

## 3372ª SESIÓN

Martes 11 de julio de 2017, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Eduardo VALENCIA-OSPINA  
(Vicepresidente)

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. Petrič, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, 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 la Comisión a reanudar el examen del segundo informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* (A/CN.4/706).

2. El Sr. KOLODKIN dice que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) es, sin duda, el punto de partida para examinar todo el régimen jurídico del *ius cogens*. Ese régimen incluye el concepto de normas imperativas, sus efectos dentro del ámbito del derecho de los tratados, el derecho de la responsabilidad en el contexto de la jurisdicción, etc. Si hay que hablar de la definición o el concepto de la norma imperativa, el artículo 53 sirve simplemente de marco, y no de punto de partida, para examinar la cuestión de cómo definir las normas imperativas. El proyecto de conclusión 1<sup>301</sup> limita el alcance del tema a las normas imperativas de derecho internacional general y, como se señaló en el informe provisional del Comité de Redacción el año anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que exista *ius cogens* regional. El Sr. Nolte se refirió a la posible existencia no solo de *ius cogens* regional sino también de normas imperativas «particulares». Cabe esperar que el Relator Especial prosiga con esa cuestión. En el proyecto de conclusiones debería dejarse claro que la Comisión se ocupa únicamente de las normas imperativas de derecho internacional general, sin perjuicio de la posible existencia de normas regionales o particulares de *ius cogens*. Al respecto, el orador apoya la sugerencia del Relator Especial de cambiar el nombre del tema.

3. La definición de una norma imperativa de derecho internacional general aprobada por el Comité de Redacción en el proyecto de conclusión 2<sup>302</sup> reproduce la definición

\* Reanudación de los trabajos de la 3370ª sesión.

<sup>301</sup> Véase el texto del proyecto de conclusión 1 propuesto por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693, párr. 74.

<sup>302</sup> El proyecto de conclusión 2 había sido inicialmente propuesto como proyecto de conclusión 3 por el Relator Especial en su primer

enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Aunque tal vez sea el único planteamiento posible, presenta determinadas dificultades. Una reside en la decisión del Relator Especial de utilizar únicamente dos de los tres criterios establecidos en el artículo 53 como los criterios para identificar el *ius cogens*, y de considerar los medios por los que puede modificarse una norma de *ius cogens* como una descripción del *ius cogens*, en lugar de como uno de esos criterios. Las críticas de los Sres. Murphy y Park al respecto merecen atención. El Comité de Redacción consideró que el hecho de que una norma de *ius cogens* solo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter es un elemento clave de la definición que figura en la Convención de Viena de 1969.

4. El Relator Especial señaló en su segundo informe que la primera oración del artículo 53, que dispone que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional, no es definitiva, sino que establece la consecuencia de un conflicto entre una disposición convencional y una norma de *ius cogens*. Jiménez de Aréchaga ya adoptó la postura de que la definición del *ius cogens* del artículo 53 se basa en los efectos jurídicos de una norma y no en su naturaleza intrínseca. De ser así —y el orador así lo cree—, la Comisión debería incluir las consecuencias de los conflictos entre la disposición de un tratado y una norma imperativa de derecho internacional general como uno de los criterios para identificar las normas de *ius cogens*. La labor del Relator Especial apunta en esa dirección. Como el criterio de ser una norma de derecho internacional general no distingue por sí solo a una norma de *ius cogens* de cualesquiera otras, el Relator Especial especificó acertadamente la necesidad de que las normas de *ius cogens* satisfagan simultáneamente ese criterio y el criterio de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

5. La cuestión de si basta con que una norma satisfaga los dos criterios escogidos por el Relator Especial para que se identifique como una norma de *ius cogens*, distinta de todas las demás normas de derecho internacional general, requiere un examen más detenido. Tal vez pueda haber otras normas de derecho internacional general que no admitan acuerdo en contrario, ni siquiera excluyendo su aplicación mediante la celebración de un tratado internacional. Por ejemplo, si se aceptara que la Carta de las Naciones Unidas incluye normas de derecho internacional general, ¿sería permisible celebrar un tratado que se apartase de sus disposiciones?

6. Otra cuestión es si las obligaciones *erga omnes* admiten acuerdo en contrario.

7. A primera vista, esas obligaciones no admiten acuerdo en contrario, ni siquiera excluyendo su aplicación por conducto de un tratado bilateral. En tal caso, el criterio de inderogabilidad, incluso tomado conjuntamente con el criterio de ser una norma de derecho internacional

informe (ibíd.). Fue reenumerado como proyecto de conclusión 2 por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior (ibíd., vol. I, 3342ª sesión, pág. 465, párr. 12).

general, no distinguiría las normas de *ius cogens* de algunas otras normas de derecho internacional general. Más específicamente, la cuestión debe considerarse en primer lugar desde el punto de vista de la relación entre las normas imperativas, las normas que disponen obligaciones *erga omnes* y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta su Artículo 103. Según el orador, lo que distingue a las normas de *ius cogens* de todas las demás es su efecto invalidante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969. Es difícil pensar en cualquier otra norma de derecho internacional general, incluidas las que no admiten acuerdo en contrario ya sea excluyendo su aplicación o de otro modo, que tendría el mismo efecto invalidante, incluso con respecto a los tratados. Esa es precisamente la razón por la que la segunda oración del artículo 53 debe leerse conjuntamente con la primera, y con el artículo 64.

8. El efecto invalidante de las normas imperativas, y no solo su inderogabilidad, es el criterio más importante, esencial y necesario para su identificación. Como observó Grigory Tunkin, una característica específica de una norma imperativa es que no admite acuerdo en contrario entre dos o varios Estados, y un acuerdo que la contravenga es nulo. Robert Kolb también expresó su preferencia por definir las normas imperativas por su efecto, que reside en invalidar las disposiciones convencionales que contradigan normas de *ius cogens*. El Relator Especial tiene la intención de examinar los efectos de las normas imperativas en su tercer informe; sería conveniente que analizase la relación entre las normas imperativas y otras normas de derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario. La Comisión debería dejar abierta la posibilidad de retomar en una etapa posterior la cuestión de la definición de las normas imperativas y los criterios para identificarlas.

9. En su segundo informe (párrs. 18 a 27), el Relator Especial volvió a examinar las cuestiones de los valores protegidos por las normas imperativas y de la superioridad jerárquica, abarcadas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3. La aplicabilidad universal del *ius cogens* de hecho está incluida en la definición de derecho internacional general que figura en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5. Los valores y la superioridad jerárquica de las normas imperativas se consideran descriptivos. El Sr. Murase se refirió acertadamente a ellos como elementos extralegales; como tales, no deberían incluirse en el texto del proyecto de conclusiones. Si el Relator Especial y la Comisión consideran que son particularmente importantes, podrían mencionarse en el comentario. Desde el punto de vista jurídico, la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* es resultado de su efecto invalidante. Teniendo en cuenta la importancia de ese efecto en la identificación de las normas de *ius cogens*, tal vez debería añadirse al proyecto de conclusión 2 un segundo párrafo relativo al efecto invalidante de esas normas. Esa adición haría que la definición se ajustase a la que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y expresaría la noción de la jerarquía encabezada por el *ius cogens*. Los especialistas han señalado también acertadamente que la jerarquía se aplica a las normas del derecho internacional, no a sus fuentes.

10. El orador está de acuerdo con el concepto de «doble consentimiento» aplicado a las normas imperativas y con la afirmación del Relator Especial de que la actitud de los agentes no estatales no puede constituir aceptación y reconocimiento de las normas imperativas por la comunidad internacional. Como dijeron muchos otros miembros de la Comisión, la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe entenderse como una gran mayoría muy amplia de Estados, no simplemente una mayoría; como señaló Roberto Ago, también debería incluir todas las regiones, grupos de Estados y, el orador añadiría, sistemas jurídicos.

11. El Relator Especial adoptó la postura de que, puesto que el derecho internacional general comprende el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, únicamente pueden servir como fuentes de normas imperativas de derecho internacional general la costumbre y los principios generales, pero no los tratados internacionales. Sin embargo, a los tres autores que citó en la nota de pie de página de la primera frase del párrafo 54 y que apoyan un punto de vista diferente cabría añadir varios otros, como McNair, Virally, El-Arian y Zemanek, junto con varios miembros de la Comisión, especialmente los Sres. Rajput y Šturma. En 1993, Tunkin se refirió al convencimiento de la Comisión de que estaba preparando un proyecto de artículos destinados a ser parte del derecho internacional general y al hecho de que nunca utilizaba como sinónimos los términos «derecho internacional general» y «derecho internacional consuetudinario». Es bien sabido que los países socialistas y en desarrollo fueron los principales partidarios de consolidar la categoría de las normas imperativas en el derecho internacional. Para ellos y para quienes representan su doctrina, la fuente principal del derecho internacional, incluido el derecho internacional general, es el tratado internacional. Esto parece reflejarse en la labor de la Comisión desde los años sesenta hasta los años ochenta. La composición de la Comisión cambió muchas veces desde entonces, pero solo en el primer decenio del siglo XXI parece haber comenzado a equiparar el derecho internacional general con el derecho internacional consuetudinario en algunos contextos, como puede verse en su labor sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la fragmentación del derecho internacional. En principio, sin embargo, la Comisión nunca excluyó los tratados de las posibles fuentes de derecho internacional general.

12. El orador respalda las observaciones del Sr. Rajput acerca del significado del párrafo 4 del comentario de la Comisión al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados<sup>303</sup> (1966) y, por consiguiente, no está de acuerdo con lo que dijo sobre la cuestión el Relator Especial en el párrafo 55 de su segundo informe. La Comisión reconoció claramente que una norma imperativa puede ser modificada por un tratado internacional. En consecuencia, debe reconocer que una norma imperativa de derecho internacional general podría crearse mediante un tratado. Al citar los principios sobre el uso de la fuerza como ejemplo de una norma de derecho internacional general de aplicación universal,

<sup>303</sup> *Anuario...* 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 271 y 272.

por ejemplo, la Comisión afirmó que la Carta de las Naciones Unidas en realidad estableció esos principios, no los reflejó. El orador opina que los tratados internacionales pueden servir de fuente de normas imperativas de derecho internacional general; en otras palabras, pueden crearlas directamente. Un tratado (en concreto, un tratado internacional universal que establezca normas, a veces denominado un tratado internacional general) podría disponer que los Estados partes en él no pueden celebrar tratados que contradigan sus disposiciones y que cualquier tratado de esa índole sería intrínsecamente inválido.

13. La mayoría de la Comisión parece considerar que la «comunidad internacional de Estados en su conjunto» que se exige para la creación de una norma imperativa de derecho internacional general no tiene necesariamente que comprender a todos los Estados: una gran mayoría muy amplia de Estados sería suficiente. Ello da lugar a la pregunta de por qué esa comunidad internacional de Estados no podría estar representada por las partes en un tratado internacional con una participación representativa muy amplia. Si las partes en un tratado internacional universal pueden establecer esa jerarquía, como se dispone en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, ¿por qué no podrían elevar una norma de derecho internacional general universal a la condición de *ius cogens*? El Relator Especial parece haber estado a punto de admitir esa posibilidad en el párrafo 75 de su informe, pero se quedó apenas a un paso de hacerlo.

14. La posibilidad de establecer una norma imperativa por un tratado internacional da lugar a otra pregunta. Según el orador, la formación de una norma de derecho internacional general y su aceptación y reconocimiento como imperativa no son necesariamente dos etapas que vayan una detrás de la otra. Solo ha de considerarse que así ocurre en la hipótesis de que una norma imperativa se constituya a partir de la costumbre. Si se acepta que una norma imperativa puede crearse mediante un tratado, resulta evidente que todos los criterios podrían cumplirse simultáneamente.

15. Además de las cuestiones ya indicadas por el Relator Especial para la labor futura, el orador conviene con los Sres. Park y Šturma en que se debería analizar la relación entre las normas imperativas, la jurisdicción y la inmunidad. Después de examinar los efectos de las normas imperativas fuera de la esfera del derecho de los tratados, la Comisión podría ofrecer algunos razonamientos nuevos acerca de los efectos de las normas imperativas o sus consecuencias, puesto que la definición de esas normas está tomada del derecho de los tratados. El orador reitera su sugerencia de que la Comisión deje abierta la posibilidad de volver sobre la definición de las normas imperativas y los criterios para identificarlas una vez que haya examinado los efectos del *ius cogens* en esferas distintas del derecho de los tratados.

16. La Sra. LEHTO dice que la elección por el Relator Especial de dos criterios para la identificación del *ius cogens*, basados en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, es coherente con la práctica de los Estados, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, las opiniones doctrinales y la labor anterior de la Comisión. En todos esos contextos, el artículo 53 se considera una

definición general del *ius cogens* a los efectos del derecho internacional, incluso más allá de los límites del derecho de los tratados. No obstante, durante el debate se expresaron opiniones distintas con respecto a esos dos criterios. El Sr. Nguyen propuso que se interpretasen como tres criterios acumulativos. El Sr. Murphy sugirió que los criterios deberían incluir la parte final del artículo 53, que se refiere a la modificación de una norma de *ius cogens*, una propuesta de la que se hicieron eco los Sres. Hmoud, Hassouna y Kolodkin. Aunque la propuesta del Sr. Nguyen parece simplemente una cuestión de presentación, plantea la duda de si al presentar la inderogabilidad como un criterio independiente y colocarla antes de la aceptación y el reconocimiento podría darse la impresión de que la inderogabilidad se considera una cualidad inherente a las normas de *ius cogens*. Sin embargo, el artículo 53 está firmemente anclado en la visión consensual del derecho internacional y considera la aceptación por los Estados el criterio principal —si no el único— del *ius cogens*.

17. Es importante recordar al respecto que el *ius cogens* es una categoría muy especial de derecho internacional, constituido por normas fundamentales con posibles efectos de gran alcance. Los criterios para el *ius cogens* deben ser lo suficientemente estrictos como para distinguir las normas imperativas de otras categorías del derecho internacional. El primer criterio que se presenta en el párrafo 39 del segundo informe no es pertinente en ese sentido: que una norma que puede ser elevada a la categoría de *ius cogens* deba ser una norma de derecho internacional general es una condición previa necesaria para esa categoría, pero no ayuda a diferenciar las normas imperativas de otras normas. Tampoco está claro que el segundo criterio desempeñe esa función.

18. La inderogabilidad, que en el caso del *ius cogens* es de una naturaleza muy especial, es un término utilizado en otros contextos y para otros fines, el más obvio de los cuales son las cláusulas de inderogabilidad establecidas en los tratados de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos señaló, en su observación general núm. 29 (2001), relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, que el hecho de que se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento de su carácter de *ius cogens*<sup>304</sup>. Apuntó, sin embargo, a que ese no era el caso de toda la lista de disposiciones del Pacto cuya aplicación no puede suspenderse, algunas de las cuales se habían incluido en la lista únicamente porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción. Por ello, la enumeración de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional<sup>305</sup>. El Relator Especial tal vez desee tratar la cuestión de las cláusulas de inderogabilidad establecidas en los tratados de derechos humanos en su tercer informe, cuando llegue a examinar las consecuencias de las normas de *ius cogens*.

<sup>304</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), anexo VI, párr. 11.

<sup>305</sup> *Ibíd.*

19. Los dos criterios propuestos no parecen aprovechar plenamente las posibilidades del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Como señaló el Sr. Murphy y repitieron otros, podría encontrarse otro criterio más en la parte final del artículo 53, donde se indica que una norma imperativa solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Añadiendo ese requisito a los criterios se elevaría el umbral y se subrayaría el carácter especial de las normas imperativas. En particular, sería una forma de resaltar el hecho de que las violaciones de las normas imperativas, como la práctica de la tortura por parte de algunos Estados, no debilitan ni modifican esas normas, que solo pueden ser modificadas por el procedimiento especial descrito en el artículo 53.

20. En el párrafo 18 de su informe, el Relator Especial se refiere a tres «elementos descriptivos y característicos, y no elementos (o criterios) constitutivos de las normas de *ius cogens*». Cabe preguntarse, sin embargo, si existen normas imperativas que no se caractericen por los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicabilidad universal. La oradora se hace eco de la opinión expresada por los Sres. Nolte, Hmoud y Šturma de que los tres elementos, en particular la idea de que las normas de *ius cogens* reflejan y protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, son esenciales para complementar los criterios extraídos del artículo 53. El Sr. Nolte señaló que la condición imperativa debe vincularse con el contenido sustantivo de las normas de *ius cogens* y los valores que reflejan. La Comisión, en el párrafo 2 de su comentario a lo que se convirtió en el artículo 53, puso de relieve igualmente la importancia del contenido de las normas imperativas, y afirmó que no es la forma de una norma general de derecho internacional sino la naturaleza particular de la materia que trata lo que puede darle el carácter de *ius cogens*. Por consiguiente, la oradora está de acuerdo con la afirmación que hace el Relator Especial en el párrafo 76 de su segundo informe de que aunque el contenido de las normas imperativas y los valores que esas normas amparan son las razones subyacentes de la imperatividad de las normas, lo que las identifica como normas de *ius cogens* es la aceptación y el reconocimiento de esa condición por parte de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Ambos están intrínsecamente vinculados: es por su contenido y los valores que reflejan por lo que esas normas son aceptadas y reconocidas como imperativas.

21. El concepto de la «doble aceptación» que se presenta en el párrafo 77 del informe es un instrumento analítico provechoso para subrayar el carácter específico de la *opinio iuris cogentis*. La oradora está de acuerdo con el Relator Especial en que la expresión «comunidad internacional de Estados en su conjunto» significa que la aceptación o el consentimiento de los Estados no deben darse individualmente, sino por conducto de algún acto colectivo. Como dijo Conklin, la voluntad de los Estados como partes de la comunidad internacional no debe interpretarse como una suma de las voluntades particulares de Estados.

22. La oradora coincide con otros oradores en que los proyectos de conclusión necesitan una cierta simplificación y condensación. No obstante, sería partidaria de añadir un tercer apartado al proyecto de conclusión 4 en

el sentido de la última oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, lo que entrañaría cambios significativos en algunos de los proyectos de conclusión posteriores. En cuanto al proyecto de conclusión 5, párrafo 1, suscribe la observación del Sr. Nolte con respecto a la definición del concepto de derecho internacional general, que parece excluir la posibilidad de *ius cogens* regional, y está de acuerdo en que sería mejor no adoptar una postura sobre la cuestión, que el Relator Especial se propone tratar más adelante. La oradora no tiene ningún problema de fondo con lo expuesto en los párrafos 2 a 4 del proyecto de conclusión 5 en el sentido de que las tres principales fuentes del derecho podrían servir de base para el *ius cogens* y está de acuerdo en que los proyectos de conclusión 6 y 8 podrían fusionarse.

23. En cuanto al proyecto de conclusión 7, la oradora duda de que sea necesaria la segunda oración del párrafo 1. En el párrafo 3, la expresión «una gran mayoría» debería cambiarse por «una gran mayoría muy amplia», de conformidad con la declaración del Presidente del Comité de Redacción en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados a que se hace referencia en el párrafo 67 del informe<sup>306</sup>. Si bien el proyecto de conclusión 9 sigue de cerca el modelo de los proyectos de conclusión 11 a 14 sobre el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>307</sup>, el Relator Especial se apartó de esos textos, resaltando el valor de la labor de la Comisión.

24. La oradora apoya la propuesta de cambiar el título del tema por el de «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)» y las propuestas para el programa de trabajo futuro que se enuncian en el párrafo 93 del informe. En cuanto a la cuestión de si el Relator Especial debería proponer una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens* y, en su caso, sobre qué base y en qué forma, sería preferible referirse a normas concretas de *ius cogens* en el cuerpo del informe siguiente (y, en última instancia, en los comentarios a los proyectos de conclusión) en lugar de lanzarse a elaborar una lista, un empeño que podría llevar demasiado tiempo.

25. Para concluir, la oradora apoya que se remitan todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción y felicita al Relator Especial por su labor.

26. Sir Michael WOOD dice que el enfoque adoptado por el Relator Especial con respecto al tema es esencialmente práctico, como corresponde a la labor de la Comisión. La idea de formular proyectos de conclusión parece haber sido aceptada y la intención del Relator Especial de que el proyecto de conclusiones refleje el derecho y la práctica actuales sobre el *ius cogens* y evite entrar en debates teóricos merece plácemes. El orador apoya la propuesta de cambiar el título del tema.

<sup>306</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarios y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 80ª sesión de la Comisión Plenaria, 21 de mayo de 1968, pág. 519, párr. 12, declaración del Sr. Yasseen (Presidente del Comité de Redacción).*

<sup>307</sup> *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 81 a 87.

27. El tema del *ius cogens* no es fácil. Para muchos, es un concepto rodeado de misterio y controversia, objeto de amplios estudios, en gran medida teóricos y a menudo contradictorios. Lo invocan los tribunales, pero aparece sobre todo en las especulaciones de autores, mucho más a menudo de lo que se aplica en la práctica. Hay muy pocas normas que parezcan haber sido aceptadas como *ius cogens*, lo cual es probablemente positivo, ya que las posibilidades de abuso son obvias. Incluso, y de hecho especialmente, el principio básico del derecho internacional, *pacta sunt servanda*, debe ceder ante el *ius cogens*.

28. En vista de la necesidad de que la Comisión sea, en la medida de lo posible, coherente consigo misma, el orador agradece que el Relator Especial incluyera en su segundo informe muchas referencias a otros temas. En su primer informe, el Relator Especial explicó brevemente la historia de la negociación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Dado que gran parte del debate de esa época sigue siendo sumamente pertinente para la labor actual de la Comisión, tal vez se necesite una explicación más exhaustiva, sistemática y cronológica de la historia de la negociación, y no solo del artículo 53, sino también de las demás disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986.

29. En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas por el segundo informe, el orador dice que en los párrafos 18 a 30, el Relator Especial volvió a su propuesta (que se debatió ampliamente el año anterior) de que en el proyecto de conclusiones se incluyese un párrafo en el que se expusieran lo que describe en distintos momentos como características o elementos descriptivos. Por las razones que dieron el orador y otros, no está convencido de que sea necesario un párrafo descriptivo de esa índole. Tampoco está convencido de la distinción en que sigue insistiendo el Relator Especial, a saber, entre los «elementos (o criterios) constitutivos» para identificar el *ius cogens* y los «elementos descriptivos y característicos» del *ius cogens*, que pueden ser pertinentes al «evaluar» los criterios para las normas de *ius cogens*. Las confusas explicaciones proporcionadas en el segundo informe solo confirman la opinión del orador de que una disposición de esa índole no solo sería superflua, sino también potencialmente perjudicial. Del informe no se desprende una distinción clara entre los elementos descriptivos por un lado y los criterios de identificación por el otro, y el orador se pregunta si la Comisión no estaría alterando el significado del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en caso de adoptar un enfoque de esa índole. Los elementos descriptivos que podrían considerarse provechosos (y el orador no está convencido de que exista ninguno) podrían mencionarse en el comentario del proyecto de conclusiones.

30. El primer criterio para identificar las normas de *ius cogens* es que la norma pertinente debe ser una «norma de derecho internacional general». El orador intenta no emplear los términos «norma» y «derecho internacional general», pero no pueden evitarse en el presente contexto. Si bien la expresión «derecho internacional general» se examinó en el informe, podría ser

conveniente explicar en el comentario que, en el presente contexto, el término inglés «*norm*» es simplemente otra palabra para «*rule*».

31. Un problema más grave es la manera de aclarar el significado de la expresión «derecho internacional general» en el contexto del *ius cogens*, teniendo en cuenta las posibles repercusiones generales. El orador señala a la atención de los presentes una nota de pie de página del comentario del proyecto de conclusión 1 del texto sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, según la cual la expresión «derecho internacional general» se utiliza de diversas formas, entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho<sup>308</sup>. También cabe destacar las interesantes observaciones del Sr. Kolodkin sobre esa expresión.

32. La cuestión en relación con el tema actual es la forma en que se utiliza la expresión en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial parece concluir que se refiere principalmente al derecho internacional consuetudinario, y también puede referirse a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero no se refiere al derecho de los tratados, aunque el derecho de los tratados puede reflejar el derecho internacional general. Sin embargo, el orador no está seguro de que la Comisión pueda ser tan categórica. La cuestión de si los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, podrían ser derecho internacional general a los efectos del artículo 53 parece depender del modo en que se consideren esos principios.

33. En cuanto a los tratados, es cierto que rara vez son generales en el sentido de que podrían ser vinculantes para todos los Estados o casi todos los Estados. Como observaron otros oradores, sin embargo, no hay razón, en principio, para que los tratados no puedan ser vinculantes de ese modo. Es difícil no estar de acuerdo con el análisis anterior del Sr. Kolodkin al respecto. Otra cuestión, que no se trató en el segundo informe, es hasta qué punto las normas de derecho internacional general obligan a los sujetos de derecho internacional que no sean Estados. Esa cuestión obviamente está relacionada con los efectos del *ius cogens* y el Relator Especial podría ocuparse de ella en un informe futuro.

34. Es necesario un análisis más claro del segundo criterio para la identificación del *ius cogens* que el que se proporcionó en el segundo informe. El orador comparte la opinión de muchos otros de que debería incluirse también el requisito de que una norma de *ius cogens* «solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*». Ese requisito no es solo una consecuencia del *ius cogens*, en el sentido de que tiene que ver con lo que ocurre después de que surja una norma de *ius cogens*.

35. Una cuestión en la que podría convenir un análisis más detenido es el significado de las dos palabras «aceptada y reconocida». El Relator Especial parece

<sup>308</sup> *Ibid.*, pág. 68, nota 252.

explicar la expresión remitiéndose a su utilización en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, la historia de la redacción que figura en el párrafo 67 del informe no es muy esclarecedora al respecto. No es fácil comprender por qué la redacción del Artículo 38 debería ser pertinente para el reconocimiento y la aceptación de una norma como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*. No cabe simplemente dar por supuesto que las palabras «aceptada» y «reconocida» son alternativas, dependiendo de la fuente de que se trate. Quizás tienen significados diferentes y son acumulativas, como parecería indicar el significado ordinario. Por ejemplo, se podría pensar que el «reconocimiento» de normas de *ius cogens* como derecho internacional consuetudinario implica que el silencio no puede bastar para ese fin, mientras que podría ser prueba de la aceptación. Cabría también preguntarse por qué la palabra «aceptada» debería figurar antes de «reconocida», especialmente dado que esta última aparece en primer lugar en la lista del Artículo 38. El Relator Especial entró en un cierto detalle con respecto a la cuestión de si las palabras «aceptada y reconocida» se refieren al derecho internacional general, y no a la inderogabilidad, pero eso carece totalmente de importancia, ya que tanto el texto inglés como el francés se refieren claramente a la inderogabilidad.

36. La expresión «en su conjunto», en «comunidad internacional de Estados en su conjunto», no se explicó adecuadamente en el informe. No es en absoluto evidente que signifique que solo son posibles la aceptación y el reconocimiento colectivos y no la aceptación y el reconocimiento individuales. De hecho, al decir que la posible prueba de «aceptación como derecho» a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario también es pertinente para el *ius cogens*, el Relator Especial pareció aceptar que la aceptación individual podría ser pertinente. El orador comparte la postura de que la expresión «una gran mayoría» no plasma el requisito; es discutible que lo plasme la expresión «una gran mayoría muy amplia».

37. El orador no está convencido de que el proceso en dos etapas propuesto por el Relator Especial para la aparición de normas de *ius cogens* sea inevitable en todos los casos, aunque metodológicamente es atractivo y es el modo en que muy a menudo funcionan las cosas en la práctica. La referencia que se hace en el párrafo 40 del informe a la labor anterior de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado no parece confirmar el proceso en dos etapas. Tal vez la solución sea no dar a entender que las dos etapas son sucesivas.

38. Para concluir, el orador está de acuerdo en que todos los textos deben remitirse al Comité de Redacción, para que les dote de mayor concisión y coherencia.

39. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que el Relator Especial es digno de elogio por su segundo informe muy sucinto, basado en una amplia investigación y un análisis minucioso de los materiales pertinentes. Los proyectos de conclusión que propuso permitirán a la Comisión lograr importantes avances para aclarar la naturaleza jurídica de las normas de *ius cogens* y los elementos para

su identificación. El orador celebra la decisión de utilizar la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para elaborar los criterios para las normas de *ius cogens*, habida cuenta de que la definición y los elementos básicos de esas normas que figuran en la Convención son los generalmente aceptados por los Estados, en la jurisprudencia internacional y nacional y en la doctrina.

40. En el capítulo I, sección C, del informe, el Relator Especial examinó cuestiones derivadas de los debates en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión con respecto al proyecto de conclusión 3, párrafo 2<sup>309</sup>, y ofreció nuevos materiales en apoyo del proyecto de conclusión. Según este último, las normas de *ius cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son de aplicación universal. Esos aspectos son inherentes a la naturaleza jurídica del *ius cogens* y explican por qué la comunidad internacional aceptó o reconoció que determinadas normas entraban dentro de la categoría de *ius cogens*: protegen no los intereses individuales de un Estado o un grupo de Estados, sino el interés fundamental general de la comunidad internacional en su conjunto o un valor común fundamental. Son, pues, normas que consagran los derechos y obligaciones de la máxima importancia para la comunidad internacional, no admiten pacto en contrario y solo pueden ser modificadas por otra norma de *ius cogens*. Esto se corresponde con la opinión que expresó la Comisión en el comentario a lo que terminaría por convertirse en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 de que no es la forma de una norma general de derecho internacional sino la naturaleza particular de la materia que trata lo que puede darle el carácter de *ius cogens*. Además de las declaraciones de Estados, hay jurisprudencia internacional, nacional y regional que apoya esa opinión.

41. Se acepta en general que las normas de *ius cogens* son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional, como confirmaron el informe de 2006 del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>310</sup> y otras fuentes diversas mencionadas por el Relator Especial y enunciadas claramente en los artículos 53 y 54 de la Convención de Viena de 1969. El hecho de que las normas de *ius cogens* no admitan pacto en contrario y solo se puedan modificar mediante una norma del mismo carácter también implica su superioridad jerárquica. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que esas normas son de aplicación universal y vinculantes para todos los Estados y otros sujetos de derecho internacional.

42. En relación con el párrafo 18 del informe, el orador dice que el rango superior de las normas de *ius cogens* en la jerarquía, en lugar de ser un criterio para su formación o identificación, es un efecto jurídico lógico de las normas de *ius cogens*, debido a su naturaleza imperativa e inderogable y el hecho de que solo puedan modificarse mediante normas del mismo carácter y estatus.

<sup>309</sup> 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.

<sup>310</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1.

43. En el capítulo II del informe, el Relator Especial examinó los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* sobre la base de la definición que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que comprende tres elementos. Sin embargo, utilizó únicamente los dos primeros elementos y descartó el tercero, a saber, que tales normas solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de *ius cogens*. Personalmente, el orador considera que los tres elementos son necesarios. Si bien apoya el primer criterio que señaló el Relator Especial (que la norma debe ser una norma de derecho internacional general), le parece que el análisis del criterio en el informe no es claro, en particular las referencias a la *lex specialis* y a las normas cuya aplicación puede ser suspendida por normas más específicas. De hecho, el carácter general o especial de una norma de *ius cogens* está determinado por su contenido. Además, en relación con el presente tema, una norma de derecho internacional general se define como una norma que es vinculante para todos los Estados y otros sujetos de derecho internacional. Esa es aparentemente la intención del proyecto de conclusión 5, párrafo 1, aunque no está claro qué se entiende por los términos «ámbito de aplicación general».

44. La importancia del primer criterio la confirma el hecho de que se menciona varias veces en relación con las normas de *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969. El orador expresa su apoyo a la propuesta del Relator Especial de cambiar el título del tema a «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)» a fin de reflejar plenamente la referencia a esa categoría de normas que figura en la Convención de Viena de 1969. Como señaló el Relator Especial en el párrafo 51 del informe, el hecho de que en la práctica existan muy pocos casos en los que se haya sostenido que los principios generales eran la fuente de una norma de *ius cogens* no justifica la conclusión de que las normas de *ius cogens* no pueden basarse en los principios generales. Además de los ejemplos dados en el informe, el orador señala a la atención de los presentes la opinión consultiva de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, en la que se indica que «el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico» (párrafo 101 de la opinión).

45. La idea de que los principios generales del derecho pueden constituir la base de normas de *ius cogens* tiene amplio apoyo en la doctrina y en declaraciones anteriores de los Estados; la práctica de los Estados también respalda ampliamente la idea de que el derecho internacional consuetudinario podría servir de base para la formación de normas de *ius cogens*.

46. Si bien algunos tratados multilaterales, como la Carta de las Naciones Unidas, son de aplicación universal o cuasiuniversal y podrían por consiguiente considerarse derecho internacional general, la mayoría de los tratados no tiene esa consideración, ya que sus disposiciones únicamente son vinculantes para las partes. Asimismo, las normas de los tratados no generan por sí mismas normas

imperativas de derecho internacional general; más bien, lo que les concede la condición imperativa es la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que son normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por normas ulteriores de *ius cogens*. No obstante, en ocasiones existe una relación entre las normas de derecho internacional general, en particular el derecho internacional consuetudinario, y las normas de los tratados. Esa es la razón por la que el orador apoya en general el proyecto de conclusión 5, a reserva de unas pocas modificaciones, incluida una nueva redacción del párrafo 4 para que refleje mejor las posibles relaciones entre las normas de los tratados y las normas de *ius cogens*.

47. En los proyectos de conclusión 4, 6 y 8, el Relator Especial incluyó tres elementos de la definición de una norma de *ius cogens* con arreglo al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, pero, por motivos que no están totalmente claros, omitió el último, a saber, que una norma de *ius cogens* «solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». El orador sostiene que las cuestiones relativas a ese elemento aparecen solo después de que una norma haya sido identificada como *ius cogens* y, por consiguiente, no puede ser un criterio para su identificación. Sin embargo, reconoce también que, a los efectos de establecer criterios para la identificación de esas normas, esos elementos no pueden calificarse de consecuencias jurídicas de normas de *ius cogens per se*, ni de reglas para la modificación de normas de *ius cogens per se*, sino que más bien deben considerarse una prueba de lo que cabe demostrar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto ha «aceptado y reconocido». Aunque el contenido de las normas es la razón en que se asienta la «imperatividad» de la norma, parece que el Relator Especial confundió los términos «imperatividad» e «inderogabilidad» o los consideró sinónimos, y, en consecuencia, no incluyó los límites a la modificación de esas normas como criterio para su identificación. Ese punto de vista carece de fundamento.

48. Según el orador, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sostiene que la «imperatividad» se refiere tanto a la inderogabilidad como a las limitaciones a la modificación de las normas de *ius cogens*. Lo que queda excluido es el acuerdo en contrario de las normas de *ius cogens*, no su modificación, a condición de que esa modificación se derive de una norma ulterior que tenga el mismo carácter.

49. Utilizar una noción amplia del término «inderogabilidad», como hizo el Relator Especial en su segundo informe, podría dar lugar a contradicciones con la Convención de Viena de 1969. La práctica parece indicar que la inderogabilidad no es el único criterio para la «imperatividad». Además, el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional sugirió en su informe final que la inderogabilidad en sí misma no significa necesariamente que una norma sea de *ius cogens*: es una característica necesaria pero no suficiente. Además, aunque algunos observaron que la inderogabilidad a que se hace referencia en el artículo 53 es diferente de la inderogabilidad en los instrumentos de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos, en su observación general

núm. 29, afirmó que la enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional<sup>311</sup>. Por lo tanto, está claro que la inderogabilidad no equivale a la «imperatividad» y que los criterios para la identificación de una norma de *ius cogens* deben estar en consonancia con los del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que abarca tanto la inderogabilidad como las limitaciones a la modificación de las normas de *ius cogens*.

50. En su redacción original, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no incluía ninguna mención a la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, pero finalmente se modificó para incluir esos términos, por analogía con el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, no debe considerarse que las palabras «aceptada» y «reconocida» se utilizan de manera acumulativa: la primera se aplica a las normas de *ius cogens* basadas en el derecho internacional consuetudinario, y la segunda, a las normas de *ius cogens* basadas en principios generales del derecho o, cuando proceda, normas de tratados. Decir de cualquier norma dada de *ius cogens* que es «aceptada» y «reconocida» carece de sentido, y los estudios consagrados a la denominada teoría de la doble aceptación son artificiales y erróneos. Las pruebas necesarias para identificar una norma de *ius cogens* basada en una norma consuetudinaria son las mismas que las necesarias para identificar una norma ordinaria de derecho consuetudinario, salvo que esas pruebas deben demostrar la *opinio iuris cogens*. Además, las pruebas necesarias para identificar una norma de *ius cogens* basada en un principio general del derecho son las mismas que las necesarias para identificar un principio general de derecho común, excepto que hay que demostrar el reconocimiento de su carácter imperativo.

51. Una norma ordinaria de derecho consuetudinario, es decir, una surgida de una práctica general acompañada de *opinio iuris*, podría elevarse a una norma de *ius cogens* si la *opinio iuris* de los Estados se convierte en *opinio iuris cogens*. Sin embargo, nada impide que surja una norma de *ius cogens* directamente, sin haber constituido primero una norma de derecho internacional consuetudinario. Del mismo modo, nada impide que un principio general del derecho se transforme directamente en *ius cogens* si su carácter imperativo es reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El orador propone que se modifiquen los proyectos de conclusión en consecuencia.

52. El orador apoya las propuestas del Relator Especial en relación con el programa de trabajo futuro y la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

53. El Sr. JALLOH acoge con satisfacción el segundo informe del Relator Especial, que contiene un análisis en profundidad basado en la práctica pertinente de

los Estados, la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia. En la primera parte del informe, el Relator Especial insistió acertadamente en las controversias en torno al proyecto de conclusión 3, párrafo 2, en el que se exponen los elementos característicos del *ius cogens*. El propio orador apoya la conclusión última del Relator Especial, enraizada en la práctica y en la doctrina, de que los tres rasgos identificados en el proyecto de conclusión 3 son efectivamente las características generalmente aceptadas de las normas de *ius cogens* y, al igual que al Relator Especial, la controversia en torno a esas características le resulta un tanto sorprendente.

54. Convendría que el Relator Especial aclarara el significado de la expresión «derecho internacional general». El orador no está de acuerdo en que exista una jerarquía implícita de las fuentes del derecho internacional, ya que los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho pueden constituir todos ellos la base de normas de *ius cogens*, con arreglo al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

55. Citando a Kofi Annan, ex Secretario General de las Naciones Unidas, el orador dice que las sociedades de todo tipo deben estar vinculadas por valores comunes. Mediante la elaboración y aplicación de normas basadas en valores para reglamentar sus relaciones, los Estados pueden saber qué esperar unos de otros y actuar en consecuencia, creando así una estabilidad internacional y reduciendo el uso de la violencia. El derecho internacional, en concreto, tiene por fundamento el consentimiento de los Estados. Posibilita a los Estados gestionar sus diferencias dándoles la flexibilidad necesaria para aprobar, modificar, suspender e incluso abrogar normas, el denominado *ius dispositivum*. Las normas de *ius cogens* son una excepción: son normas tan fundamentales para la existencia misma de la sociedad internacional que los Estados simplemente no pueden suspender su aplicación ni abrogarlas. En otras palabras, su naturaleza imperativa se deriva de que reflejan los valores universales fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. El orador no comparte la opinión de algunos miembros de la Comisión de que las normas de *ius cogens* protegen esos valores fundamentales, pero no necesariamente los reflejan.

56. La labor de la Comisión sobre el tema del *ius cogens* en el período previo a la Convención de Viena de 1969 contribuyó de manera decisiva a consolidar la condición de las normas imperativas como parte del derecho internacional. Con la aprobación de la Convención, en particular los artículos 53, 64 y 66, la noción de *ius cogens* se convirtió en un rasgo básico del derecho internacional positivo.

57. Que las normas de *ius cogens* reflejan los valores de la comunidad internacional se desprende claramente de las diversas declaraciones en la Sexta Comisión y de las decisiones de los tribunales internacionales. Aunque parece evidente que nadie pone ya en duda razonablemente la noción de normas imperativas, la cuestión de los criterios que deben orientar su identificación y contenido sigue siendo objeto de debate. Como señaló acertadamente el Relator Especial en su primer informe, las diferencias de opinión al respecto se derivan principalmente

<sup>311</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General...* (A/56/40 (Vol. I)) (véanse las notas 304 y 305 *supra*).



de una diferencia filosófica en cuanto a los fundamentos del *ius cogens* y su contenido. Si bien el debate sobre naturalismo y positivismo podría ayudar a enmarcar el debate de la Comisión, su labor debe basarse en la práctica de los Estados. No obstante, tal vez convenga que el Relator Especial aclare la filosofía que está orientando su labor, aunque no sea más que para tranquilizar a los Estados preocupados.

58. El orador está de acuerdo en que el punto de partida para los elementos de las normas de *ius cogens* se enuncia en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, es importante ir más allá del punto de partida y examinar los efectos del *ius cogens* en el derecho de los tratados y en otras fuentes del derecho internacional. De hecho, si bien tal vez fue prudente que la Comisión adoptase un enfoque más restrictivo en 1996, ese enfoque debe dejar ya necesariamente paso a otro más amplio. Dicho esto, al desarrollar los elementos básicos del artículo 53, debe darse la prioridad adecuada a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales.

59. Las opiniones de los miembros de la Comisión en 2016 acerca de si debía elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* se dividieron en partes iguales. Sin embargo, con la nueva composición de la Comisión, tal vez las opiniones no se dividan ya en partes iguales. Hasta la fecha, los partidarios de ofrecer una lista indicativa parecen ser mayoría. El orador insta al Relator Especial a conservar su propuesta original, a saber, ofrecer ejemplos de *ius cogens*; en su opinión, esto representa el principal valor añadido del proyecto.

60. Aunque el orador entiende las dificultades metodológicas que entraña elaborar una lista, no cree que sean absolutamente necesarios debates largos y un análisis detallado de los ámbitos sustantivos del derecho internacional simplemente para redactar una lista no exhaustiva de muestras de normas de *ius cogens*. La Comisión ya presentó una lista no exhaustiva, en el comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: las «normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación»<sup>312</sup>. Es poco probable que esa lista sea refutada. Además, en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se recoge una lista de las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*. En otras palabras, la Comisión cuenta con una lista preliminar y no exhaustiva y una lista de posibles normas que podría tomar como base para comenzar su labor.

61. A fin de dejar claro que no está lanzándose a elaborar una lista exhaustiva, en posible detrimento de otras normas que podrían serlo también, la Comisión podría emplear una formulación utilizada frecuentemente, «incluidas, aunque no exclusivamente», por ejemplo en el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, o en el comentario al respecto. El

orador apoya las opiniones expresadas por los Sres. Hassouna y Park en ese sentido. En último término, la Comisión debe hacer todo lo posible por elaborar al menos una lista mínima de ejemplos de *ius cogens* pertinentes para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Sin embargo, si ello no es factible o no lo considera conveniente la mayoría de los miembros, una solución de compromiso podría ser confeccionar una lista de posibles normas que podrían tener la categoría de *ius cogens*, en lugar de normas de *ius cogens per se*.

62. El orador apoya la propuesta del Relator Especial de cambiar el nombre del tema por el de «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)», aunque debe tenerse presente la preocupación planteada acerca de la vaguedad de la expresión «derecho internacional general». Comparte las opiniones expresadas por el Sr. Nolte al respecto, por ejemplo en relación con el *ius cogens* particular o regional.

63. En cuanto al programa de trabajo futuro, el orador apoya la propuesta del Relator Especial de examinar en su tercer informe los efectos del *ius cogens*, en particular en relación con el derecho de los tratados y otras esferas del derecho internacional. El orador apoya las propuestas de los Sres. Hassouna y Kolodkin en ese sentido, pero también propondría que el Relator Especial examine si el *ius cogens* podría ser una fuente de limitaciones para los poderes del Consejo de Seguridad. La International Law Association afirmó que las normas imperativas de derecho internacional se aplican a los Estados y a las organizaciones internacionales. En su opinión separada<sup>313</sup> en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, el Magistrado *ad hoc* Lauterpacht respaldó la opinión de que esas normas obligan incondicionalmente al Consejo de Seguridad, que debe respetar los valores básicos protegidos por el *ius cogens*, ya que no admiten acuerdo en contrario, una postura que contaba también con el apoyo de una gran cantidad de publicaciones académicas. Por lo tanto, es importante examinar el alcance y los efectos jurídicos de las limitaciones impuestas al Consejo de Seguridad por el funcionamiento de las normas imperativas, por ejemplo en virtud del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza. Otras cuestiones que cabría examinar serían la interacción entre las normas de *ius cogens* y el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario.

64. Los proyectos de conclusión en general están bien redactados y bien estructurados y siguen una lógica que es fácil de comprender y justificar. No obstante, se han formulado varias propuestas interesantes para fusionar algunos de los proyectos de conclusión, y el orador tiene la impresión de que al menos uno o dos podrían realmente condensarse. El objetivo básico de todo el proyecto es aclarar el concepto de *ius cogens*, pero contar con conclusiones excesivamente largas y repetitivas podría simplemente generar confusión. El orador está de acuerdo en que el Relator Especial debería volver a examinar la noción de la «comunidad internacional en su conjunto» y

<sup>312</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 91 (párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 26).

<sup>313</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993.

el nivel de aceptación de una «gran mayoría de Estados» y apoya que se remitan todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

65. El Sr. RUDA SANTOLARIA dice que está de acuerdo con el Relator Especial en que las normas de *ius cogens* reflejan los valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional y son jerárquicamente superiores a otras normas del derecho internacional porque no está permitido un acuerdo en contrario. Como señaló el Relator Especial, las normas de *ius cogens* no son simplemente normas de derecho internacional general, sino que deben ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto por conducto de la *opinio iuris cogentis*. Podría hacerse referencia a los valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional cuando la abrumadora mayoría de los Estados acepta y reconoce que no cabe acuerdo en contrario de las normas que reflejan esos valores e intereses.

66. El orador está plenamente de acuerdo con la importancia que se atribuye a la aplicación universal del *ius cogens*, entre otras cosas la referencia muy pertinente a la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, en la que la Corte observó que el principio de igualdad y no discriminación «precisamente por pertenecer [...] al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares» (párrafo 110 de la opinión). También acoge con satisfacción el hecho de que el Relator Especial adoptase un enfoque objetivo basado en la práctica de los Estados y las decisiones de tribunales internacionales, en lugar de una postura positivista o una basada en el derecho natural. Está de acuerdo con la importancia que se atribuye a los dos criterios para identificar una norma de *ius cogens*: que debe ser una norma de derecho internacional general y que debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados.

67. En ese sentido, como han señalado otros, es fundamental comprender lo que se entiende por derecho internacional general. Para el orador, comprende el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, que son una fuente específica de derecho internacional. Sin embargo, para que un principio general del derecho sea considerado una norma de *ius cogens*, también debe ser de naturaleza consuetudinaria. De hecho, como se señala en los párrafos 43 a 47 del informe en relación con la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, las normas de *ius cogens* se basan principalmente en el derecho consuetudinario.

68. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el derecho de los tratados no tiene la condición de *ius cogens*, pero puede reflejar o proporcionar pruebas de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que podrían alcanzar la condición de *ius cogens*; esto es particularmente pertinente con respecto a determinados tratados multilaterales. Dada la estrecha relación entre ambas fuentes de derecho internacional que se destaca en el informe, los tratados podrían codificar las normas en vigor del derecho consuetudinario, cristalizar

normas incipientes o llegar a reflejar una norma basada en la práctica; no obstante, la norma del derecho internacional general no es el tratado, sino más bien la norma del derecho internacional consuetudinario, que debe combinar la práctica con la *opinio iuris sive necessitatis*.

69. Además de ser una norma de derecho internacional general, la norma debe ser también aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados como una norma imperativa que no admite acuerdo en contrario. Sobre ese punto, el orador está de acuerdo con el Relator Especial y otros miembros de la Comisión en que los Estados son los sujetos de derecho internacional que crean normas de *ius cogens*, pero también en que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la comunidad internacional de Estados en forma colectiva y no individual. El orador destaca que no se exigen la aceptación y el reconocimiento de todos los Estados, ya que ello podría dar lugar a la situación absurda de que un Estado o un pequeño grupo de Estados trataran de bloquear una convicción generalizada de que una norma determinada de derecho internacional general es de carácter imperativo. Sin embargo, está de acuerdo con algunos otros miembros en que no bastaría una gran mayoría de Estados; como señaló João Ernesto Christófolo, citado en una nota del párrafo 67 del informe, debe ser la «mayoría abrumadora de Estados».

70. El orador apoya la propuesta formulada por el Relator Especial de cambiar el nombre del tema por el de «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)». También apoya los proyectos de conclusión, aunque con varias advertencias. En primer lugar, como han señalado otros miembros, se podría evitar la repetición fusionando algunos de los seis proyectos de conclusión: podrían reducirse a tres sin afectar al fondo ni diluir los argumentos del Relator Especial. En el proyecto de conclusión 5, párrafo 3, la referencia a los principios generales del derecho debería ser más matizada, como ya ha indicado el orador. Propone sustituir la palabra «actitud» en la versión española del proyecto de conclusión 7, párrafo 1, por «conciencia» o «convicción». En el proyecto de conclusión 7, párrafo 3, «gran mayoría» debería sustituirse por «mayoría abrumadora».

71. El orador apoya el proyecto de programa de trabajo. Es importante ocuparse del modo en que podría modificarse una norma de *ius cogens* o cabría admitir acuerdo en contrario mediante otra norma de *ius cogens*, así como analizar las posibles contradicciones entre las normas de *ius cogens* y examinar si habría que referirse al *ius cogens* regional, como han sugerido algunos.

72. Con respecto a la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa, el orador conviene con el Sr. Rajput en que sería muy útil que la Comisión proporcionase una metodología para identificar las normas de *ius cogens*. Si se citan ejemplos concretos, sería necesario proceder con cautela, incluyendo solo las normas cuya condición de normas imperativas de derecho internacional general sea absolutamente clara y evitando una lista demasiado larga o descriptiva que pueda dar la impresión de que es exhaustiva, lo que no estaría en consonancia con el carácter evolutivo del *ius cogens*, conforme a los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969.

73. Para concluir, el orador dice que apoya la remisión de los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción.

74. El Sr. REINISCH dice que el excelente segundo informe del Relator Especial sobre el *ius cogens* contiene secciones muy útiles sobre los criterios relativos al *ius cogens*. En cuanto a si la Comisión debería elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*, esa lista, con independencia de que se adjunte en un anexo del proyecto de conclusiones o se incluya en las propias conclusiones, sería de máxima utilidad y proporcionaría exactamente el tipo de orientación que se espera de la Comisión. La preocupación de que la lista pueda ser tenida por exhaustiva en lugar de ilustrativa no justificaría abstenerse de realizar una tarea tan importante.

75. En cuanto a los proyectos de conclusión propuestos en sí mismos, el orador dice que el proyecto de conclusión 4 no parece ser particularmente controvertido, ya que se basa en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Si bien proporciona claramente el fundamento para el análisis más detallado de los diversos elementos de una norma de derecho internacional general que figura en el proyecto de conclusión 5 y de la aceptación y el reconocimiento generales de la indeterminabilidad que figura en el proyecto de conclusión 6, la relación entre el proyecto de conclusión 4 y el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, no está clara. La prioridad manifiesta del proyecto de conclusión 4 está en «identificar» una norma de *ius cogens*, pero la norma así identificada parece ser idéntica a la que se define en el proyecto de conclusión 3. Como ya han observado otros colegas, ese solapamiento podría dar lugar a confusión entre los lectores; por consiguiente, debería considerarse la posibilidad de simplificar los dos proyectos de conclusión, de modo que haya una sola disposición que defina el *ius cogens*.

76. Según el informe del Relator Especial, solo las normas de derecho internacional general pueden adquirir la condición de *ius cogens*. En el proyecto de conclusión 5 se definen como normas «que tiene[n] un ámbito de aplicación general». Al igual que el Sr. Murphy, el orador se pregunta si esto significa que las normas se aplican a todos los Estados en el sentido de ser «de aplicación universal», como parece indicar el proyecto de conclusión 3, párrafo 2. En ese caso, las normas de derecho internacional general excluirían evidentemente la costumbre regional o los principios generales del derecho europeo a que se ha referido con frecuencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al elaborar su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales. Al igual que el Sr. Nolte, el orador se pregunta si esa fue realmente la intención del Relator Especial y, en ese caso, si la Comisión debe efectivamente excluir la posibilidad de *ius cogens* regional o si no sería preferible indicar simplemente que la labor sobre el *ius cogens* abarca solo el *ius cogens* universal pero no excluye la posibilidad de que existan normas imperativas en el plano regional. Según el párrafo 68 del primer informe<sup>314</sup>, la cuestión relativa a saber si el derecho internacional permite la doctrina del *ius cogens* regional se examinará en el informe final.

77. En el proyecto de conclusión 5, párrafo 2, se dispone que la base más común para el *ius cogens* es el derecho internacional consuetudinario, mientras que en el párrafo 3 se afirma que los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de *ius cogens*. Aunque el orador comprende esa idea, se pregunta si se pueden encontrar ejemplos de práctica real para esa proposición. La respuesta a esa pregunta parece tanto más importante cuanto que la Corte y la mayoría de los tribunales nacionales parecen haber limitado las normas de *ius cogens* al derecho consuetudinario. Por ejemplo, los términos empleados por la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 79 de su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, al referirse a «principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario», dejan poco margen para que otras fuentes formen normas de *ius cogens*. De igual modo, la jurisprudencia citada en los párrafos 44 a 46 del informe del Relator Especial en la mayoría de los casos no solo permite que la costumbre se eleve a *ius cogens*, sino que también describe el *ius cogens* como una forma de costumbre elevada.

78. Según el orador, el proyecto de conclusión 6 es un ejemplo de la duplicación que podría remediarse en la etapa de redacción. No ve nada en él que no se haya dicho ya en los proyectos de conclusión 3 y 4. Se plantean varias preguntas debido a la distinción entre la *opinio iuris* y una *opinio iuris* «cualificada» (descrita más acertadamente como *opinio iuris cogentis*) necesaria para que una norma se convierta en *ius cogens*.

79. El proyecto de conclusión 7 plantea la cuestión del nivel de aceptación: ¿cuántos Estados tienen que aceptar una norma como *ius cogens* para que pueda decirse que ha obtenido la aceptación de la comunidad internacional de Estados en su conjunto? El párrafo 3 debería aclararse mediante una comparación entre el elevado nivel de aceptación que se exige para que una norma tenga la condición de *ius cogens* con el nivel inferior que se exige para la aparición de normas consuetudinarias o principios generales del derecho. También sería prudente aclarar el hecho de que la mayoría exigida debe ser algo parecido a la «gran mayoría muy amplia» que describió el Presidente del Comité de Redacción en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, y que se menciona en el párrafo 67 del informe. En cuanto a la posibilidad de que los principios generales del derecho puedan alcanzar la condición de *ius cogens*, el orador dice que sería conveniente que el Relator Especial aclare si algún principio general de derecho concreto ya ha sido considerado *ius cogens* por los Estados y, en caso afirmativo, el modo en que se produjo ese reconocimiento. Se agradecería muchísimo también porque el informe da la impresión de que el amplio análisis de casos que hace el Relator Especial se refiere únicamente al derecho internacional consuetudinario.

80. En su redacción actual, el proyecto de conclusión 8 no parece añadir demasiado para arrojar luz sobre la cuestión del modo en que el requisito de la aceptación es diferente para el *ius cogens*, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

<sup>314</sup> *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693.

En lugar de ello, se limita a reiterar lo que ya quedó reflejado en los proyectos de conclusión 3, 4 y 6, a saber, que las normas de *ius cogens* son las que los Estados consideran como normas que no admiten acuerdo en contrario. Podría ser conveniente conocer la opinión del Relator Especial acerca de si la *opinio iuris cogentis* debe diferir de la *opinio iuris* ordinaria únicamente con respecto a su contenido o también en lo que concierne a la forma. En cualquier caso, una redacción diferente podría proporcionar orientaciones acerca de la cuestión.

81. En el proyecto de conclusión 9 se examinan los distintos tipos de pruebas de la existencia de una norma de *ius cogens*. La redacción del proyecto de conclusión parece indicar que los pronunciamientos de los tribunales y cortes internacionales están al mismo nivel que las posturas de los propios Estados, algo que hasta cierto punto contradice el proyecto de conclusión 7, que dispone que solo «la actitud de los Estados» es pertinente, así como el estatus de las sentencias como medio auxiliar con arreglo al Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

82. Para concluir, el orador apoya la remisión de los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

### 3373ª SESIÓN

*Miércoles 12 de julio de 2017, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Eduardo VALENCIA-OSPINA  
(Vicepresidente)

*Miembros presentes:* Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Gómez Robledo, 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. Petrič, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, 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 Sr. CISSÉ, refiriéndose en primer lugar a los criterios para identificar el *ius cogens*, dice que tal vez sea posible sostener que hay cuatro criterios, incluidos los dos criterios acumulativos señalados en el segundo informe (A/CN.4/706). Habida cuenta de que los elementos definitorios que figuran en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) deben considerarse como un todo interrelacionado e indivisible, el tercer criterio es

la inderogabilidad que se deriva de la naturaleza imperativa del *ius cogens*. Es un elemento decisivo, ya que, sin él, el *ius cogens* carece de sentido y no puede alcanzar su objetivo primordial de amparar valores humanos fundamentales. La inderogabilidad es el elemento que posibilita que una norma imperativa produzca sus plenos efectos jurídicos, la convierte en una norma *sui generis* en la jerarquía de las normas y diferencia al *ius cogens* del *ius dispositivum* y el derecho consuetudinario y le concede preferencia sobre estos. Por lo tanto, es un criterio independiente y, de hecho, el más decisivo para la identificación de las normas imperativas.

2. El cuarto criterio, que puede describirse como la «equivalencia de normas», se deriva de la parte de la frase del artículo 53 en donde se reconoce que la norma en cuestión solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por tanto, si la nueva norma no tiene el mismo carácter, es nula porque está en oposición con la antigua norma imperativa. Por consiguiente, el orador coincide con el Sr. Murphy en que esa cláusula constituyó otro criterio más para la identificación del *ius cogens*. Ese cuarto criterio es tan fundamental como los tres primeros porque, en caso de conflicto entre normas imperativas, permitiría a los tribunales nacionales o internacionales determinar las normas que podrían considerarse *ius cogens*. Ese criterio está bien fundamentado, porque la primera oración del artículo 53 dice que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Tan pronto como surja un conflicto entre una norma imperativa anterior y la nueva norma, el tratado en cuestión debe declararse de manera automática absolutamente nulo.

3. Sin embargo, en un examen más detenido, lo que parecía ser un cuarto criterio no es verdaderamente independiente en el sentido de que no cabe separarlo del tercer criterio, ya que simplemente refuerza el criterio de inderogabilidad en caso de conflicto entre dos normas imperativas que no tienen el mismo carácter. Por consiguiente, cabe deducir que el tercer criterio, la inderogabilidad, basta por sí solo para impedir la formación de cualquier norma imperativa nueva que sea contraria a su predecesora. En otras palabras, la condición establecida en el artículo 53 de que una norma imperativa solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter es intrínseca al criterio de la inderogabilidad de toda norma imperativa de derecho internacional. Por ese motivo, la conclusión final debe ser que el artículo 53 contiene tres criterios para la identificación del *ius cogens*, a saber, que la norma en cuestión sea una norma de derecho internacional, que esa norma sea reconocida y aceptada por la comunidad internacional y que no admita acuerdo en contrario debido a su carácter imperativo.

4. Aunque la Comisión hizo bien en examinar únicamente las normas de *ius cogens* del derecho internacional en el informe que se está analizando, y aunque el orador acepta que, en caso de que las normas de *ius cogens* dimanantes del derecho interno estén en oposición con ellas, prevalecerán las normas del *ius cogens* internacional, ese enfoque conduciría a una fragmentación de esa rama del