

párrafo 3 del proyecto de conclusión 7. En el párrafo 2 del mismo proyecto de conclusión se hace hincapié en el importante papel de la comunidad internacional de Estados, sin negar la influencia que otras entidades podrían tener en la identificación de normas de derecho.

13. Para que una norma sea considerada de *ius cogens*, ha de ser aceptada y reconocida como norma con una determinada cualidad, a saber, que no se pueda derogar. No obstante, lo más importante no es el simple hecho de que la norma sea inderogable, sino que la inadmisibilidad de esa derogación sea reconocida y aceptada. Ese aspecto ha sido mencionado en la doctrina como *opinio iuris cogentis*. El carácter particular de la aceptación y el reconocimiento a los efectos del *ius cogens* se expone en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 8. No obstante, también ha de proporcionarse una prueba de tal aceptación y reconocimiento, cuestión que se aborda en el párrafo 2.

14. La naturaleza de los materiales que pueden ofrecerse como prueba se trata en el proyecto de conclusión 9. En el informe se llega a la conclusión de que la aceptación y el reconocimiento de una norma que es inderogable puede distinguirse a partir de una gran variedad de materiales, que son similares a los que pueden servir de prueba de aceptación como derecho. La idea de que los materiales pertinentes pueden adoptar diversas formas se refleja en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9, y en el párrafo 2 figura una lista de materiales inspirada en aquellos que pueden servir de prueba de aceptación como derecho.

15. Los fallos y decisiones de las cortes y tribunales internacionales pueden servir de prueba secundaria de aceptación y reconocimiento de que una norma no es susceptible de derogación, lo que se refleja en el párrafo 3 del proyecto de conclusión 9. La labor de la propia Comisión —que incluye la lista más autorizada de las normas que constituyen *ius cogens*—, la doctrina y la labor de los órganos de expertos pueden proporcionar un contexto para evaluar el peso de los materiales primarios. El papel de los materiales secundarios se refleja en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 9.

16. En el párrafo 90 del informe, se plantea cambiar el nombre del tema por el de «Normas imperativas de derecho internacional», propuesta sobre la que prácticamente hubo consenso en el anterior período de sesiones. Una de las principales razones aducidas fue la necesidad de mantener la coherencia con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 pero, para ello, debe incluirse la palabra «general». Así, el título sería «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)».

17. Aunque en el anterior período de sesiones se sugirió que los proyectos de conclusión iban demasiado lejos —o, por el contrario, que se quedaban cortos—, lo cierto es que reflejan la práctica, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y el peso de la doctrina. El Relator Especial espera que los miembros de la Comisión se dejen llevar por ese camino.

*Se levanta la sesión a las 15.45 horas.*

## 3369ª SESIÓN

*Martes 4 de julio de 2017, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Georg NOLTE

*Miembros presentes:* Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Grossman Guiloff, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sr. Jalloh, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sra. Lehto, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nguyen, Sra. Oral, Sr. Ouazzani Chahdi, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

### *Ius cogens (continuación) (A/CN.4/703, cap. II, secc. C, A/CN.4/706)*

[Tema 7 del programa]

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

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del segundo informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/706).

2. El Sr. MURASE dice que desea dar las gracias al Relator Especial por su bien documentado informe sobre un tema difícil y teórico. No obstante, algunas de las hipótesis y conclusiones formuladas en él son problemáticas. El Relator Especial destaca tres elementos descriptivos y característicos de las normas de *ius cogens* que parecen ser ajenos a los criterios normativos utilizados para definir esas normas, a saber, que protegen «valores fundamentales», son «jerárquicamente superiores» y son «universalmente aplicables». Las tres características no están bien definidas y se utilizan casi indistintamente, lo que da a los argumentos del Relator Especial un carácter circular. Además, el Relator Especial no proporciona ningún ejemplo concreto sobre la formación e identificación del *ius cogens*, y es difícil comprender los argumentos que plantea a un nivel sumamente abstracto.

3. Aunque nadie ha objetado abiertamente la existencia del *ius cogens*, parece haber un escepticismo generalizado a ese respecto. En el informe, el Relator Especial señala básicamente que las normas de *ius cogens*: a) reflejan y protegen valores fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto; b) son normas de derecho internacional general jerárquicamente superiores e inderogables; y c) son aceptadas y reconocidas como normas de *ius cogens* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El Relator Especial destaca que la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes, incluidos los tribunales nacionales, remiten a esos tres conceptos. No obstante, lamentablemente esos tribunales y cortes, al referirse a las normas de *ius cogens*, no explican el sentido de las expresiones «derecho internacional general», «superioridad jerárquica», «valores fundamentales», «aceptación y reconocimiento» o «comunidad internacional (de Estados) en su conjunto». No tienen que explicar sus sentencias, y el

informe da a entender de manera implícita que estas se deben aceptar incondicionalmente. Sin embargo, hasta que no se haya definido el contenido sustantivo de las nociones pertinentes, la Comisión no podrá liberarse de los argumentos circulares expuestos en el informe.

4. El orador tiene dudas sobre la introducción del concepto de «valores fundamentales» en derecho internacional, ya que es ajeno al derecho y su definición queda fuera del mandato de la Comisión de codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional. El derecho interno de una nación se basa en un valor básico concreto que ha elegido y que constituye la esencia de su norma constitucional fundamental. El derecho internacional, por el contrario, se basa en una multitud de sistemas de valores. Cada Estado tiene su propio sistema y, en principio, no hay valores uniformes en la comunidad internacional de Estados soberanos.

5. No obstante, debe haber determinados valores fundamentales de política pública para probar la existencia del *ius cogens*, que es una tarea difícil para un jurista internacional positivista. El orador se pregunta si esa es la razón por la que el Relator Especial no ha incluido los valores fundamentales entre sus criterios normativos para identificar el *ius cogens* y, en cambio, los ha calificado simplemente de elementos «descriptivos», si bien señala también que la idea de que las normas de *ius cogens* reflejan y protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional es una «teoría predominante». A juicio del orador, los valores fundamentales son esenciales para la identificación de las normas de *ius cogens* y no deben considerarse simplemente descriptivos.

6. En los comentarios de la Comisión a los proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>264</sup>, se mencionan los «intereses vitales de la comunidad internacional»<sup>265</sup> y el «carácter fundamental»<sup>266</sup> de las normas imperativas, mientras que se evita la expresión «valores fundamentales». Podría ser conveniente utilizar el texto de esos comentarios en el proyecto de conclusión 4 para definir los criterios normativos de identificación del *ius cogens*.

7. Se plantea la cuestión de qué se entiende por la expresión «derecho internacional general», ya que no se define en el informe. En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 se afirma que ese derecho tiene «un ámbito de aplicación general», pero lo mismo puede decirse del derecho internacional consuetudinario. De hecho, muchos expertos consideran que las expresiones «derecho internacional general» y «derecho internacional consuetudinario» son sinónimas. Es importante que el Relator Especial demuestre que las normas del derecho internacional general son jerárquicamente superiores a otras

normas del derecho internacional, pero no lo hace en el informe. En el párrafo 51, se remite a las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>267</sup>, pero el Grupo de Estudio no ha tomado ninguna posición sobre la definición del «derecho internacional general» y, de hecho, ha afirmado que «[n]o existe una definición aceptada»<sup>268</sup>.

8. En el párrafo 43 del informe, el Relator Especial afirma que «la manifestación más clara del derecho internacional general es el derecho internacional consuetudinario». No obstante, el orador no cree que el Relator Especial quiera equiparar ambos conceptos. El Relator Especial también señala que el derecho convencional, como *lex specialis*, no es en sí mismo derecho internacional general. Si el derecho internacional general no es derecho internacional consuetudinario ni derecho convencional, ¿significa eso que es una tercera fuente del derecho internacional? ¿Forma parte del derecho internacional positivo, o se acerca más al derecho natural? El derecho natural es, por definición, un derecho superior, pero ¿es posible contemplar un derecho superior en el ámbito del derecho internacional positivo?

9. En el párrafo 18 del informe se indica que el Relator Especial «no tiene la intención de resolver el debate entre derecho natural y derecho positivo ni adoptar un enfoque u otro». No obstante, en opinión del orador, la Comisión no podrá siquiera comenzar a examinar el tema hasta que el Relator Especial no haya decidido qué enfoque adoptar. Si el Relator Especial sigue la escuela positivista, debe encontrar la forma de situar el concepto de «derecho superior» dentro de los límites del derecho internacional positivo.

10. A pesar de su interés, el proceso en dos etapas que propone el Relator Especial para describir la formación de las normas de *ius cogens* es un tanto artificial. En el informe no queda claro si lo que el Relator Especial tiene en mente es un proceso sociológico que entraña la formación de una norma de *ius cogens* o simplemente un proceso de razonamiento jurídico. En el primer caso, hace falta un estudio empírico para demostrar el proceso, que parece implicar un doble cómputo de los materiales utilizados para identificar el derecho internacional consuetudinario. En el segundo caso, el Relator Especial deberá explicar la lógica por la que una determinada norma consuetudinaria normal debe elevarse a la categoría de norma de *ius cogens*. Después de todo, nunca se ha probado la existencia de una jerarquía en el derecho internacional positivo, ni se ha demostrado que el derecho internacional tenga la misma estructura piramidal que el derecho interno. La teoría de la jerarquía de las leyes formulada por Hans Kelsen no se aplica al derecho internacional, ya que este se basa en la igualdad de los Estados soberanos.

11. Teniendo esto presente, es difícil aceptar la referencia del Relator Especial a los «principios generales del derecho» mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, principios que considera una «fuente del derecho internacional».

<sup>264</sup> El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura 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.

<sup>265</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 58 (párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 12).

<sup>266</sup> *Ibíd.*, pág. 119 (párrafo 4 del comentario al capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos).

<sup>267</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 195 a 202, párr. 251.

<sup>268</sup> *Ibíd.*, pág. 196, nota 976.

A menos que la Comisión adopte un enfoque iusnaturalista del tema, debe considerarse que esos principios se derivan del derecho interno.

12. Según la interpretación que hace el orador del Artículo 38, párrafo 1, los principios generales del derecho mencionados en el apartado *c* no pueden ser una fuente del derecho internacional, a diferencia de los tratados y el derecho internacional consuetudinario, mencionados en los apartados *a* y *b*. El apartado *c* ha de interpretarse de manera lógica, con arreglo al principio de eficacia, de manera que no se solape con los apartados *a* y *b*. Por consiguiente, debe considerarse que los principios generales del derecho dimanar del derecho interno y son generalmente aplicables entre las partes. En ese escenario, la elevación de un determinado principio de derecho interno a la categoría de *ius cogens* requeriría un proceso en tres etapas: primero pasaría de principio de derecho interno a principio general del derecho, después de principio general a derecho internacional consuetudinario; y, por último, de derecho consuetudinario normal a *ius cogens*. No obstante, se trata de un argumento demasiado artificial.

13. Aunque el Relator Especial ha señalado que los redactores de lo que pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) consideraban que los principios generales del derecho formaban parte del derecho internacional general, el hecho es que la referencia a esos principios al final se abandonó por no llegarse a un entendimiento común al respecto y por el riesgo de confusión. El orador cree que la Comisión debe evitar toda referencia a los principios generales del derecho en su examen del *ius cogens*. En todo caso, el proyecto de conclusión 5 debe estar muy bien fundamentado y justificado.

14. El orador también tiene reparos acerca de la expresión «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». El Relator Especial hace referencia a la «opinión» de la comunidad internacional en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 y a la «actitud» de los Estados en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 7, pero las opiniones pueden cambiar y las actitudes siempre son ambiguas.

15. Parece que, para el Relator Especial, la aceptación y el reconocimiento exigen mucho menos compromiso de los Estados que el consentimiento y, sin embargo, las obligaciones de *ius cogens* imponen a los Estados una pesada carga que, lógicamente, debe requerir una manifestación del acuerdo mucho más contundente que los tratados o las normas consuetudinarias «normales». No obstante, el proyecto de conclusión 7 establece que «la aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes» y que «no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados». Personalmente, el orador preferiría una fórmula más equilibrada que exija el consentimiento de casi todos los Estados para que una norma de *ius cogens* se identifique como tal.

16. En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 9, el Relator Especial enumera materiales que pueden constituir prueba de la existencia de *ius cogens*. No obstante, esos materiales son los mismos que los que se utilizan para identificar una norma consuetudinaria normal. Si la

Comisión desea demostrar que esa norma ha sido elevada a la categoría de *ius cogens*, debe utilizar materiales cualitativamente diferentes para evitar un doble cómputo.

17. El orador no tiene nada en contra del cambio de nombre del tema por el de «Normas imperativas» seguido de «*ius cogens*» entre paréntesis, pero sí tiene algunas reservas con respecto a la referencia al «derecho internacional». En su primer informe<sup>269</sup>, el Relator Especial se centró exclusivamente en el *ius cogens* en el contexto del derecho de los tratados, razón por la cual el propio orador propuso que el tema se titulara «El *ius cogens* en el derecho de los tratados». No obstante, si el Relator Especial tiene la intención de abordar el tema también desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, el orador personalmente preferiría un título que incluya las palabras «en el derecho internacional» o «en el derecho internacional general» una vez aclarado el sentido de la expresión «derecho internacional general».

18. El Relator Especial afirma en su segundo informe que la cuestión de la responsabilidad del Estado se abordará en el contexto de los efectos o consecuencias del *ius cogens*. El orador, por su parte, cree que el derecho de la responsabilidad del Estado debe examinarse no solo en el contexto de los efectos y consecuencias, sino también desde la perspectiva de los criterios relativos al *ius cogens*, su definición y su contenido. Por ejemplo, a diferencia del derecho de los tratados, el derecho de la responsabilidad del Estado no requiere necesariamente que una norma sea jerárquicamente superior para que tenga la condición de *ius cogens*. Además, el efecto de la vulneración de una norma de *ius cogens* en el derecho de los tratados es simplemente el de anular y dejar sin efecto todo acuerdo entre las partes responsables. En el derecho de la responsabilidad del Estado, por su parte, ese efecto es mucho más importante e incluye reparaciones y medidas compensatorias. Así pues, el Relator Especial y la Comisión deben elaborar un concepto integrado de *ius cogens* que abarque ambas ramas del derecho internacional.

19. El orador apoya la remisión de los proyectos de conclusión al Comité de Redacción y espera que este tenga plenamente en cuenta las opiniones expresadas en sesión plenaria.

20. El Sr. RAJPUT dice que el *ius cogens* es una norma de derecho internacional que reviste un carácter afectivo y también de importancia práctica. Desde una perspectiva, es un medio para defender los valores fundamentales de la comunidad internacional, aun cuando algunos Estados u otros actores deseen actuar de otra manera. Según otro punto de vista, no obstante, cualquier norma jurídica que se declare *ius cogens* pasa por encima del consentimiento del Estado. Por mucho que algunos académicos denuncien la naturaleza consensual del derecho internacional, es una característica que no puede cuestionarse y que sigue definiendo las relaciones internacionales contemporáneas. La naturaleza consensual del derecho internacional no solo garantiza el cumplimiento y la aceptabilidad de las normas jurídicas, sino que también protege a los Estados más pequeños y débiles al

<sup>269</sup> Anuario... 2016, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693.

reconocerles la misma función que otros Estados en la determinación y configuración de los principios jurídicos que regulan el orden jurídico internacional. Si el enfoque adoptado para declarar que una norma es de *ius cogens* es excesivamente flexible y no cuenta con suficiente apoyo en la práctica de los Estados, inevitablemente permitirá a los Estados recalcitrantes negar la existencia de obligaciones internacionales, en particular obligaciones convencionales, respecto de las cuales han dado su consentimiento claro y directo. Al mismo tiempo, un enfoque excesivamente rígido puede hacer que la identificación del *ius cogens* sea imposible. Por consiguiente, toda labor sobre el *ius cogens* debe establecer un equilibrio adecuado entre la flexibilidad de la identificación y la naturaleza consensual del derecho internacional. El orador desea felicitar al Relator Especial por lograr ese objetivo en su bien documentado segundo informe.

21. Los orígenes de la doctrina del *ius cogens* se atribuyen a tradiciones iusnaturalistas, pero esa doctrina está bien reconocida y aceptada en el derecho internacional doctrinal y, en consecuencia, se aplica en la práctica. La práctica de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes internacionales ha confirmado la existencia, el contenido y la aplicación del *ius cogens* en el derecho internacional. Pese a la distinción entre el origen iusnaturalista del *ius cogens* y la práctica doctrinal, el orador está de acuerdo con la decisión del Relator Especial de no entrar en el debate sobre el derecho natural y el derecho doctrinal. El concepto de *ius cogens* debe abordarse como es, en particular como se refleja en la doctrina y en la práctica estatal y judicial.

22. Si bien no desea reabrir debates anteriores, el orador cree que existe un vínculo ineludible entre el proyecto de conclusión 3, propuesto en el primer informe<sup>270</sup>, y los resultados del segundo informe, en particular los proyectos de conclusión 4 a 8. El Relator Especial ha señalado claramente en el párrafo 3 del segundo informe que el propósito del informe es «examinar los criterios relativos al *ius cogens*», mientras que el proyecto de conclusión 3 se titula «Naturaleza general de las normas de *ius cogens*». El Relator Especial parece querer que el proyecto de conclusión 3 refleje la naturaleza general de las normas de *ius cogens* y que los proyectos de conclusión 4 a 8 reflejen los criterios de identificación de esas normas. Aunque la distinción teórica entre ambos conceptos es comprensible, su utilidad práctica no está clara. Una disposición sobre la naturaleza general del *ius cogens* simplemente puede servir para crear confusión. Si los criterios de identificación se establecen en los proyectos de conclusión 4 a 8, y las consecuencias de los tratados o los actos contrarios a las normas de *ius cogens* se abordarán en el tercer informe, ¿es necesario un proyecto de conclusión 3 sobre la naturaleza general de las normas de *ius cogens*? En la práctica, cuando un órgano judicial o de otra índole tenga que pronunciarse sobre la existencia de una norma de *ius cogens*, ¿deberá examinar la naturaleza, los criterios, o ambas cosas? El contenido del párrafo 1 del proyecto de conclusión 3 no es muy distinto del texto del proyecto de conclusión 4 a, aunque el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 sí contiene una referencia importante a la superioridad normativa de las normas de

*ius cogens*. Esa referencia podría figurar en el preámbulo si el Relator Especial decide redactar uno, pero, si la Comisión desea que se refleje en el texto, podría incluirse en el tercer informe.

23. Si bien cabe entender que el proyecto de conclusión 4 establece los elementos para la identificación de las normas de *ius cogens* y los proyectos de conclusión 5 a 8 explican a su vez cada uno de esos elementos, se debe explicitar la relación entre el contenido del proyecto de conclusión 4 y las descripciones contenidas en los proyectos de conclusión 5 a 8. Por ejemplo, el proyecto de conclusión 4 a podría reformularse para que diga: «debe ser una norma de derecho internacional general, definida en el proyecto de conclusión 5». Podrían introducirse cambios similares en los otros proyectos de conclusión.

24. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en lo que respecta al contenido del proyecto de conclusión 4, que refleja perfectamente la filosofía del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y la labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado. Sí tiene una propuesta técnica de redacción menos verbosa por la que, en el encabezamiento, las palabras «Para identificar una norma como norma de *ius cogens*» se sustituirían por «Para identificar una norma de *ius cogens*». El orador respalda la descripción de los criterios relativos al *ius cogens* que figura en los párrafos 31 a 39 del informe, y en particular la idea de que los dos primeros elementos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 —que la norma pertinente debe ser una norma de derecho internacional general y que debe ser reconocida y aceptada como norma inderogable— son criterios apropiados para identificar las normas de *ius cogens*.

25. Si bien conviene en que el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho pueden constituir la base de una norma de *ius cogens*, el orador no cree que una norma convencional no pueda serlo o lo sea únicamente de manera subsidiaria. En el proyecto de conclusión 5, el Relator Especial parece establecer una jerarquía entre las fuentes del *ius cogens* por orden de importancia decreciente: el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y, por último, las normas convencionales. También da distinto peso a cada una de ellas. Esta jerarquía no es necesaria porque, para que una norma se considere *ius cogens*, debe existir y estar suficientemente desarrollada en cada una de las tres fuentes.

26. Al explicar las razones por las que ha establecido dicha jerarquía en los párrafos 40 a 59 de su informe, el Relator Especial ha indicado que, en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional aprobadas por la Comisión en 2006, el Grupo de Estudio observó que no existía una definición aceptada del «derecho internacional general». No obstante, el Relator Especial recurre entonces al análisis de la *lex specialis* contenido en el informe de 2006 del Grupo de Estudio<sup>271</sup> para indicar que la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales excluye el derecho de los tratados del ámbito del derecho internacional

<sup>270</sup> *Ibid.*, párr. 74.

<sup>271</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1.

general. Como el análisis contenido en ese informe se sitúa en el contexto específico de la *lex specialis*, sería erróneo afirmar que el derecho internacional general excluye el derecho de los tratados. Esa afirmación tendría graves repercusiones para la comprensión del derecho internacional general en sí. Dado que no existe una definición acordada de la expresión «derecho internacional general», podría ser adecuado interpretarla a la luz del artículo 31, párrafo 3 c, de la Convención de Viena de 1969, que utiliza las palabras «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable». El espíritu que reflejan estas palabras parece más apropiado, ya que incluye a todas las fuentes del derecho internacional.

27. La función de las normas convencionales en la iniciación del proceso de creación de una norma de *ius cogens* no puede relegarse a un papel secundario o de tercer nivel como se hace en el proyecto de conclusión 5, ya que esas disposiciones representan la indicación más clara de la opinión de los Estados y expresan un consentimiento directo, a diferencia del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, que reflejan un consentimiento tácito. De hecho, algunas normas de *ius cogens* eran inicialmente normas convencionales, pero se han convertido en normas de *ius cogens* por su aceptación generalizada y su incorporación en otras fuentes como el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Así ocurre, por ejemplo, con la norma que prohíbe el uso de la fuerza, que se enunció en dos tratados antes de quedar finalmente consagrada en la Carta de las Naciones Unidas. En esa evolución, el derecho convencional es el que ha desempeñado el papel principal. La prohibición de la piratería también comenzó como una norma convencional y siguió siéndolo, incluso después de su reconocimiento como norma de *ius cogens*, tras estar incluida en una serie de tratados de 1443 a 1958, y, en última instancia, quedar incorporada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982.

28. El orador no comparte ni considera adecuada la interpretación que el Relator Especial expone en el párrafo 55 de su informe, según la cual en el comentario de la Comisión al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados se excluye la posibilidad de la creación de una norma de *ius cogens* mediante el derecho convencional<sup>272</sup>. En opinión del orador, en las dos últimas oraciones del párrafo 4 del comentario al artículo 50 se afirma que toda nueva norma de *ius cogens* que sustituya a una ya existente surge mediante un tratado multilateral. Aunque esa afirmación se refiere a la sustitución de una norma de *ius cogens* antigua, el orador no ve ninguna razón para no aplicar el mismo criterio a la creación de una nueva. En su labor sobre el derecho de los tratados, la Comisión, de hecho, ha insistido en la posibilidad de que una norma de *ius cogens* se origine en el derecho convencional.

29. Además, la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes han sugerido que, para constituir *ius cogens*, una norma debe estar suficientemente desarrollada en las tres fuentes, a saber, el derecho internacional

consuetudinario, los principios generales del derecho y las normas convencionales. Esa metodología se expone en el párrafo 99 del fallo de la Corte en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en la que esta consideró que la prohibición de la tortura formaba parte del derecho internacional consuetudinario y se había convertido en una norma imperativa (*ius cogens*). De la descripción que hace la Corte del fundamento de esa prohibición se desprenden cuatro elementos que pueden considerarse criterios de formación del *ius cogens*: «una difundida práctica internacional y [...] *opinio iuris*»; «numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal»; «incorporada en el derecho interno de prácticamente todos los Estados»; y «se denuncian regularmente en los foros nacionales e internacionales». Si bien el cuarto elemento puede ser una de las formas de prueba mencionadas en el proyecto de conclusión 9, la costumbre, los tratados y los principios generales son igualmente importantes para el proyecto de conclusión 5. La exigencia de que una norma de *ius cogens* se derive de una norma convencional también se pone de manifiesto en la conclusión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en su sentencia en la causa *Furundžija*, en la que dictaminó que la prohibición de la tortura establecida en los tratados de derechos humanos consagraba un derecho absoluto que jamás podía ser derogado (párr. 144).

30. Las conclusiones de la Corte y el Tribunal no pretendían establecer los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* pero, dado que esa es precisamente la labor que incumbe a la Comisión, tal vez esta debería examinar esas conclusiones, ya que utilizan un lenguaje muy similar al tipo de fórmulas que podrían ayudarla a cumplir sus objetivos. Suponiendo que una norma deba estar presente en las tres fuentes —el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho— para constituir una norma de derecho internacional general, el proyecto de conclusión 5 debe conceder la misma importancia a las tres fuentes.

31. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que limitarse a establecer que una norma pertenece al derecho internacional general no es suficiente para constituir una prueba de *ius cogens*. La norma también debe cumplir los requisitos de reconocimiento y aceptación, ya que, de lo contrario, la distinción entre *ius dispositivum* e *ius cogens* carece de sentido. De los proyectos de conclusión relacionados con la aceptación y el reconocimiento, el proyecto de conclusión 6 no parece aportar gran cosa, aparte de reiterar la exigencia de un reconocimiento y una aceptación de la comunidad internacional en su conjunto. La afirmación que figura en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6, según la cual el requisito del reconocimiento exige «considerar la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto» es, en opinión del orador, problemática y plantea varios interrogantes: ¿Qué constituye una opinión? ¿Cómo debe considerarse? ¿Guarda relación con las pruebas que figuran en el proyecto de conclusión 9? ¿O hay que añadir o suprimir criterios? Además, habida cuenta de que el proyecto de conclusión 8 aborda el reconocimiento y la aceptación, el proyecto de conclusión 6 es quizás innecesario y podría suprimirse. Así, el proyecto de conclusión 8 podría pasar a ocupar el lugar del proyecto de conclusión 7. Para que el proyecto de conclusión 8

<sup>272</sup> *Anuario...* 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 271 y 272.

sea más completo, las palabras «por los Estados» en el párrafo 2 deberían sustituirse por «y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto».

32. Si bien el orador está de acuerdo en que el proyecto de conclusión 7 es necesario, se debe volver a examinar su contenido, ya que en el párrafo 3 se indica que no se requieren la aceptación y el reconocimiento de todos los Estados a pesar de que, al determinar los criterios relativos al *ius cogens*, el proyecto de conclusión 4 *b* exige la aceptación y el reconocimiento de «la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Además, si bien el título del proyecto de conclusión 7 contiene la palabra «conjunto», con arreglo al párrafo 3 basta el consentimiento de «una gran mayoría de Estados». A juicio del orador, la palabra «conjunto» se refiere a toda la comunidad internacional, no solo a una gran mayoría de Estados. Si solo se requiere la aceptación y el reconocimiento de una «gran mayoría de Estados», el *ius cogens* no sería distinto del derecho internacional consuetudinario, cuya prueba también requiere una amplia mayoría. La distinción entre el *ius cogens* y el derecho internacional consuetudinario no puede limitarse a la ausencia del objeto persistente. Además, si la Comisión afirma que una gran mayoría es suficiente, podría crear una flexibilidad excesiva que facilitaría el reconocimiento de una norma como *ius cogens*, pero también permitiría a los Estados eludir sus compromisos jurídicamente vinculantes. Se necesita el acuerdo de toda la comunidad internacional; una posible norma de *ius cogens* no puede ser aceptada y reconocida a menos que sea totalmente universal e inderogable. Ese requisito podrá ralentizar el proceso de creación de normas de *ius cogens*, pero no impedirá alcanzar el objetivo, como pone de manifiesto la evolución de las prohibiciones de la esclavitud, la tortura y el uso de la fuerza hasta convertirse en normas de *ius cogens*.

33. El orador está de acuerdo con el marco general del proyecto de conclusión 9, y señala que solo requiere aclaraciones el párrafo 2, donde se hace referencia a las «resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales». Tal vez podría aclararse que dichas resoluciones deben ser aprobadas por los Estados miembros de las organizaciones en cuestión. También deben añadirse las palabras «por unanimidad».

34. Sería poco prudente que la Comisión estableciera una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, ya que sería una labor tediosa que llevaría mucho tiempo. De hecho, cada elemento de la lista provisional tendría que examinarse en profundidad, cumplir los criterios que la Comisión establezca como parte del resultado de su labor sobre el tema y ser objeto de un informe específico, lo que haría que esa tarea fuera inmanejable. La Comisión decidió no incluir ejemplos de normas de *ius cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 por varias razones, entre ellas las consecuencias que tendría dicha enumeración y el tiempo que se necesitaría para elaborar la lista. Esas razones siguen siendo válidas en lo que respecta al presente tema. La Comisión debería, en cambio, acordar la metodología para identificar el *ius cogens* y, cuando encuentre la fórmula adecuada, la autoridad competente para determinar si una norma constituye *ius cogens* solo tendrá que aplicar esa fórmula para determinar si la norma en cuestión ha adquirido esa condición.

35. El orador apoya la propuesta del Relator Especial en el párrafo 5 de su informe de cambiar el título del tema por el de «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)» y está de acuerdo con él en que el nuevo título se ajusta a la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados.

36. El orador no entiende bien el propósito de la última oración del párrafo 15 del informe, que se refiere a la práctica de los Estados cuestionada, y espera que la Comisión no quiera basarse en una práctica estatal que esté siendo cuestionada o desacreditada de otro modo. Por último, el orador apoya que se remitan todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

37. El Sr. PARK dice que está de acuerdo con el enfoque básico del Relator Especial, consistente en tomar el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para identificar los criterios utilizados a fin de determinar si una norma ha alcanzado la categoría de *ius cogens*. Aunque no se opone a la propuesta del Relator Especial de cambiar el título del tema «*Ius cogens*» por «Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)» o «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)», que el Relator Especial parece preferir, no siempre está claro qué se quiere decir con la expresión «derecho internacional general». Por esa razón, podría ser útil revisar el ámbito de aplicación del «derecho internacional general» cuando la Comisión examine la existencia del *ius cogens* regional.

38. En su 68º período de sesiones, la Comisión no finalizó su examen del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3, que establece, entre otras cosas, que las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional y son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional. Si bien el orador suscribe, en parte, la opinión que expresa el Relator Especial en el párrafo 30 de su segundo informe, según la cual el *ius cogens* refleja los valores fundamentales de la comunidad internacional, no está claro si esa idea se acepta sistemáticamente en la práctica de los Estados y los tribunales. Además, debe aclararse el sentido de la expresión «valores fundamentales», ya que existe un alto riesgo de que los Estados puedan interpretarla de distinta manera. También cabe estudiar si es realmente necesario hablar de «valores fundamentales» para describir el carácter general de las normas de *ius cogens*. Lo que es más importante, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no menciona los «valores fundamentales», pero define el *ius cogens*, o una norma imperativa de derecho internacional general, como una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como norma inderogable.

39. En opinión del orador, la práctica de los Estados a ese respecto aún no es del todo coherente, a pesar de la referencia del Relator Especial, en el párrafo 20 de su informe, a «innumerables opiniones separadas y disidentes y escritos doctrinales en apoyo de la idea de que las normas de *ius cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional». Es cierto que esas opiniones y escritos doctrinales demuestran que la idea tiene un amplio apoyo, pero no que sea aceptada sistemáticamente y sin reserva por los principales tribunales nacionales e internacionales. Como indicó el orador en su

intervención sobre el tema en el 68º período de sesiones de la Comisión, «el orden jurídico internacional no se ha construido a partir del ordenamiento jurídico interno de un solo Estado, sino sobre la base de diferentes sistemas culturales, religiosos, políticos y económicos»<sup>273</sup>. Por lo tanto, quizás sea demasiado precipitado concluir que las prácticas internacional y nacional comparten las mismas ideas básicas. Sería más objetivo decir que dicha práctica avanza hacia la plena aceptación de la noción de que las normas de *ius cogens* reflejan los valores fundamentales de la comunidad internacional, pero que aún no hay un consenso claro. Por ello, quizás el Relator Especial debería utilizar términos menos absolutos.

40. Aunque, como se señala en el párrafo 23 del informe, el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional establecido por la Comisión ya ha concluido que las normas de *ius cogens* son jerárquicamente superiores a otras normas, los tribunales y cortes internacionales no siempre han confirmado la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* sobre todas las demás normas. Por ejemplo, con respecto a la forma en que la superioridad jerárquica del *ius cogens* afecta a ciertos aspectos procesales, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, dictaminó que las normas de la inmunidad del Estado eran de carácter procesal y estaban limitadas a determinar si los tribunales de un Estado podían o no ejercer su competencia respecto de otro Estado (párr. 93). Como señaló el Magistrado Cançado Trindade en su opinión disidente, la separación entre los aspectos procesales y sustantivos del derecho es problemática. Por ello, el Relator Especial debe examinar más a fondo esa cuestión polémica a fin de establecer claramente la superioridad jerárquica del *ius cogens*.

41. Otro ejemplo de jurisprudencia internacional que no respalda la conclusión de que la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* es incuestionable es el fallo 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 Internacional de Justicia dictaminó que el hecho de que una norma en litigio en una controversia tuviera carácter de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no podía, de por sí, servir de base para establecer la competencia de un tribunal para conocer de esa controversia (párr. 64). Además, en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no pudo encontrar ningún fundamento sólido para concluir que, con arreglo al derecho internacional, un Estado ya no gozaba de inmunidad de proceso civil en los tribunales de otro Estado cuando se imputasen actos de tortura, pese a haber concluido que la prohibición de la tortura había alcanzado la condición de *ius cogens*. Esos ejemplos ponen de relieve la necesidad de que el Relator Especial examine las cuestiones de competencia relativas al *ius cogens* a fin de garantizar que los proyectos de conclusión puedan proporcionar una orientación eficaz a los Estados.

42. En lo que respecta a la estructura general de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial,

los criterios para determinar el *ius cogens* se enuncian en seis proyectos de conclusión diferentes numerados del 4 al 9: el proyecto de conclusión 4 establece la base jurídica y los demás lo complementan. Esa metodología es lógica, pero también complicada y redundante. En lugar de establecer los criterios principales y secundarios en seis proyectos de conclusión distintos, tal vez tendría más sentido combinar los criterios secundarios que figuran en los proyectos de conclusión 5 a 9 y los criterios principales establecidos en el proyecto de conclusión 4. Otra posibilidad sería dejar sin cambios el proyecto de conclusión 5 y fusionar los criterios secundarios enunciados en los proyectos de conclusión 6, 7, 8 y 9. Ello simplificaría la definición del *ius cogens* y de los criterios que deben utilizarse para identificarlo, evitando repeticiones y solapamientos. Se simplificaría aún más si se hiciera referencia a algunos de los criterios secundarios en las notas a pie de página o en el comentario.

43. Además, si bien los proyectos de conclusión 6, 8 y 9 tratan aspectos importantes de la aceptación y el reconocimiento como criterios de identificación del *ius cogens*, su contenido, así como el del proyecto de conclusión 7, parece solaparse en muchos aspectos. Por lo tanto, quizás sea conveniente combinar los cuatro proyectos de conclusión en una disposición general que explique la naturaleza de los criterios de la aceptación y el reconocimiento, así como los actores implicados y las pruebas necesarias para demostrar esa aceptación y ese reconocimiento, y que también aclare cómo deben distinguirse de otras formas de aceptación y reconocimiento. Otra opción sería combinar los proyectos de conclusión 6 y 8 en una sola disposición, de manera que los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 8, por ejemplo, pasen a ser los párrafos 3 y 4 del proyecto de conclusión 6, y trasladar el proyecto de conclusión 9 a una nota a pie de página o al comentario a fin de especificar qué materiales deben aportarse como prueba, puesto que es cuestionable la necesidad de una disposición separada sobre la cuestión.

44. Refiriéndose específicamente al proyecto de conclusión 4, el orador dice que, si bien está de acuerdo con los dos criterios enunciados en él, el «proceso en dos etapas» mencionado en el párrafo 40 del informe debe examinarse en mayor profundidad si el Relator Especial sostiene que la elevación de una norma de derecho internacional general a la categoría de *ius cogens* se deriva de la práctica. Si bien, en teoría, la secuencia es la descrita en el párrafo 61, en realidad es difícil afirmar que la formación de una norma de derecho internacional general siempre precede su elevación a la categoría de *ius cogens* porque, en algunos casos, ambas etapas están unidas o no son claramente distinguibles.

45. Podría hacer falta un estudio histórico, pero ya no hay ninguna duda de que muchos crímenes internacionales actualmente aceptados y reconocidos como vulneraciones del *ius cogens*, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la agresión, no se identificaron hasta después de la Segunda Guerra Mundial. La primera definición del genocidio figura en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), mientras que el artículo 6 a y c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de

<sup>273</sup> Anuario... 2016, vol. I, 3316ª sesión, pág. 245, párr. 59.



Núremberg<sup>274</sup> define los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad. En los párrafos 33 y 34 de su fallo de 5 de febrero de 1970 en la causa relativa a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la proscripción de los actos de agresión y de genocidio generaba obligaciones *erga omnes*, y algunos académicos, como Jochen Frowein, consideran que esas obligaciones «por su naturaleza deben también formar parte del *ius cogens*»<sup>275</sup>. Si se acepta esa posición, es probable que la formación del derecho internacional consuetudinario y la elevación de una norma a la categoría de *ius cogens* hayan sido simultáneas. De ahí que tal vez Alexander Orakhelashvili haya tenido razón al señalar que el requisito de la «norma de derecho internacional general» puede demostrarse tras la determinación de que la norma en cuestión es una norma de *ius cogens*<sup>276</sup>.

46. No obstante, se podría conservar el texto del proyecto de conclusión 4 *a* y *b*, ya que establece los criterios para la identificación del *ius cogens*, no para su formación. En el comentario se podría explicar sencillamente que, en ciertos casos, la formación del *ius cogens* puede no seguir la secuencia expuesta en ese proyecto de conclusión. Alternativamente, se podrían añadir unas palabras al propio proyecto de conclusión, de modo que la primera oración diga, por ejemplo, «Para identificar una norma como norma de *ius cogens* es necesario demostrar que la norma en cuestión cumple dos criterios, pero no necesariamente en este orden».

47. El Relator Especial indica en su segundo informe que la inderogabilidad es una consecuencia, y no un criterio, del *ius cogens*, mientras que otros autores de prestigio sostienen que es un criterio fundamental. Si bien el enfoque del Relator Especial puede ser perfectamente válido, es demasiado abstracto para ser aceptado unánimemente por los juristas no especializados y la comunidad internacional de Estados, a los que el texto final debe servir de orientación.

48. El orador está de acuerdo, en general, con el texto del proyecto de conclusión 5. No obstante, su párrafo 3 requiere un examen más a fondo, sobre todo porque es difícil encontrar un caso en que un principio general del derecho haya servido de base del *ius cogens*; la práctica real de los Estados no puede ignorarse con fines teóricos. En efecto, cabe cuestionar la existencia de una práctica estatal que confirme que los principios generales del derecho son la base del *ius cogens* y, por lo tanto, sería útil que el Relator Especial proporcione algunos ejemplos concretos para fundamentar su opinión. Si no puede hacerlo, la Comisión debería examinar normas de las que cabe pensar razonablemente que pueden ser elevadas a la categoría de *ius cogens*.

49. Una cuestión teórica que se plantea en ese contexto es si el hecho de que pueda considerarse que los

principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas sirven de base del *ius cogens* significa que los principios del derecho interno también se pueden utilizar como base. Del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se desprende claramente que existe una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional y que los apartados *a* y *b* de dicho párrafo deben distinguirse del apartado *c*, que se incluyó para evitar que la labor de la Corte quedara paralizada. Por lo tanto, esta situación plantea una cuestión teórica, a saber, cuál sería la condición de una norma de *ius cogens* basada en un principio general del derecho en comparación con otra basada en el derecho internacional consuetudinario o el derecho convencional, y si existen motivos para afirmar que tienen o deberían tener el mismo carácter imperativo.

50. El proyecto de conclusión 6 parece ser redundante, dado que la mayor parte de su contenido se aborda en los proyectos de conclusión 4, 7, 8 y 9. Por tanto, debe suprimirse. Si hay un elemento en ese proyecto de conclusión que merezca ser destacado, podrá añadirse a los proyectos de conclusión 7, 8 o 9.

51. En cuanto al proyecto de conclusión 7, la expresión «en su conjunto» merece ser objeto de examen. El Relator Especial sugiere que evoca una aceptación y un reconocimiento «colectivos» y, en su informe, señala que el material para identificar una norma de *ius cogens* es casi idéntico al necesario para identificar el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la aceptación colectiva por parte de la comunidad internacional en su conjunto no es un requisito para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario y, como se indica en el proyecto de conclusión 8, el requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterios del *ius cogens* es distinto de la aceptación como derecho a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Además, los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 7 podrían combinarse para explicar qué cuestión debe aceptar y reconocer una norma para ser *ius cogens*, y la primera oración del párrafo 2 podría suprimirse porque la última es suficiente para explicar la pertinencia de las actitudes de otros actores.

52. En lo que respecta al proyecto de conclusión 8, si bien la distinción entre el derecho ordinario y el *ius cogens* es importante, habría que cambiar la palabra «inderogable» para destacar aún más el carácter normativo del *ius cogens*. Además, es la comunidad internacional de Estados en su conjunto, y no solo los Estados de modo individual, quien debe aceptar la norma en cuestión para que se convierta en *ius cogens*. Por lo tanto, sería más pertinente afirmar «la norma en cuestión es aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable». Además, se debe examinar la cuestión de la aquiescencia en ese proyecto de conclusión o en otra parte. El Relator Especial debe explicar si la aquiescencia, como forma de aceptación y reconocimiento, puede ser un método válido de formación del *ius cogens*.

53. El formato del proyecto de conclusión 9 podría mejorarse. Si bien la idea expresada en el párrafo 1 es correcta, parece extraño plantearla sin mayor explicación.

<sup>274</sup> El Estatuto del Tribunal Militar Internacional se reproduce en el anexo del Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo, de 1945.

<sup>275</sup> J. A. Frowein, «*Ius cogens*», en R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 444.

<sup>276</sup> A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pág. 119.



El orador también se pregunta si el texto del párrafo 4 da a entender que los materiales a que se hace referencia en los párrafos 2 y 3 son los principales medios para identificar el *ius cogens* y si existe alguna diferencia cualitativa entre los materiales mencionados en los párrafos 2, 3 y 4. El párrafo 4 también debería reflejar la idea de que las decisiones de los tribunales y cortes internacionales son pruebas auxiliares de la aceptación y el reconocimiento, en consonancia con el proyecto de conclusión 13 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, en el que se afirma que esas decisiones son medios auxiliares de identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>277</sup>.

54. Si bien el orador está de acuerdo en general con el enfoque adoptado por el Relator Especial con respecto a la labor futura sobre el tema y los aspectos que pretende abordar en 2018, sigue considerando que la Comisión podría proporcionar una lista mínima de normas de *ius cogens*, o de normas que pueden adquirir esa condición, posiblemente en un anexo del proyecto de conclusiones, porque esa lista sería una guía útil para la labor futura sobre el tema.

55. El orador espera que el Comité de Redacción haga más concisos los seis proyectos de conclusión fusionando o suprimiendo algunos de ellos.

56. El Sr. NGUYEN dice que las normas imperativas desempeñan un papel importante en el derecho internacional, al existir en los tratados y la práctica de los Estados, citarse en la jurisprudencia internacional y formularse en el derecho interno, aunque sigue siendo necesario aclarar la definición exacta y los elementos constitutivos del *ius cogens*. Desde la aprobación de la Convención de Viena en 1969, los debates se han centrado principalmente en la naturaleza, el contenido y la jerarquía de las normas del derecho internacional y en los criterios para reconocer una norma de *ius cogens*. Por consiguiente, la labor de codificación y desarrollo progresivo del tema por la Comisión contribuirá a definir el lugar del *ius cogens* en el orden jurídico internacional.

57. El orador, en sus observaciones generales sobre el tema, dice que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 regula la relación entre las normas convencionales y las normas de *ius cogens*. No obstante, el *ius cogens* va más allá del derecho de los tratados porque es jerárquicamente superior, universal e inderogable. Se utiliza para resolver los conflictos, no solo con las normas convencionales, sino también con las resoluciones de organizaciones internacionales, y se extiende al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, por ejemplo, al prohibir el uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados. Los tres principales elementos descriptivos del *ius cogens* ayudan a distinguirlo de otras normas de derecho internacional. El *ius cogens* existe independientemente de la voluntad del Estado a fin de preservar el orden jurídico mundial. Su prevalencia sobre otras normas de derecho internacional ha sido establecida por el derecho natural y voluntariamente aceptada y reconocida por los Estados. Aunque solo se puede modificar y sustituir excepcionalmente, no es inmutable

y puede evolucionar. No obstante, el artículo 53 aclara que toda modificación de una norma de *ius cogens* debe ser universalmente aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es decir, por los Estados soberanos en pie de igualdad. Un agente no estatal no tiene derecho a modificar una norma de *ius cogens*. La aceptación y el reconocimiento de una norma de *ius cogens* por los Estados dependerá de su propia práctica y actitud y de factores temporales. Los Estados reconocen universalmente una norma de *ius cogens* preexistente cuando perciben su existencia. Así, el criterio del reconocimiento universal es similar a la *opinio iuris* del derecho internacional consuetudinario. Una norma de *ius cogens* surge por la elevación a esa condición de una norma consuetudinaria de derecho internacional ordinaria o de un principio general del derecho internacional. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que, si bien una norma convencional no puede constituir una norma de *ius cogens*, las disposiciones de los tratados pueden reflejar normas imperativas del derecho internacional consuetudinario que pueden elevarse a la categoría de *ius cogens*.

58. Se plantea la cuestión de si la Carta de las Naciones Unidas puede considerarse fruto de la creación de normas de *ius cogens* por la comunidad internacional. Cualquier norma convencional en conflicto con ella es nula y carece de efecto. Solo la comunidad internacional de Estados puede modificar una norma de *ius cogens* y es responsable de aplicar esas normas y de evitar todo conflicto entre ellas y las normas convencionales. Si bien está de acuerdo con la sugerencia que figura en el párrafo 59 del primer informe del Relator Especial de que la fuerza vinculante y la imperatividad del *ius cogens* se entienden mejor como una interacción entre el derecho natural y el positivismo<sup>278</sup>, el orador alienta al Relator Especial a que estudie más a fondo la naturaleza del *ius cogens* y la función que desempeña el derecho natural a ese respecto. También convendría disponer de un resumen de las causas relacionadas con la aplicación del *ius cogens* y saber cuántas normas convencionales han sido rechazadas por ser incompatibles con normas de *ius cogens*.

59. Dado que el *ius cogens* se extiende más allá del derecho de los tratados, los criterios relativos al *ius cogens* deben buscarse en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y en otros lugares. En el párrafo 37 de su segundo informe, el Relator Especial establece un enfoque en dos etapas para la identificación del *ius cogens*, a saber, que la norma pertinente debe ser una norma de derecho internacional general, y que la norma de derecho internacional general debe ser aceptada y reconocida como norma inderogable y solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*. La inderogabilidad por sí misma no es un criterio para tener la condición de *ius cogens*. No obstante, un análisis del artículo 53 puede también dar lugar a un enfoque en tres etapas, a saber, que el *ius cogens* debe ser una norma de derecho internacional general, que esa norma de derecho internacional general debe ser imperativa e inderogable y que la norma imperativa debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La existencia de una norma de *ius cogens* es independiente de la

<sup>277</sup> Anuario... 2016, vol. II (segunda parte), pág. 86.

<sup>278</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693, párr. 59.

voluntad de los Estados. El criterio de la inderogabilidad significa que no se admite ninguna excepción basada en un tratado. La aplicación de las normas imperativas se logra gracias a la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. A su vez, desde la perspectiva del *ius dispositivum*, esa aceptación y ese reconocimiento dependen de la conciencia de los Estados. El Relator Especial tiene razón al indicar que el hecho de que una norma de *ius cogens* solo pueda ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens* no es un criterio, sino una simple consecuencia. No obstante, debe proporcionar argumentos convincentes que justifiquen la elección de un enfoque en dos o tres etapas para la identificación de las normas de *ius cogens*.

60. Otra cuestión es que los criterios establecidos por el Relator Especial pueden ir más allá del objetivo de identificar el *ius cogens* e indicar cómo se crean o forman las normas de *ius cogens*, ya que esas normas son una excepción a la regla general según la cual el derecho internacional es *ius dispositivum*. En la sesión anterior de la Comisión, el Relator Especial mencionó la formación del *ius cogens* en su declaración introductoria. Si bien en la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe se utilizan los términos «identificación» o «identificar», en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 se habla de «formación».

61. En el informe se indica que las normas de *ius cogens* protegen o reflejan los valores fundamentales de la comunidad internacional, pero no se aborda la definición de esos valores. La mayoría de las delegaciones en la Sexta Comisión utilizan el verbo «reflejar», y no «proteger», en ese contexto. En las declaraciones de los representantes de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y las cortes y los tribunales nacionales, se suele invocar el *ius cogens* en causas relativas a los derechos humanos, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza o la inmunidad del Estado. Si bien se trata, en el párrafo 71 del primer informe sobre el tema, de describir las «consideraciones de humanidad»<sup>279</sup>, no se describen los «valores fundamentales» en otros ámbitos. Con respecto a la soberanía territorial, los derechos exclusivos de los Estados en su territorio son universalmente aceptados y reconocidos por la comunidad de Estados, y el orador se pregunta si ello se puede considerar norma de *ius cogens*. El aire puro, que guarda relación con el tema del que se ocupa el Sr. Murase (Protección de la atmósfera), es un valor fundamental en la esfera del medio ambiente y, sin embargo, algunos Estados han adoptado una actitud polémica sobre el Acuerdo de París.

62. Es evidente que los términos «proteger» y «reflejar» tienen diferente sentido y que el Relator Especial tiene razón al afirmar que «las normas de *ius cogens* reflejan y amparan valores fundamentales de la comunidad internacional». El orden de los verbos en esa expresión debe mantenerse a lo largo de todo el estudio del tema.

63. Aunque el término «*ius cogens*» es conciso y de uso común, el orador apoya la propuesta de cambiar el título del tema por «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)» por tres razones: esa

expresión se utiliza en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y en anteriores trabajos de la Comisión; hace falta una fórmula simple y no técnica en vista de la necesidad de contar con la aceptación universal de la comunidad internacional de Estados en su conjunto; y el nuevo título refleja claramente la naturaleza y el alcance del *ius cogens* como norma de derecho internacional general, su aceptación universal por la comunidad internacional, su carácter imperativo y su superioridad sobre otras normas, sin por ello excluir los conceptos del *ius cogens* regional o incluso nacional.

64. Con respecto al proyecto de conclusión 4, el orador propone que la primera oración se acorte y simplifique, ya sea como propone el Sr. Rajput o con una expresión como «Las normas de *ius cogens* deben cumplir los siguientes criterios». El resto del proyecto de conclusión podría reflejar entonces un enfoque en dos o tres etapas. Una opción sería enunciar dos criterios: norma imperativa de derecho internacional general que es inderogable, y una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La otra opción sería enunciar tres criterios: una norma de derecho internacional general, una norma de derecho internacional general imperativa que es inderogable, y una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

65. El orador propone que el título del proyecto de conclusión 5 se remita a las fuentes de las normas de *ius cogens*, ya que en los párrafos 2, 3 y 4 se enumeran las fuentes de esas normas. Cabe señalar que, si bien un principio general del derecho internacional puede convertirse en una norma de *ius cogens*, no todos esos principios tienen tal condición. En el párrafo 3 del proyecto de conclusión, el empleo de las palabras «en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia» para referirse a los principios generales del derecho aceptados y reconocidos por las naciones civilizadas no concuerda con la definición de las normas de *ius cogens* como universalmente aceptadas, y puede abrir la posibilidad de que se impongan normas de *ius cogens* nacionales y regionales a la comunidad internacional de Estados en su conjunto. En el párrafo 1, la definición «Una norma de derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general» es demasiado simple. La definición que figura en ese párrafo debe reflejar el resultado del debate sobre el tema «Principios generales del derecho internacional», que está incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

66. En los proyectos de conclusión 6 y 7, el reconocimiento de una norma y la cuestión de quién reconoce la norma se tratan como criterios independientes, pero el orador cree que «la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto» constituyen un criterio único que no puede dividirse. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 7, de hecho, afirma la unidad de ese criterio, lo que resulta incompatible con el tratamiento separado de ambos elementos en los proyectos de conclusión 6 y 7. Además, el texto del párrafo 1 del proyecto de conclusión 6 es similar al del proyecto de conclusión 4, y el título del proyecto de conclusión 8 también habla de «aceptación y reconocimiento». Para acabar con esa redundancia, el orador propone fusionar

<sup>279</sup> *Ibíd.*, párr. 71.

los proyectos de conclusión 6, 7 y 8. El nuevo proyecto de conclusión debería conservar el título del actual proyecto de conclusión 6 y disponer que: a) la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto son pertinentes para la identificación de las normas de *ius cogens* inderogables; b) la aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*; y c) los agentes no estatales no tienen derecho a aceptar y reconocer una norma de *ius cogens*, pero su actitud puede ser pertinente para dar un contexto a las actitudes de los Estados y evaluarlas. En relación con el segundo de estos puntos, el orador toma nota de que, según el Sr. Rajput, se debe utilizar la expresión «la comunidad internacional de Estados en su conjunto» en lugar de «una gran mayoría de Estados»; tal vez la referencia a «una gran mayoría de Estados» podría trasladarse al comentario.

67. Como el proyecto de conclusión 9 es muy largo, el orador propone volver a examinar su presentación. Además, habida cuenta de que incluso la modificación de una norma de *ius cogens* depende de su aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se señala en el párrafo 37 del segundo informe, el orador propone que se incluya un proyecto de conclusión sobre esa cuestión. Puesto que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es el punto de partida de los proyectos de conclusión, todos los factores mencionados en ese artículo deben reflejarse.

68. El orador aguarda con interés los estudios del Relator Especial sobre los efectos del *ius cogens*, la jerarquía del *ius cogens* respecto de otras normas de *ius dispositivum* y el efecto de la objeción persistente en relación con el *ius cogens*, así como la lista abierta de normas de *ius cogens*. Es partidario de remitir los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción, que debería volver a examinar su redacción con miras a consolidarlos y abreviarlos.

69. El Sr. MURPHY dice que suscribe muchos aspectos del análisis contenido en el bien documentado segundo informe del Relator Especial. Por ejemplo, conviene en que el derecho internacional consuetudinario es la principal fuente de las normas de *ius cogens* y en que la secuencia para la identificación de una norma de *ius cogens* implica en primer lugar determinar que una norma se ha creado y después que esta ha sido reconocida y aceptada como norma imperativa. Al igual que el Relator Especial, el orador apoya el concepto de «doble aceptación», por el cual una norma debe primero ser reconocida y aceptada como norma de derecho internacional y luego ser reconocida y aceptada como *ius cogens*. Cree que el Relator Especial tiene razón al centrarse en la aceptación y el reconocimiento de los Estados, en lugar de otros agentes, y no tiene ninguna objeción a la propuesta de cambiar el título del tema por «Normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*)» ni al futuro programa de trabajo expuesto en el segundo informe.

70. No obstante, el orador discrepa del Relator Especial con respecto a varias cuestiones. En relación con el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3, que sigue pendiente en el Comité de Redacción, señala que, en general,

las declaraciones formuladas en la Sexta Comisión durante el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General no fueron favorables ni contrarias a esa propuesta. A juicio del orador, el párrafo es confuso porque parece afirmar que, para que una norma constituya *ius cogens*, se necesitan elementos adicionales a los que figuran en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Aunque el Relator Especial indica, en el párrafo 18 del segundo informe, que esos elementos no son «adicionales» sino «descriptivos y característicos», esa distinción no está clara, puesto que todos los elementos mencionados en el proyecto de conclusión 3 son, en cierto modo, descriptivos o característicos. El orador cree que el proyecto de conclusión, en el que esencialmente se define el *ius cogens*, debería remitir únicamente a los elementos previstos en la Convención de Viena de 1969.

71. Otra dificultad que plantea el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 es que los argumentos que figuran en los párrafos 20 a 22 del segundo informe confunden la idea de que el *ius cogens* «protege» los valores fundamentales con la idea de que «refleja» esos valores, cuando son dos cosas muy distintas. Así, las fuentes que apoyan un concepto no se pueden invocar para fundamentar el otro. Además, la idea de que las normas de *ius cogens* son «jerárquicamente superiores a otras normas» se refiere fundamentalmente a las consecuencias del *ius cogens*, en particular a su capacidad de prevalecer sobre otras normas con las que esté en conflicto. Por lo tanto, sería mejor abordar esta cuestión en el futuro informe del Relator Especial sobre las consecuencias del *ius cogens*. Por último, si el Relator Especial tiene la intención de estudiar la posibilidad de un *ius cogens* no universal, como se indica en el párrafo 68 del primer informe, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 no debería afirmar que esas normas son «universalmente aplicables»<sup>280</sup>. En resumen, si bien está dispuesto a estudiar la nueva propuesta que el Relator Especial va a presentar al Comité de Redacción, el orador lo insta a que reconsidere si el proyecto de conclusión 3 es el mejor lugar para abordar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2.

72. Con respecto al proyecto de conclusión 4, el orador aprueba los dos criterios descritos como necesarios para la identificación de una norma como *ius cogens*, pero cree que el tercer criterio establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, es decir, que la norma solo debe poder ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*, si es pertinente para identificar una norma como *ius cogens*. En su opinión, se desprende claramente del artículo 53 y de la historia de su negociación que la cláusula «aceptada y reconocida» se refiriere a dos cosas: el reconocimiento o la aceptación de una norma inderogable, y su reconocimiento o aceptación como norma que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. A diferencia del Relator Especial, el orador no cree que el tercer criterio no entre en juego hasta después de que se identifique la norma; es más bien uno de los medios de identificación de la norma, y esa es la razón por la que figura en la definición del *ius cogens* contenida en el artículo 53. El tercer criterio califica la naturaleza del segundo criterio: la norma tiene que ser inderogable, pero

<sup>280</sup> *Ibíd.*, párr. 74.

debe poder ser modificada por otra norma de *ius cogens*. Por consiguiente, se ha de incluir el tercer criterio en el proyecto de conclusión 4, ya sea como apartado *c* o como parte del apartado *b*. Si se hace, tal vez sea conveniente preguntarse si el proyecto de conclusión 4 es realmente necesario, ya que parece solaparse con el párrafo 1 del proyecto de conclusión 3. Si bien el orador cree, como el Sr. Rajput, que los proyectos de conclusión 3 y 4 se solapan, preferiría mantener el proyecto de conclusión 3 y suprimir el proyecto de conclusión 4.

73. El proyecto de conclusión 5 se refiere a la fundamentación de las normas de derecho internacional general. El análisis que figura en los párrafos 42 y 43 del informe sobre la definición del «derecho internacional general» es algo oscuro. Esa expresión ha sido utilizada de diversas maneras por los Estados, los tribunales y los académicos, por lo que es difícil determinar un sentido único. En opinión del orador, la interpretación más plausible es que el término «derecho internacional general» designa un derecho vinculante para todos los Estados. Ese podría ser el sentido que se ha querido dar a las palabras «ámbito de aplicación general» que figuran en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5, pero sería más claro decir directamente que las normas en cuestión son vinculantes para todos los Estados. El orador se pregunta por qué el Relator Especial ha incluido una referencia a la aplicabilidad universal en el proyecto de conclusión 3 pero no en el proyecto de conclusión 5, donde parece ser más pertinente.

74. Si bien conviene en que el derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación del *ius cogens*, como se indica en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, al orador le convence menos la afirmación que se hace en el párrafo 43 del informe de que el derecho internacional consuetudinario es una manifestación del derecho internacional general, a menos que se refiera únicamente al derecho internacional consuetudinario que no es regional ni especial. El párrafo 3 del proyecto de conclusión 5 describe los «principios generales del derecho» como otra fuente de normas de *ius cogens* pero, como señala el Relator Especial en el párrafo 48 del informe, hay muchos menos fundamentos para afirmar tal cosa. Un problema fundamental es que la mayoría de esos principios se establecen por analogía con el derecho interno y se consideran esencialmente como elementos para colmar las lagunas de las principales fuentes del derecho internacional; no son imperativos. Por consiguiente, la Comisión debe ser muy prudente antes de afirmar que los principios generales del derecho son una base del *ius cogens*. Si decide hacerlo, debe señalar, tanto en el proyecto de conclusión como en el comentario correspondiente, que esa afirmación está mucho menos fundamentada en la práctica.

75. El orador tiene dudas sobre el párrafo 4 del proyecto de conclusión 5. Está de acuerdo en que las normas convencionales, al igual que otros factores como las resoluciones de organizaciones internacionales o las decisiones de conferencias intergubernamentales, pueden influir en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. No obstante, no queda claro por qué, entre esos factores, se debe destacar la influencia indirecta de los tratados con respecto al *ius cogens*. Es más plausible indicar que

los tratados multilaterales que han logrado una adhesión universal o casi universal, como la Carta de las Naciones Unidas o los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra, de 1949, desempeñan un papel único en el establecimiento del derecho internacional general. La expresión «norma establecida en un tratado» parece demasiado abierta.

76. El orador no tiene ninguna preocupación particular con respecto al proyecto de conclusión 6, en el que se aborda la cuestión de la aceptación y el reconocimiento. No obstante, este contiene muchas repeticiones, en especial en relación con los proyectos de conclusión 3, 4 y 8. Las repeticiones no son necesariamente problemáticas, pero pueden prestarse a confusión si se utilizan términos diferentes en disposiciones muy similares. Como mínimo, los proyectos de conclusión 6 y 8 podrían combinarse en un único proyecto de conclusión que se ocupe de todos los aspectos de la aceptación y el reconocimiento.

77. En vista de las limitaciones de tiempo, el orador terminará su declaración en la siguiente sesión plenaria de la Comisión.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 3370ª SESIÓN

*Miércoles 5 de julio de 2017, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Georg NOLTE

*Miembros presentes:* Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Grossman Guiloff, Sr. Hasouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sr. Jalloh, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sra. Lehto, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nguyen, Sra. Oral, Sr. Ouazzani Chahdi, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

### ***Ius cogens (continuación) (A/CN.4/703, cap. II, secc. C, A/CN.4/706)***

[Tema 7 del programa]

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

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del segundo informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/706).

2. El Sr. MURPHY, prosiguiendo la declaración que inició en la sesión anterior, expresa su apoyo global al proyecto de conclusión 7, pero dice que no está convencido de que el concepto de «Estados en su conjunto» se refiera al reconocimiento colectivo de la inderogabilidad, por oposición a que el reconocimiento individual por suficientes Estados constituya un reconocimiento por los «Estados en su conjunto». Los Estados siempre actúan de