

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

manera individual, incluso al decidir una acción colectiva. En ese sentido, el análisis que figura en el párrafo 77 del segundo informe del Relator Especial es poco claro y no resulta de utilidad. Tampoco es acertado afirmar en el proyecto de conclusión 7, párrafo 3, que «una gran mayoría de Estados» son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*, pues el umbral debería ser mucho mayor. Sería más apropiado referirse a «una inmensa mayoría», «prácticamente todos los Estados» o «casi todos los Estados».

3. Con respecto al proyecto de conclusión 9, el orador pregunta por la falta de referencias a las decisiones de los tribunales nacionales, que se mencionan ampliamente en otras partes del informe, y señala que el párrafo 3, tal como está redactado, es incorrecto: las decisiones de las cortes y tribunales internacionales no son pruebas del *ius cogens* en sí mismas, sino que pueden ser un medio auxiliar para la identificación de una norma como de *ius cogens*. El orador dice que el texto habría de modificarse en consecuencia y que también debería examinarse la posibilidad de modificar el principio del párrafo 2 para que diga: «[L]os siguientes materiales pueden constituir prueba de la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto con respecto a la aceptación y el reconocimiento...». El orador apoya la remisión al Comité de Redacción de todos los proyectos de conclusión que figuran en el segundo informe del Relator Especial, en el entendimiento de que convendría fusionarlos, siempre que sea posible, para evitar repeticiones que causen confusión.

4. El Sr. HMOUD dice que el tema del *ius cogens* presenta dificultades intrínsecas en relación con la identificación de las normas y sus efectos, como han reconocido la doctrina y la Comisión. Aunque los Estados han llegado a reconocer la existencia de la doctrina del *ius cogens*, en especial tras la adopción del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), el contenido de las normas imperativas, los criterios para identificarlas y sus efectos siguen sin ser concluyentes. El estudio analítico sobre la fragmentación del derecho internacional, elaborado por el Presidente del Grupo de Estudio sobre ese tema, el Sr. Martti Koskenniemi, señala lo siguiente:

En vez de tratar de determinar el contenido del *ius cogens* mediante definiciones abstractas, es mejor seguir el camino elegido por la (Comisión) en 1966 que «estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales»²⁸¹. Esta parece la manera correcta de proceder.²⁸¹

5. Habida cuenta de que la Comisión ha decidido proseguir el tema y examinar la identificación y los efectos del *ius cogens*, parece apropiado examinar la evolución de la práctica estatal e internacional.

6. Si bien apoya la propuesta de que la Comisión no se aparte de la norma establecida en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el orador coincide con el

Relator Especial en que el artículo 53 es un punto de partida, no un fin en sí mismo. Esa postura es necesaria dado el alcance del tema, que abarca los efectos del *ius cogens* no solo en el derecho convencional sino también en otras fuentes del derecho internacional. Aunque podría haber sido prudente adoptar un enfoque restrictivo en 1966, el posterior reconocimiento de la doctrina del *ius cogens* ha hecho necesario un enfoque más amplio. El artículo 53 incluye un elemento de circularidad que no constituye una orientación útil para identificar y definir el *ius cogens* y limita el efecto práctico de esa disposición, que se utiliza para describir las consecuencias del *ius cogens* en las decisiones de las cortes y tribunales, pero jamás, por ejemplo, para determinar qué normas de derecho internacional general se han elevado a la categoría de *ius cogens* o mediante qué proceso. Una norma de *ius cogens* suele reconocerse como tal en virtud de las decisiones, los pronunciamientos y la doctrina, más que por la aplicación de los elementos contenidos en el artículo 53.

7. Dado que el artículo 53 no es concluyente, los numerosos ejemplos y pruebas ofrecidos en el informe para avalar la existencia de características del *ius cogens* son bienvenidos, pues esa descripción es fundamental para entender el *ius cogens* y sus efectos. Habida cuenta de que las cortes y tribunales internacionales han adoptado los valores fundamentales de la comunidad internacional que las normas de *ius cogens* tratan de proteger como su razón de ser, ha de hacerse mayor hincapié en la descripción de esos valores, aunque no se prevea una definición única. Si esa descripción debe incluirse en los proyectos de conclusión o en el comentario correspondiente es una cuestión que ha de decidir la Comisión, que ya ha remitido el proyecto de conclusión 3²⁸² al Comité de Redacción. El reto es velar por que no haya ninguna contradicción entre esa descripción del *ius cogens* en términos de valores protegidos y los criterios formales para reconocer el *ius cogens*.

8. Aunque la superioridad jerárquica y el reconocimiento universal son características del *ius cogens*, son una consecuencia más que un elemento constitutivo. Hay acuerdo en que las normas de *ius cogens* son superiores a otras normas, y el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 ha definido el consiguiente efecto en relación con los tratados, pero las consecuencias para otras fuentes de derecho siguen estando poco claras. Ninguna decisión judicial ha declarado aún nula y sin efecto una norma de derecho internacional consuetudinario a raíz de un conflicto con una norma de *ius cogens*. Esa posibilidad, junto con otros posibles efectos de la superioridad jerárquica del *ius cogens*, debería examinarse en futuros informes. Se han de examinar los efectos de la aplicación universal, como característica del *ius cogens*, en conceptos como el *ius cogens* regional y la doctrina del objeto persistente. El orador está de acuerdo en que las normas de *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados, pero ¿son vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional? ¿Debe una organización internacional quedar obligada por el *ius cogens* al aprobar resoluciones, por ejemplo?

²⁸¹ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, pág. 85, párr. 376. [El texto de la nota omitida en la cita es el siguiente: «Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 271, comentario del proyecto de artículo 50, párr. 3».]

²⁸² Véase el texto del proyecto de conclusión 3 propuesto por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693, párr. 74.

9. El informe se basa con acierto en la práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales para dar contenido y sentido al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, habida cuenta de que se han producido cambios importantes desde su aprobación y de que la Comisión no se limita a una definición del *ius cogens* que se refiera únicamente al derecho convencional. Ha habido un amplio reconocimiento del valor normativo de la definición que figura en el artículo 53 y su aplicabilidad más allá del derecho convencional. El orador no está de acuerdo con la afirmación del Relator Especial de que el tercer elemento de esa definición —que una norma de *ius cogens* solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter— no es un criterio para la identificación del *ius cogens*. Como el Sr. Murphy dijo en la sesión anterior, tanto el texto de la Convención de Viena de 1969 como los trabajos preparatorios parecen indicar lo contrario. La cuestión es importante, en primer lugar, porque si esa modificación es parte, efectivamente, del criterio de reconocimiento y aceptación, es preciso determinar el proceso en virtud del cual la comunidad internacional de Estados modifica una norma de *ius cogens*. En segundo lugar, la falta de práctica o jurisprudencia que expliquen cómo una norma ulterior de *ius cogens* puede modificar una norma vigente parece indicar que una norma de *ius cogens*, una vez establecida, nunca puede revocarse o modificarse, lo que convierte toda la doctrina del *ius cogens* en la expresión más rígida del derecho internacional. Los futuros informes del Relator Especial deberían abordar esa cuestión y otras cuestiones conexas, como qué sucedería en caso de conflicto entre dos normas de *ius cogens*.

10. La expresión «derecho internacional general», que figura en el primer criterio para identificar el *ius cogens* en virtud del artículo 53, ha ganado aceptación en la jurisprudencia y la doctrina, pero no tiene una definición oficial. Abarca las normas que se aplican con carácter general a las situaciones comprendidas en el ámbito del derecho internacional, con ciertas limitaciones reconocidas, como las relaciones convencionales, la *lex specialis* y los regímenes autónomos. Puesto que el tema no se ocupa de la naturaleza del derecho internacional general, sino únicamente de su pertinencia para el concepto de *ius cogens*, la definición propuesta en el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, es adecuada. La expresión se emplea a menudo como sinónimo de «derecho internacional consuetudinario», pero, como han reconocido la Comisión y la Corte Internacional de Justicia, también incluye los principios generales del derecho internacional, de conformidad con el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte. Lo importante es determinar qué normas de derecho internacional pueden ser de *ius cogens*. La práctica de los Estados y los pronunciamientos de los tribunales internacionales dan a entender que el derecho internacional consuetudinario es la única base reconocida para la formación del *ius cogens*, lo que excluye la posibilidad de que los principios generales del derecho sirvan de fuente para las normas de *ius cogens*. El informe no ofrece pruebas de lo contrario. En su declaración introductoria, el Relator Especial confirma que el proyecto de conclusiones se ha basado en la práctica. La inclusión de los principios generales del derecho como fuente del *ius cogens*, aunque es hipotéticamente posible, no se basaría en la práctica, sino que constituiría *lex ferenda*,

lo que socavaría el concepto y lo expondría a una incertidumbre y vulnerabilidad no deseadas. Además de las dificultades señaladas por el Sr. Murase en la sesión anterior, para que un principio general existente en el derecho interno sea imperativo, debe someterse a una serie de procesos que no están definidos ni determinados en ningún estudio sobre el *ius cogens*, incluido el segundo informe del Relator Especial. No se ha citado ningún ejemplo de un principio general del derecho que se haya convertido en *ius cogens* por sus propios méritos, sin ser previamente derecho internacional consuetudinario. El informe tampoco explica cómo la comunidad internacional de Estados en su conjunto podrá reconocer y aceptar un principio general del derecho como una norma imperativa. El proceso de «doble aceptación» descrito en el párrafo 77 del informe es, de hecho, el triple proceso por el cual un principio general del derecho puede ser primero reconocido como norma por las naciones civilizadas, después aceptado como norma de derecho internacional consuetudinario y por último reconocido como inderogable. En todo caso, las fuentes citadas en la antepenúltima nota del informe confirman esa afirmación.

11. En cuanto a si el derecho de los tratados puede servir como fuente de *ius cogens*, el orador está de acuerdo en que no es una base adecuada para el derecho internacional general por las razones expuestas en el informe y porque las normas convencionales, por su naturaleza, no se aplican a todos los sujetos de derecho internacional, sino a las partes en un determinado tratado. Algunos tratados, como la Carta de las Naciones Unidas y los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra, de 1949, se han convertido en generales en cuanto a su carácter y su aplicación, y no hay motivo para pensar que no puedan convertirse en *ius cogens*. La prohibición del uso de la fuerza que figura en la Carta se considera una norma de *ius cogens*. No obstante, esas excepciones son limitadas. Para evitar cualquier dificultad conceptual, la idea de que un tratado solo puede reflejar normas de derecho internacional general que pueden alcanzar el rango de *ius cogens* —no ser su base— es aceptable. La escasez de ejemplos de normas generales de aplicación general justifica esa conclusión, si bien es preciso seguir debatiendo esta cuestión.

12. Aunque al tratar de identificar una disposición como norma de *ius cogens* es lógico examinar, en primer lugar, si se trata de una norma de derecho internacional general y, en segundo lugar, si ha sido aceptada y reconocida como inderogable, no es necesario seguir escrupulosamente esa secuencia. Lo esencial es garantizar que ambos criterios se satisfagan por separado, como se reconoce en el párrafo 62 del informe y se refleja en el proyecto de conclusión 4. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que es necesario demostrar no la inderogabilidad de una norma *per se*, sino el reconocimiento y la aceptación de esa inderogabilidad por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El enunciado del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 cambia el segundo criterio de la objetividad a la subjetividad. No obstante, la inderogabilidad se refiere esencialmente al carácter de los valores que las normas de *ius cogens* tratan de defender. Los intérpretes considerarán imprescindible examinar si esos valores son tan importantes que son inderogables. Los pronunciamientos de diversas

cortes y tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, han ahondado en si algunas normas de *ius cogens* protegen esos valores básicos y en qué medida lo hacen. Cabe preguntarse si, a fin de establecer la aceptación y el reconocimiento del carácter inderogable de una norma por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es necesario determinar si cada Estado ha aceptado y reconocido esa inderogabilidad. En opinión del orador, no es necesario: en el marco del *ius cogens*, la aceptación difiere de la aceptación como derecho necesaria para considerar una norma de derecho internacional consuetudinario. Lo que hay que determinar es la aceptación colectiva por la comunidad internacional de Estados. En esencia, debe demostrarse que, entre sí, los Estados han aceptado y reconocido el carácter imperativo de la norma, no si lo ha hecho una mayoría o una minoría de Estados. Tampoco se trata de si un único Estado o un grupo de Estados tiene poder de veto. El criterio debe ser si los Estados han establecido la aceptación y el reconocimiento entre ellos de la inderogabilidad de la norma. El proyecto de conclusión 7, párrafo 3, debería modificarse a tal efecto.

13. En el proyecto de conclusión 7, párrafo 1, debe suprimirse el término «actitud», ya que no es normativo ni indicativo respecto de la aceptación y el reconocimiento por los Estados y es irrelevante en este contexto. Lo que hay que evaluar es el material que pone de manifiesto que la norma se considera inderogable, que puede consistir en pruebas de los Estados, tratados, resoluciones de organizaciones internacionales y decisiones de tribunales internacionales. En el proyecto de conclusión 9 figuran ejemplos de esas formas de prueba. La jerarquía e importancia relativa de las diversas formas de prueba se desvían de la labor de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. El mayor valor que se concede a las sentencias de las cortes y tribunales internacionales es positivo, pero la descripción del valor de las pruebas debe ser examinada más a fondo por el Comité de Redacción. La utilización de diversos términos con el mismo significado puede dar lugar a confusión. El material pertinente debe examinarse en general para determinar si puede establecerse la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto. Aunque el material de agentes distintos de los Estados puede ser útil para evaluar la aceptación y el reconocimiento por los Estados, la aceptación y el reconocimiento de los agentes no estatales no es la cuestión que se está examinando.

14. Los proyectos de conclusión contienen algunas repeticiones que debería eliminar el Comité de Redacción. En cuanto al futuro programa de trabajo, la Comisión debería elaborar una lista ilustrativa y no exhaustiva de las normas de *ius cogens* basada en el proyecto de conclusiones sobre el tema. Esa lista será útil para los Estados, los tribunales internacionales y los profesionales, y aclarará el valor imperativo de determinadas normas. Aunque no se opone a debatir los efectos jurídicos del *ius cogens* en la responsabilidad del Estado, el orador insta al Relator Especial a que vele por la coherencia con los artículos sobre ese tema²⁸³.

²⁸³ 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.

Recomienda que se remitan al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9.

15. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que está de acuerdo con muchos de los aspectos que figuran en el segundo informe del Relator Especial, en particular con la afirmación de que las normas de *ius cogens* pueden surgir no solo de las normas de derecho internacional consuetudinario, sino también de los principios generales del derecho internacional, que el *ius cogens* puede reflejarse en los tratados y que una norma imperativa de derecho internacional general solo puede surgir de una norma de derecho internacional general. Asimismo, coincide en que uno de los elementos característicos del *ius cogens* es su forma específica de reconocimiento y aceptación, a la que el Relator Especial se ha referido con acierto como *opinio iuris cogentis*. No obstante, comparte la inquietud de otros con respecto a los criterios que el Relator Especial ha establecido para determinar si una norma es de *ius cogens*.

16. Es preciso aclarar el alcance del primer criterio, a saber, que el *ius cogens* son normas de derecho internacional general. Afirmar que una norma imperativa de derecho internacional general solo puede dimanar de una norma de derecho internacional general no es lo mismo que decir que una norma de derecho internacional imperativo solo puede ser de aplicación general. En opinión del orador, podrían existir normas particulares de derecho internacional imperativo, en especial el *ius cogens* regional. En ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a valores europeos fundamentales; otros tribunales regionales de derechos humanos también pueden considerar que determinados valores y principios son fundamentales para sus respectivos sistemas y reconocer en consecuencia normas imperativas específicas. Más que adoptar una postura al respecto, la Comisión simplemente debería dejar la puerta abierta a esa posibilidad. Bastaría con decir que una norma imperativa de derecho internacional general solo puede derivarse de una norma de derecho internacional general. Sería inapropiado excluir la existencia de normas particulares de derecho internacional imperativo sin investigar a fondo la práctica de los sistemas regionales.

17. La principal inquietud del orador se refiere al segundo criterio señalado como condición para el reconocimiento y la aceptación de una norma de derecho internacional general como norma de *ius cogens* u «*opinio iuris cogentis*». Si bien está de acuerdo en que ese criterio existe y que el reconocimiento y la aceptación de la comunidad internacional de Estados en su conjunto son decisivos, la manera en que el Relator Especial ha propuesto ese criterio parece sugerir que la formación del *ius cogens* a partir de una simple norma de derecho internacional consuetudinario es más fácil que la formación de una simple norma de derecho internacional consuetudinario. De conformidad con el proyecto de conclusión 7, párrafo 3, «[I]a aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*». Así pues, si solo una «gran mayoría de Estados» considera que una determinada norma de derecho internacional consuetudinario debe convertirse en una norma de *ius cogens*, podrían producir ese efecto simplemente diciéndolo.

18. El orador no cree que la *opinio iuris cogentis* sea el único requisito para que una simple norma de derecho internacional consuetudinario se convierta en una norma de *ius cogens*. Si fuera así, una norma de derecho internacional consuetudinario podría convertirse en *ius cogens* simplemente con la aprobación por la Asamblea General de una resolución a tal efecto por una mayoría de dos tercios. Citando un ejemplo hipotético relativo a la doctrina Calvo, el orador dice que una norma de derecho internacional consuetudinario no debería adquirir el rango de *ius cogens* basándose simplemente en los intereses económicos o políticos comunes de una «gran mayoría» de Estados. Los criterios han de ser más estrictos, tanto en relación con el fondo como con el procedimiento.

19. En lo que respecta al fondo, toda norma de derecho internacional general que se haya elevado a la categoría de *ius cogens* debería reflejar los valores fundamentales de la comunidad internacional de Estados. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión no debe retomar las teorías del derecho natural para la identificación de esos valores fundamentales. Se debe establecer una manera más generalmente aceptada de identificar los valores fundamentales existentes. Un enfoque podría consistir en demostrar que una norma está arraigada en un número representativo de ordenamientos jurídicos nacionales. Si una norma cuenta con esa base, sería aceptable elevarla, por una *opinio iuris cogentis* específica, al rango de norma de *ius cogens*.

20. En lo que respecta al procedimiento, el orador dice que, habida cuenta del efecto jurídico extraordinariamente fuerte del *ius cogens*, le sorprende que el Relator Especial considere que una «gran mayoría» es suficiente para establecer la *opinio iuris cogentis* necesaria. Esto es tanto más sorprendente cuanto que, en el párrafo 67 del informe, el Relator Especial explica que la referencia a la comunidad internacional de Estados «en su conjunto» se emplea en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como sinónimo de «una gran mayoría» de Estados. El objetivo era asegurar que la oposición de un Estado o un reducido número de Estados no impidiera que surgiera una norma de *ius cogens*; en ese momento, los redactores de la Convención debieron tener en cuenta el caso de Sudáfrica como objeto persistente de la prohibición del *apartheid*. Por tanto, la existencia de *opinio iuris cogentis*, como propone el Relator Especial, es sin duda necesaria, pero no suficiente, para que una norma pase a ser de *ius cogens*. Además, al afirmar en el párrafo 31 de su informe que los criterios formales y de procedimiento del *ius cogens* deben estar presentes para que se pueda considerar que una norma o principio tiene carácter de *ius cogens*, el Relator Especial excluye la naturaleza jurídica sustantiva del *ius cogens*, a saber, el hecho de que protege un valor fundamental de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

21. Al comienzo de su informe, el Relator Especial se refiere al debate del año anterior, cuando la Comisión se mostró reticente a aprobar el proyecto de conclusión 3, con su referencia a la protección de valores fundamentales mediante normas de *ius cogens*. La vacilación de la Comisión no debe considerarse una expresión de duda en cuanto a que las normas de *ius cogens* protegen valores fundamentales, sino más bien como cierta renuencia

a referirse a los valores fundamentales en abstracto, sin aclarar la relación de ese elemento con los elementos procesales del *ius cogens*, en particular el elemento básico del reconocimiento y la aceptación como *ius cogens*. En opinión del orador, la Comisión debería aclarar ahora esa relación, y la característica del *ius cogens* como protección de los valores fundamentales de la comunidad internacional debería figurar entre los criterios para la determinación del *ius cogens*.

22. Por último, el orador está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de cambiar el nombre del tema a «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)». Ello también aclararía el hecho de que el tema solo se refiere a las normas del derecho internacional general, dejando abierta la posibilidad de que puedan existir normas imperativas de un derecho internacional particular. El orador no considera que la cuestión de quién determina si se han cumplido los criterios relativos al *ius cogens* exceda el alcance de este tema, como se sugiere en el párrafo 31 del informe. En cuanto a los proyectos de conclusión propuestos, cree que el Comité de Redacción podría abreviarlos sin sacrificar ningún contenido esencial.

23. El Sr. HASSOUNA dice que, como se ha puesto de manifiesto en el debate mantenido hasta el momento, el concepto de *ius cogens* es una fuente de gran controversia. Se consideró un término oscuro para una noción ya oscura en 1969, durante la aprobación de la Convención de Viena de 1969, y ese sentimiento parece perdurar en gran medida hoy en día. El Relator Especial debería tener en cuenta las reservas expresadas por los Estados en la Sexta Comisión, que se refieren principalmente al alcance del tema y a la posible falta de práctica en relación con las normas de *ius cogens*. Ello contribuiría a su objetivo de aclarar el concepto de *ius cogens* desde la perspectiva del derecho internacional y promovería la idea del derecho internacional como un derecho de cooperación y no un derecho de coexistencia, como sugiere el conocido académico Georges Abi-Saab.

24. En el párrafo 18 de su informe, el Relator Especial señala que los criterios para determinar si una norma ha alcanzado la condición de *ius cogens* siguen siendo los establecidos en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Aunque algunos Estados consideraron que las características que suelen citarse para describir el *ius cogens*, como «fundamental», «jerárquicamente superior» y «universalmente aplicable», son elementos adicionales que no figuran en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el orador considera que el Relator Especial da suficientes ejemplos de la práctica estatal y judicial para demostrar que los Estados aceptan en general esas características del *ius cogens*. No obstante, el Relator Especial debería aportar más pruebas de por qué son de naturaleza meramente descriptiva y dejar clara, en el comentario, la distinción entre esos elementos descriptivos y los elementos constitutivos enunciados en el informe.

25. Los elementos descriptivos están intrínsecamente vinculados a la cuestión de si una norma se convierte en una norma de derecho internacional general que no permite derogación alguna. Las cláusulas de inderogabilidad

contenidas en los tratados de derechos humanos pueden constituir una prueba de la existencia de normas inderogables. Un derecho inderogable que se cita con frecuencia en los tratados es el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre. Aunque muchos de los tratados que establecen ese derecho solo han sido ratificados por unos pocos Estados o son convenciones regionales y, además, muchos de ellos prohíben la suspensión de derechos inderogables similares en determinadas circunstancias, lo que manifiesta su inderogabilidad, la comunidad internacional sigue considerando que esos derechos son inderogables, precisamente porque algunos elementos descriptivos —como «fundamental», «jerárquicamente superior» y «universalmente aplicable»— están asociados a ellos.

26. Con respecto al primer criterio relativo al *ius cogens*, a saber, que debe ser una norma de derecho internacional general, el orador dice que en el informe no se aclara qué es el derecho internacional general. De hecho, como se señala en el párrafo 41 del segundo informe del Relator Especial, el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional ha observado que no existe una definición aceptada al respecto²⁸⁴. El Relator Especial considera que el término «general» se refiere simplemente al alcance de la aplicabilidad de las normas y que el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho e incluso el derecho convencional pueden servir de base para las normas de derecho internacional general o reflejarlas. El orador entiende que ese término hace alusión a todas las fuentes del derecho en general. También podría hacer referencia a la fuente específica del derecho en que se establece la norma. El Magistrado *ad hoc* Dugard, antiguo miembro de la Comisión, señaló en su opinión separada de la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* que el término puede incluir las convenciones internacionales generales que codifican principios de derecho internacional, las decisiones judiciales ampliamente aceptadas y el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c* y *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (véase el párrafo 16 de la opinión separada). El proyecto de conclusión 5 podría simplificarse y aclararse afirmando que el derecho internacional general abarca todas las fuentes de derecho internacional establecidas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sin jerarquía entre las fuentes.

27. Aunque puede parecer controvertido incluir los principios generales del derecho internacional como fuente de normas de derecho internacional general, teniendo en cuenta que el Relator Especial afirma en el párrafo 51 del informe que en la práctica existen muy pocos casos en que los principios generales del derecho llegan al nivel de *ius cogens*, de hecho esa falta de práctica puede atribuirse a muchos factores. Por ejemplo, como señaló el Magistrado *ad hoc* Dugard en su opinión en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en*

la zona fronteriza, los principios generales del derecho suelen referirse a reglas de prueba o procedimiento, o se utilizan como defensa jurídica (párr. 14). La Corte Internacional de Justicia no siempre ha considerado que se cumplen las condiciones para la aplicación de esos principios, porque no siempre se consideran causas de acción independientes. Por consiguiente, la falta de práctica no es indicativa de si el derecho internacional general puede reflejar los principios generales del derecho. Por otra parte, si una norma de derecho internacional general es una norma aplicable a todas las esferas jurídicas internacionales, se deduce que un principio general del derecho puede ser una fuente de derecho internacional general.

28. En cuanto a la utilización del derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho internacional general, el orador considera que sería conveniente para la labor sobre el tema elaborar un estudio sobre si la expresión «derecho internacional general» se diferencia verdaderamente de «derecho internacional consuetudinario» en la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, o si los tribunales y los Estados emplean ambas expresiones sin distinguir entre ellas. Como se indica en el informe, el derecho internacional consuetudinario puede utilizarse para identificar normas de derecho internacional general, pero ello puede deberse simplemente a que los tribunales utilizan los dos términos indistintamente. Los comentaristas han dado a entender que la Corte Internacional de Justicia simplemente se refiere a una norma como derecho internacional general para no pasar por el arduo proceso de determinar si esa norma existe en el derecho internacional consuetudinario examinando la *opinio iuris* y la práctica de los Estados en todo el mundo. Así pues, una norma puede convertirse en vinculante para los Estados sin que se hayan determinado ni la práctica ni la *opinio iuris*. Esa posibilidad suscita cierta preocupación; se debería analizar si la expresión «derecho internacional general» se emplea para eludir ese análisis del derecho internacional consuetudinario.

29. Por lo que respecta al segundo criterio relativo al *ius cogens*, a saber, el reconocimiento y la aceptación, el orador está de acuerdo en general con el Relator Especial en que existe suficiente práctica estatal y judicial para demostrar que una norma internacional general reconocida y aceptada por la comunidad internacional de Estados como inderogable debe considerarse una norma de *ius cogens*. También coincide en que las opiniones y la práctica de las organizaciones internacionales y de agentes internacionales similares pueden contribuir a establecer un contexto en relación con las normas inderogables del derecho internacional general. No obstante, la existencia de un *ius cogens* regional ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional, por lo que el Relator Especial debería seguir estudiando cómo se relacionan las normas regionales de *ius cogens* con la aplicación universal de las normas de *ius cogens*. Por ejemplo, en 1987, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos había una norma reconocida de *ius cogens* que prohibía la ejecución de niños por el Estado. También podría ser útil analizar si la «comunidad internacional de Estados» que debe aceptar y reconocer las normas de *ius cogens* incluye a los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas.

²⁸⁴ Véanse las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), en especial pág. 196, nota 976.

30. El segundo informe no presenta análisis ni práctica de los Estados suficiente para llegar a la conclusión de que no es necesario que los Estados también acepten y reconozcan que una norma de *ius cogens* puede ser modificada por una norma ulterior de la misma naturaleza. Sería razonable interpretar que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 establece con claridad que el reconocimiento y la aceptación son necesarios. El Relator Especial se basa únicamente en una declaración de Irlanda, un caso de Ontario y algunos artículos jurídicos para concluir que el elemento de la modificación no forma parte de los criterios de identificación del *ius cogens*. Algunos estudiosos, como Sévrine Knuchel, han indicado que ese tercer elemento debería incluirse entre los criterios, pues reconoce el hecho de que las normas de *ius cogens* existentes pueden verse modificadas por normas imperativas nuevas y futuras. En consecuencia, el Relator Especial debería ahondar en la práctica y los análisis para respaldar su decisión de no incluir el tercer elemento entre los criterios para la identificación del *ius cogens*.

31. Con respecto al cambio en el título del tema, el orador dice que, si bien propuso que se utilizara uno diferente del que sugiere el Relator Especial, apoya en términos generales la propuesta actual, en particular la inclusión del término «general». El nuevo título propuesto refleja la naturaleza y el alcance de las normas de *ius cogens*, así como los criterios necesarios para identificarlas. En cuanto a los proyectos de conclusión propiamente dichos, el orador considera que están bien concebidos y estructurados, aunque algunos ganarían si se condensaran y acotarán, de modo que no aborden cuestiones ajenas a su ámbito de aplicación. Algunos miembros han propuesto fusionar algunos proyectos de conclusión: por ejemplo, todo el contenido relativo a la aceptación y el reconocimiento de una norma internacional general podría tratarse en un proyecto de conclusión en lugar de en cuatro.

32. El proyecto de conclusión 4 es aceptable en general, aunque el Relator Especial debería presentar práctica y análisis adicionales para apoyar su decisión de no incluir el tercer posible criterio relativo a la modificación. En el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, no queda claro qué se entiende por «ámbito de aplicación general». En el informe, el Relator Especial se refiere a las normas de *ius cogens* como normas de aplicación universal y, por tanto, aplicables a todos los Estados. Si el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, pretende plasmar esa idea, debería hacerlo con mayor claridad. También podría mejorarse la claridad del proyecto de conclusión 6. El párrafo 1 debería incluir una referencia a la modificación de una norma de *ius cogens* como criterio de identificación. En el párrafo 2 sería conveniente modificar o definir mejor la expresión «en su conjunto» para indicar expresamente que una amplia mayoría de los Estados tiene que aceptar y reconocer una norma. El proyecto de conclusión 7 también podría ser más claro y conciso. En particular, el párrafo 1 se limita a señalar que la aceptación y el reconocimiento por parte de la comunidad de Estados en su conjunto es «pertinente». No obstante, tal aceptación y reconocimiento son una condición previa para la formación de una norma de *ius cogens*. Los párrafos 1 y 2 deben reformularse para indicar que la aceptación y el reconocimiento por los Estados son lo único que crea normas de *ius cogens* y que la actitud de los agentes no

estatales no puede servir de base para una norma de ese tipo, pero pueden ser pertinentes para establecer un contexto para las declaraciones y opiniones de los Estados. En el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, sería importante incluir una lista de los materiales que cabe consultar para encontrar pruebas de la aceptación y el reconocimiento de una norma de derecho internacional general. También debe quedar claro que la lista no es exhaustiva, tal vez empleando la expresión «incluidos, entre otros».

33. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador apoya el plan del Relator Especial de analizar los efectos o consecuencias del *ius cogens*. El Relator Especial tal vez desee también examinar la interacción del *ius cogens* con las normas regionales de *ius cogens* y si existe la obligación de ejercer la jurisdicción universal en caso de vulneración del *ius cogens*. Sería útil analizar el efecto invalidante del *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969 y otros tratados, si hay una excepción a la inmunidad de los Estados y sus funcionarios en caso de vulneración del *ius cogens* y si hay amnistías y prescripciones inválidas para los delitos de *ius cogens*.

34. El orador es partidario de que se incluya en el comentario una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. Ello contribuiría a fundamentar los proyectos de conclusión y serviría de contexto para identificar posibles normas de *ius cogens*. Dondequiera que se incluya —en un anexo, en el comentario o en otro lugar—, lo más importante es señalar claramente que esa lista no es exhaustiva.

35. Por último, el orador está de acuerdo en remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

36. El Sr. SABOIA dice que el segundo informe del Relator Especial muestra un análisis en profundidad de materiales de base pertinentes. Celebra las pruebas contundentes de la práctica de los Estados presentadas para sustentar el proyecto de conclusión 3 y reitera su apoyo a ese proyecto de conclusión, incluido el párrafo 2, que transmite la idea de que las normas de *ius cogens* protegen y reflejan los valores fundamentales de la comunidad internacional.

37. El autor también valora positivamente el capítulo II del informe, dedicado a los criterios relativos al *ius cogens*, en particular las observaciones relativas al carácter definitorio del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial ha señalado acertadamente que el hecho de que el artículo 53 sirva de base para los criterios relativos al *ius cogens* no debe entenderse en el sentido de que la Comisión no pueda ir más allá de ese artículo, aun cuando la práctica así lo determine. El capítulo II arroja luz sobre el sentido de los conceptos de derecho internacional general y de principios generales del derecho, así como sobre el significado de la expresión «comunidad de Estados en su conjunto». Coincide con el Relator Especial en que esa expresión refleja una idea colectiva y no implica que los Estados deban respaldar de manera unánime la elevación de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario a la categoría de norma de *ius cogens*. Por tanto, aunque apoya la idea central del proyecto de conclusión 7, el orador está de acuerdo en que la expresión «una gran mayoría de Estados», que figura en el párrafo 3 del proyecto de

conclusión, podría establecer un umbral demasiado bajo que tal vez debiera modificarse.

38. Con respecto al párrafo 41 del informe, en el que el Relator Especial afirma que la distinción entre el derecho internacional general, por un lado, y el derecho convencional y la *lex specialis*, por otro, podría impedir que algunas normas, como las de derecho internacional humanitario, adquirieran el carácter de *ius cogens*, dice que le interesaría conocer la opinión concreta del Relator Especial sobre la cuestión. En cuanto a las propuestas que figuran en el capítulo III del informe, el orador está a favor de cambiar el nombre del tema y apoya la remisión de los proyectos de conclusión 4 a 9 al Comité de Redacción. En cuanto al futuro programa de trabajo sobre el tema del *ius cogens*, se han formulado varias sugerencias útiles durante el examen por la Sexta Comisión del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, en particular sobre la relación entre las normas de *ius cogens* y las normas *erga omnes*. También se podría considerar la posibilidad de aplicar la regla del objetor persistente a las normas de *ius cogens*. Al orador le complace saber que podría proponerse una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*.

39. El Sr. GROSSMAN GUILOFF agradece el segundo informe del Relator Especial, que ofrece un apoyo sólido para los proyectos de conclusión propuestos para su aprobación. La preocupación de que el *ius cogens* pueda extenderse a esferas no previstas en el momento en que fue recogido en la Convención de Viena de 1969 es antigua. Incluso en el proceso de aprobación de dicha Convención ya se había manifestado inquietud por que el principio de *ius cogens* pudiera limitar la libertad de contratación de los Estados. Por otra parte, tras la Segunda Guerra Mundial, predominó el concepto de que era necesario reconocer la necesidad de la existencia de un orden público internacional. No obstante, la existencia de tal orden presupone que hay ciertas cosas que simplemente no se pueden hacer. Por tanto, es necesario incorporar al concepto de *ius cogens* elementos referidos a los valores básicos compartidos por la comunidad internacional.

40. El concepto de orden público internacional no está exento de peligro, y así se evidencia de los debates ocurridos en la Sexta Comisión en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General. Esos peligros derivan del posible mal uso del concepto de *ius cogens*, basado en consideraciones políticas o ideológicas, de mayorías que puedan imponer valores que no son compartidos por la comunidad internacional en su conjunto. No es un peligro derivado del concepto mismo de *ius cogens*, sino de su utilización concreta. Por tanto, la Comisión debe actuar con cautela para evitar cualquier extensión arbitraria del concepto de norma imperativa. Esto estuvo muy presente en todo el proceso de aprobación de la Convención de Viena de 1969, cuyos artículos 65 y 66 establecen que, si se invoca el *ius cogens* con el objeto de invalidar un tratado internacional, debe referirse tal pretensión a la Corte Internacional de Justicia. Así pues, la Convención de Viena no trata de impedir el desarrollo de la idea del *ius cogens* como orden público internacional, sino que establece las garantías procesales destinadas a impedir abusos de las normas imperativas. En esto hay una práctica internacional. Por ejemplo,

cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la esclavitud es contraria a las normas de *ius cogens*, no lo hizo sobre la base del rechazo a un tratado específico, sino con el objeto de afirmar la responsabilidad internacional del Estado por incumplir la obligación de prevenir esa práctica, de acuerdo con el derecho establecido. Mucho antes de eso, en el fallo en la causa relativa a *Barcelona Traction*, el Corte Internacional de Justicia, sin mencionar al *ius cogens*, se refirió a las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto como las obligaciones *erga omnes*, vinculándolas también a la noción de *ius cogens*.

41. Al insistir en que el carácter legal de una norma es central para decidir si esta puede ser considerada o no de *ius cogens*, la Corte Internacional de Justicia ha fundado el concepto de *ius cogens* sólidamente en el derecho positivo. Diversos tribunales nacionales también han confirmado el fundamento legal del *ius cogens*, por ejemplo, en el caso *Filártiga c. Peña-Irala*, en el que un tribunal federal de los Estados Unidos se refirió a la prohibición de la tortura como un interés de todos los Estados. El Relator Especial tal vez desee citar otros ejemplos de jurisprudencia en su futura labor. La propia Comisión, en su labor relativa a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, hizo referencia a las «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general»²⁸⁵ al definir «crimen internacional». Los esfuerzos del Relator Especial son encomiables dadas las dificultades para llegar a una definición más específica de las normas imperativas tanto ahora como durante la aprobación de la Convención de Viena de 1969. Es importante buscar un punto de equilibrio con cuidado, que considere todos los puntos de vista expresados.

42. Al orador le parece adecuado el cambio de nombre del tema de «*Ius cogens*» a «Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)». Le gustaría conocer la opinión del Relator Especial sobre la necesidad de establecer una definición clara de «derecho internacional general». El trabajo de una definición no es fácil, pero el orador se pregunta si no sería posible identificar al menos algunos elementos constitutivos.

43. Los proyectos de conclusión 4 y 5 recogen los elementos esenciales que caracterizan a las normas de *ius cogens*. Parece que el Relator Especial no pretende entrar en la discusión entre iusnaturalismo e iuspositivismo, aunque su opción es enfocar el análisis desde el derecho positivo. Al orador le parece acertada la decisión de tomar como base de partida lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, disposición que necesariamente debe complementarse con la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional.

44. En relación con el párrafo 4 del proyecto de conclusión 5 en concreto, si bien un tratado puede «reflejar» una norma de derecho internacional general que puede elevarse al rango de *ius cogens*, también puede el mismo tratado «establecer» una norma de dicho carácter, si así lo

²⁸⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, págs. 118 y ss.

acuerdan los Estados interesados. Si así lo establecen los Estados en un tratado, ya sea explícitamente o sobre la base de su interpretación, de acuerdo con el derecho internacional, los tratados internacionales deben considerarse una fuente importante de derecho en ese sentido y no deben excluirse. Además, no hay nada en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que permita excluir los tratados como fuente de *ius cogens*. Al orador le parece incoherente que el Relator Especial diga que los principios generales del derecho pueden consagrar normas de *ius cogens* pero los tratados no.

45. El proyecto de conclusión 6, junto con los tres proyectos de conclusión que le siguen, muestra las complejidades del tema que se examina. El Comité de Redacción deberá afinar más las conclusiones del Relator Especial sobre la aceptación y el reconocimiento, que requieren un tratamiento diferenciado.

46. El uso del término «actitud» en el proyecto de conclusión 7 añade vaguedad; el orador insta al Relator Especial y al Comité de Redacción a que busquen un término más adecuado, por ejemplo, diciendo que lo pertinente es la «conducta» del Estado, seguida de «*opinio iuris*». Los párrafos 1 y 3 de ese proyecto de conclusión deberían reformularse para eliminar repeticiones. Además, considerando que la expresión «comunidad de Estados» que figura en los párrafos 1 y 2 parece corresponder a la «gran mayoría de Estados» mencionada en el párrafo 3, convendría dar un contenido específico a este último concepto, en especial habida cuenta del peligro de uso inadecuado del *ius cogens*. No siempre se trata simplemente del número de Estados que aceptan y reconocen una norma como inderogable; también es importante examinar la cuestión desde un punto de vista cualitativo, lo que refleja la necesidad de la representación de distintas tradiciones jurídicas y valores compartidos. El orador concuerda con lo planteado por el Sr. Nolte basándose en el ejemplo de la doctrina Calvo, aunque el mundo ha cambiado considerablemente desde que surgió esa doctrina.

47. El proyecto de conclusión 8 permite distinguir entre una *opinio iuris* ordinaria, constituida por la aceptación en el caso del derecho consuetudinario y el reconocimiento en el caso de los principios generales, y una *opinio iuris cogentis*, exclusiva de las normas imperativas respecto de las cuales se reconoce y acepta que no admiten acuerdo en contrario. El proyecto de conclusión debe simplificarse para facilitar su comprensión.

48. En el proyecto de conclusión 9, el Relator Especial señala que la prueba de la aceptación y el reconocimiento de las normas de *ius cogens* puede evidenciarse en una serie de materiales y adoptar diversas «formas», que parecen ser en gran medida las fuentes del derecho internacional y su manifestación en la práctica. Dichos «materiales» y «formas» deben ponderarse de manera diferente, según su naturaleza. Tratar las pruebas de esa manera es especialmente importante cuando no existen pruebas amplias y coherentes de la aceptación por los Estados de una norma de *ius cogens*.

49. El orador es partidario de remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

50. El Sr. ŠTURMA está de acuerdo con otros oradores en que ya no se cuestiona la idea de que el *ius cogens* forma parte del derecho internacional positivo o *lex lata*, pero las características del *ius cogens* y los criterios para su identificación y su contenido siguen siendo objeto de desacuerdo. El debate celebrado hasta ahora sobre las características del *ius cogens* enunciadas en el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, a saber, los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicación universal, que van más allá del texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, pone de manifiesto la importancia de esas características, que ayudan a distinguir las normas de *ius cogens* de otros conceptos similares.

51. No se puede negar que las normas imperativas, en el sentido del artículo 53, protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. No obstante, esos valores subyacentes no bastan por sí solos para establecer la existencia de una norma de *ius cogens*. El positivismo moderno, a diferencia del derecho natural, sostiene que no existe una conexión directa e inmediata entre esos valores y las normas imperativas; es necesario darles forma jurídica mediante la práctica del Estado y la *opinio iuris*. En otras palabras, el *ius cogens* también es una técnica jurídica para evitar la fragmentación de ciertas normas internacionales, aunque, en opinión del orador, es más que eso. Podría ser conveniente distinguir las normas imperativas, como la prohibición del genocidio, la tortura y el uso de la fuerza, de otras técnicas jurídicas que establecen el carácter vinculante de otras normas o simplemente su aplicación prioritaria, como el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969.

52. La cuestión de la jerarquía es igualmente importante, pero es preciso aclarar los rasgos distintivos de la jerarquía que tiene el *ius cogens*, que se basa en la nulidad de los tratados contrarios a una norma imperativa y, por tanto, se diferencia de otros tipos de jerarquías existentes en derecho internacional, como la establecida en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. El Relator Especial debería tener en cuenta ese aspecto al abordar la inderogabilidad derivada del *ius cogens*.

53. El orador también está de acuerdo en que las normas imperativas son de aplicación universal. No obstante, considera necesario examinar la cuestión de las normas regionales de *ius cogens*, uno de cuyos ejemplos más conocidos es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), presentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un instrumento de *ordre public* (orden público) europeo. Sería preferible estudiar la cuestión desde la perspectiva de la relación entre el *ius cogens* y las cláusulas de inderogabilidad de los tratados de derechos humanos. El orador está convencido de que las normas de *ius cogens* deben formar parte del derecho internacional general y ser de aplicación universal. El concepto de *ordre public* es un claro ejemplo de analogía con el derecho nacional. Aunque el uso de ese tipo de analogías por Sir Hersch Lauterpacht y otros es comprensible y fue meritorio en un momento en que el concepto de *ius cogens* en derecho internacional aún no había sido aceptado de manera generalizada, en la actualidad parece innecesario y engañoso. Otros ejemplos de normas de *ordre public* son el Pacto

de la Sociedad de las Naciones y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. No obstante, no son normas imperativas de derecho internacional en el sentido del artículo 53.

54. El orador está de acuerdo en que se cambie el título del tema, como propone el Relator Especial en el párrafo 90 de su informe. El título debería dejar claro que el tema solo se refiere a las normas imperativas del derecho internacional y no al *ius cogens* en el derecho interno ni a diversos tipos de *ordre public* y similares.

55. Con respecto a los proyectos de conclusión propuestos en el informe, el orador apoya los dos criterios relativos al *ius cogens* establecidos en el proyecto de conclusión 4. En cambio, tiene serias dudas en cuanto a la explicación de las normas de derecho internacional general que figura en el proyecto de conclusión 5. Está de acuerdo en que, como se indica en los dos primeros párrafos, una norma de derecho internacional general tiene un ámbito de aplicación general y el derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de normas de *ius cogens*. No obstante, el párrafo relativo a los principios generales del derecho le plantea graves problemas por varias razones. En primer lugar, está de acuerdo con otros miembros en que, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los principios generales del derecho tienen su origen en el derecho interno. Sin embargo, es precisamente la analogía jurídica interna del *ius cogens* lo que resulta problemático, como ha señalado antes. En segundo lugar, aunque no cree que haya sido la intención del Relator Especial, los principios generales del derecho se ven afectados por el enfoque basado en el derecho natural. Habida cuenta de que el Relator Especial ha subrayado acertadamente la base del *ius cogens* en el derecho positivo, no debería introducir después el concepto de derecho natural refiriéndose a los principios generales del derecho. Por último, como se indica en el párrafo 51 del informe, existen muy pocos casos en la práctica en que los principios generales sean la fuente de una norma de *ius cogens*.

56. El orador no propone descartar completamente los principios generales. Tampoco está de acuerdo con el Sr. Rajput en que, para que una norma sea identificada como *ius cogens*, debe aparecer en las tres fuentes del derecho. Basar el *ius cogens* solo en principios generales del derecho puede dar pie a analogías con el derecho interno o el derecho natural. En cambio, condicionar la identificación de una norma imperativa a su aparición en todas las fuentes haría que la prueba fuera demasiado restrictiva. De hecho, es más probable que una norma aparezca primero en forma de principio general o en un tratado multilateral universal, como la Carta de las Naciones Unidas, y luego se convierta en derecho internacional consuetudinario. Por tanto, el orador propone una redacción alternativa que armonice los principios generales del derecho y las normas convencionales, ya que ambos pueden dar lugar a una norma de derecho internacional general capaz de convertirse en una norma *ius cogens* o reflejarla.

57. El orador apoya el contenido de los demás proyectos de conclusión, pero está de acuerdo con la propuesta

del Sr. Murphy de fusionar los proyectos de conclusión 6 y 8 en uno solo. Con respecto al proyecto de conclusión 7, párrafo 3, la expresión «una gran mayoría de Estados» le parece bien.

58. En cuanto al futuro programa de trabajo, apoya la hoja de ruta propuesta por el Relator Especial. En particular, celebra su intención de abordar los efectos del *ius cogens* en el derecho convencional y otras esferas del derecho internacional. En su opinión, el principal valor añadido potencial del tema sería aclarar los efectos de las normas imperativas, así como la jerarquía de las normas. Es partidario de elaborar una lista indicativa de normas de *ius cogens*, o al menos de incluir ejemplos en el anexo del proyecto de conclusiones. Desde un punto de vista metodológico y práctico, hay varias razones para elaborar esa lista. En primer lugar, como ya se ha señalado, existen diferentes enfoques en cuanto al alcance del *ius cogens*. Si la labor de la Comisión debe propiciar la identificación de normas imperativas genuinas y la exclusión de otras técnicas jurídicas encaminadas a la no derogación o la jerarquía de ciertas normas, ello difícilmente podrá hacerse sin dar ejemplos de normas de *ius cogens*. En segundo lugar, los elementos o criterios generalizados relativos al *ius cogens* deberían, a su vez, contrastarse al menos con algunos ejemplos de esas normas. En tercer lugar, aunque dicha lista ha de ser necesariamente no exhaustiva, puede ofrecer algunas indicaciones teóricas y prácticas de lo que la Comisión consideraría normas imperativas del derecho internacional general.

59. Para concluir, el orador recomienda que la Comisión remita todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 1 del programa]

60. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros de la Comisión el programa de trabajo propuesto para el resto del período de sesiones, que, como es habitual, está sujeto a cambios.

61. El Sr. ŠTURMA, respondiendo a una pregunta formulada por el Sr. VALENCIA-OSPINA, dice que los cuatro proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado que se han propuesto y podrían ser remitidos al Comité de Redacción figuran en los párrafos 29, 81, 111 y 132 de su primer informe (A/CN.4/708).

62. Tras un debate de procedimiento en que participan el Sr. REINISCH, el Sr. HASSOUNA, el Sr. PARK, el Sr. MURPHY, Sir Michael WOOD y el Sr. TLADI, el PRESIDENTE indica que la Comisión seguirá su práctica habitual con respecto al tema de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, ya que el informe del Relator Especial se encuentra disponible electrónicamente en los seis idiomas y servirá de base para el debate en plenaria, al que seguirá un debate en el Comité de Redacción.

* Reanudación de los trabajos de la 3367ª sesión.

63. El Sr. OUZZANI CHAHDI lamenta que el programa de trabajo propuesto no esté disponible en francés.

64. El PRESIDENTE dice que la Comisión concede gran importancia al tema de la traducción, pero que, como el programa se ultimó justo antes de la sesión, lamentablemente no ha habido tiempo para traducirlo. Si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar el programa de trabajo propuesto.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

3371ª SESIÓN

Jueves 6 de julio de 2017, a las 10.05 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. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Declaración del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, y lo invita a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. de SERPA SOARES (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas) dice que, en el marco de las actividades de la Oficina de Asuntos Jurídicos realizadas el pasado año, la División de Codificación prestó servicios sustantivos de secretaría a la Sexta Comisión durante el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General. La Comisión examinó un total de 27 temas del programa, organizó 4 grupos de trabajo y celebró numerosas consultas oficiosas sobre proyectos de resolución. A recomendación de la Sexta Comisión, la Asamblea General aprobó, en última instancia, sin someterlas a votación, 26 resoluciones y 4 decisiones.

3. En la resolución 71/140, de 13 de diciembre de 2016, titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones», la Asamblea General hizo notar la finalización de la primera lectura de dos proyectos de la Comisión: el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario²⁸⁶ y el proyecto de

conclusiones sobre los acuerdos posteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados²⁸⁷. También hizo suya la recomendación de la Comisión de que la primera parte de su 70º período de sesiones tuviera lugar en Nueva York y tomó nota con aprecio de los planes de la Comisión de conmemorar su 70º aniversario en 2018 con actos en Nueva York y Ginebra. En la resolución 71/141, de 13 de diciembre de 2016, titulada «Protección de las personas en casos de desastre», la Asamblea General tomó nota del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre²⁸⁸, presentado por la Comisión, y decidió incluir un tema al respecto en el programa provisional de su septuagésimo tercer período de sesiones.

4. En el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, el programa de la Sexta Comisión incluía cuatro temas relativos a los resultados de la labor de la Comisión en años anteriores, a saber, «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», «Protección diplomática», «Examen de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño» y «El derecho de los acuíferos transfronterizos». La Sexta Comisión estableció grupos de trabajo sobre los dos primeros de esos temas. Si bien había cobrado cierto impulso la posibilidad de una convención sobre la responsabilidad de los Estados, la Sexta Comisión hizo pocos avances concretos en relación con esos temas del programa y aplazó el debate sobre todos ellos durante tres años, hasta 2019. En su próximo período de sesiones, el septuagésimo segundo, la Sexta Comisión volverá a examinar dos temas relativos a los resultados de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, a saber, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales²⁸⁹, que esta concluyó en 2011, y el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros²⁹⁰, que concluyó en 2014.

5. En el último año, la Oficina de Asuntos Jurídicos examinó diversas cuestiones jurídicas relacionadas con operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Ante el grave peligro que corrían el personal de las Naciones Unidas y la población civil en la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí (MINUSMA), como trágicamente demostraba el hecho de que 114 miembros del personal de mantenimiento de la paz resultaran muertos y casi 150 heridos en más de 70 atentados terroristas desde su creación en 2013, el Consejo de Seguridad, en su resolución 2295 (2016), de 29 de junio de 2016, pidió a la MINUSMA que adoptara una postura más proactiva y firme en la ejecución de su mandato. El Consejo subrayó que la Misión, «[e]n el cumplimiento de sus prioridades y

²⁸⁷ *Ibíd.*, págs. 92 y ss., párrs. 75 y 76.

²⁸⁸ *Ibíd.*, págs. 27 y ss., párrs. 48 y 49.

²⁸⁹ El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88. Véase también la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

²⁹⁰ Véase el texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

²⁸⁶ *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 66 y ss., párrs. 62 y 63.