de los tribunales canadienses, como en la sentencia del Tribunal Supremo en la causa *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* en el sentido de que las normas de *ius cogens* constituían una forma superior de derecho internacional consuetudinario, así como en las de los tribunales internos de la Argentina. En *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoció el *ius cogens* como la primera fuente del derecho internacional. Del mismo modo, en la causa *Simón, Julio Héctor y otros*, la Corte Suprema dictaminó que las normas de *ius cogens* no solo estaban por encima del derecho convencional, sino de todo el derecho internacional. También existe práctica, en forma de resoluciones judiciales en que se reconoce la superioridad jerárquica, de Filipinas, como la causa *Bayan Muna v. Alberto Romulo*, y Zimbabwe, en la causa *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*.

73. Los tribunales regionales también han hecho referencia a la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens*. En el asunto *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo alusión al efecto imperativo de la norma de *ius cogens*, de rango superior. En el sistema interamericano, en el caso *Michael Domingues c. los Estados Unidos* se calificó el *ius cogens* de «orden superior de normas jurídicas» (párr. 49).

74. El carácter jerárquicamente superior del *ius cogens* prácticamente no ha sido cuestionado salvo, al parecer, por algunos miembros de la Comisión. En el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, Portugal señaló que el *ius cogens* se basaba en la idea de una jerarquía material de normas, en la cual las normas superiores no podían derogarse[403]. Durante el sexagésimo octavo período de sesiones, los Países Bajos afirmaron que el *ius cogens* tenía una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adoptara la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario[404]. Otras declaraciones en que se reconoce la superioridad jerárquica del *ius cogens* son las de Cuba en el vigésimo segundo período de sesiones, Grecia en el trigésimo quinto período de sesiones y Eslovaquia y Chipre en el quincuagésimo cuarto período de sesiones. En sus alegaciones ante la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, Alemania indicó que la noción de la superioridad jerárquica del *ius cogens* era producto del derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial.

75. En cuanto a la segunda crítica, a saber, que la superioridad jerárquica es más una consecuencia que una característica del *ius cogens*, no está claro que así sea ni, como han sugerido el Sr. Murase y otros, que la superioridad jerárquica se aplique únicamente con respecto al derecho de los tratados. En las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, la Comisión no ha limitado la descripción del *ius cogens* como jerárquicamente superior a su aplicación en el contexto del derecho de los tratados, ni ha sugerido que sea una consecuencia. Además, las causas y declaraciones de los Estados citadas anteriormente hacen referencia principalmente a la superioridad jerárquica en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

76. A juicio del orador, una de las consecuencias de la superioridad jerárquica es la invalidez, pero la superioridad jerárquica en sí no es una consecuencia, como también se desprende de las conclusiones de la Comisión sobre la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional. Las conclusiones 32 y 33 describen el *ius cogens*, entre otras cosas, en términos de superioridad, mientras que la conclusión 41 establece los efectos, incluida la invalidez[405]. La Comisión no ha considerado la superioridad jerárquica exclusivamente como una consecuencia.

77. Sorprende al orador que algunos afirmen que nada corrobora la aplicación universal del *ius cogens* y recuerda que él ya hizo referencia a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en que esta señalaba que la prohibición del genocidio, norma cuya naturaleza de *ius cogens* confirmó después, tenía carácter universal. La idea de la aplicación universal ha sido afirmada en decisiones de otros tribunales, tanto internacionales como internos. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos sostuvo en la causa *Siderman de Blake* que, si bien el derecho internacional consuetudinario dimanaba únicamente del consentimiento de los Estados, las «normas fundamentales y universales que constituyen *ius cogens*» eran diferentes, mientras que, en la causa *Smith v. Libya*, declaró que las normas de *ius cogens* eran universalmente vinculantes por su naturaleza misma. El Tribunal Federal de Australia ha calificado el *ius cogens* de universal en la causa *Nulyarimma and Others v. Thompson*.

78. Como señala el Sr. Vázquez-Bermúdez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en una opinión consultiva que el principio fundamental de igualdad, que considera *ius cogens*, es aplicable a todos los Estados. Los Estados también hablan habitualmente del carácter universal del *ius cogens* en las deliberaciones de la Asamblea General. Además, en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, la República Democrática del Congo afirmó que el *ius cogens* se imponía a todos los Estados con independencia de que estos lo aceptaran o no. En su demanda en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Bélgica sostuvo que el *ius cogens* era «un cuerpo de normas jurídicas aplicable a todos los Estados» (párrafo 2.3.2.1 del inicio de la demanda). En su demanda en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Bosnia y Herzegovina afirmó que las normas de *ius cogens* eran «vinculantes para todos los Estados de la comunidad mundial» (párr. 132). Como se observa en el informe, los Estados Unidos, en su contramemoria en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares*

[403] A/C.6/56/SR.14, párr. 66.

[404] A/C.6/68/SR.25, párr. 101.

[405] Véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 200 a 202.

en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), también sostuvieron que la prohibición del uso de la fuerza tenía rango de *ius cogens*, entre otras cosas por tratarse de una «norma universal» (párr. 314). Además, existen incontables votos particulares de magistrados y múltiples referencias en la doctrina que se indican en el informe. Esos elementos son habituales en la práctica y sería extraño y desconcertante que la Comisión arrojara dudas al respecto.

79. A la luz de las observaciones formuladas y de los cambios que pretende proponer en el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, el orador está dispuesto a modificar el título del proyecto de conclusión 3 para referirse a la definición de las normas de *ius cogens*, y no a su naturaleza general. Recomienda que el proyecto de conclusión 1 se remita al Comité de Redacción, donde sin duda podrán introducirse algunas mejoras. No propondrá la remisión del proyecto de conclusión 2 al Comité. En cuanto al proyecto de conclusión 3, recomienda su remisión al Comité de Redacción en el entendimiento de que la Comisión debe estudiar su enmienda, en particular para tratar de ajustar más el párrafo 1 a la Convención de Viena de 1969.

80. Por último, si bien no comparte las críticas hacia su enfoque fluido, el orador está dispuesto a adoptar el enfoque seguido por la Comisión en su labor sobre el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, a saber, que los proyectos de conclusión remitidos al Comité de Redacción permanezcan en el Comité hasta que haya ultimado un proyecto de conclusiones completo. Naturalmente, de ser necesario, la Comisión puede seguir recibiendo información sobre los trabajos del Comité en informes provisionales.

81. Muchos miembros de la Comisión han formulado observaciones sobre el título del tema: el Sr. Murase, el Sr. Kamto, el Sr. Hassouna y varios otros han sugerido que se cambie a «El *ius cogens* en el derecho internacional». El orador conviene en que, sin ese calificativo, el título puede dar a entender que la Comisión está considerando todo el *ius cogens*, incluido el *ius cogens* en el derecho interno. Como no todos los miembros se han pronunciado sobre la cuestión, el orador tiene la intención de formular una propuesta específica a ese respecto en su próximo informe para que la Comisión pueda tomar una decisión.

82. El Sr. FORTEAU dice que sería de gran utilidad que el Relator Especial facilitara al Comité de Redacción una lista de la práctica y la jurisprudencia citadas en su recapitulación, gran parte de las cuales no figura en el primer informe.

83. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea remitir los proyectos de conclusión 1 a 3 al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las recomendaciones del Relator Especial y dejando abierta la cuestión de la forma de seguir avanzando.

Así queda acordado.

84. El PRESIDENTE dice que el Comité de Redacción sobre el tema del «*Ius cogens*» se reunirá por la tarde.

85. El Sr. MURASE, sorprendido de que la composición del Comité de Redacción sobre el tema se haya abordado la víspera, antes de que la Comisión haya decidido si le remite algún texto, dice que desea ser uno de sus miembros.

86. El PRESIDENTE lo invita, así como a cualquier otro miembro interesado, a que lo comunique al Presidente del Comité de Redacción.

87. El Sr. SINGH dice que también desea integrar el Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

3324ª SESIÓN

Miércoles 20 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

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

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación**) (A/CN.4/689, cap. II, secc. E, A/CN.4/700, A/CN.4/L.870/Rev.1, A/CN.4/L.876)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*conclusión**)

1. El PRESIDENTE invita a la Relatora Especial a que resuma el debate que ha propiciado el examen de su tercer informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/700).

2. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial) observa con satisfacción el fructífero debate que ha tenido lugar en el período de sesiones actual y da las gracias a los miembros de la Comisión por sus declaraciones constructivas, que son, junto con la labor del Comité de Redacción, dos de los elementos más importantes del trabajo colectivo de la Comisión. De conformidad con su práctica habitual, no nombrará en su resumen oral a los autores de los distintos comentarios, críticas o modificaciones que se han hecho, pero desea subrayar que el Sr. Candioti ha planteado una cuestión general esencial sobre los métodos de trabajo de la Comisión, a la que esta deberá esforzarse por responder.

* Reanudación de los trabajos de la 3321ª sesión.