

Capítulo IX

IUS COGENS

A. Introducción

97. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «*Ius cogens*» y nombrar Relator Especial al Sr. Dire D. Tladi¹²⁵⁶. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

98. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/693), cuyo objeto era presentar el enfoque general del Relator Especial respecto del tema y, sobre esa base, recabar las opiniones de la Comisión en cuanto al enfoque preferido, así como ofrecer un panorama general de las cuestiones conceptuales relativas al *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional).

99. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 3314ª a 3317ª, 3322ª y 3323ª, celebradas del 4 al 8, el 18 y el 19 de julio de 2016.

100. En su 3323ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 y 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial.

101. En su 3342ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité sobre el «*Ius cogens*» en el que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el 68º período de sesiones. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión¹²⁵⁷.

1. PRESENTACIÓN DEL PRIMER INFORME POR EL RELATOR ESPECIAL

102. El Relator Especial indicó que su primer informe versaba fundamentalmente sobre cuestiones conceptuales relativas a las normas imperativas (*ius cogens*), en particular su naturaleza y definición. El informe también reseñaba la evolución histórica del *ius cogens* y la aceptación en derecho internacional de los elementos esenciales del concepto de *ius cogens*. Planteaba además una serie de

¹²⁵⁶ En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 184 y ss.).

¹²⁵⁷ <http://legal.un.org/ilc>.

cuestiones metodológicas sobre las cuales se invitaba a los miembros de la Comisión a pronunciarse. En los párrafos 6 a 11 del informe se pasaba revista a los debates mantenidos en la Sexta Comisión en 2014 y 2015. Se recordaba que la mayoría de los Estados habían expresado su apoyo al examen del tema por la Comisión. En dichos debates, los Estados Miembros habían planteado varias cuestiones.

103. Una de esas cuestiones era si la Comisión debía elaborar una lista ilustrativa de normas que ya hubieran alcanzado el estatus de normas de *ius cogens*. Algunos Estados respaldaron esa idea. Otros en cambio, manifestaron serias dudas al respecto. El Relator Especial consideraba que la Comisión no debía basar la decisión de facilitar o no una lista ilustrativa en la posibilidad de que algunos pudieran interpretarla como *numerus clausus*. No obstante, expresó su preocupación ante la posibilidad de que, al tratar de elaborar una lista ilustrativa, se modificara sustancialmente la naturaleza del tema, difuminando su carácter fundamentalmente orientado al proceso y su metodología al desviar el centro de atención hacia el estatus jurídico de determinadas normas primarias. A su juicio, la Comisión podría contemplar la posibilidad de prescindir de una lista ilustrativa y contemplar otras formas de ofrecer orientación a los Estados y a los profesionales acerca de las normas que, en la actualidad, reúnen los requisitos para constituir *ius cogens*, sin facilitar necesariamente una lista ilustrativa.

104. Otra cuestión planteada por los Estados Miembros se refería a la metodología y, en particular, al material en el que basaría la Comisión su labor y sus conclusiones. En opinión del Relator Especial, la Comisión debía llevar a cabo un análisis exhaustivo de la gran variedad de prácticas existentes, que abarcara tanto la práctica estatal como la judicial. Asimismo, las opiniones de la doctrina en la materia, aunque no tenían carácter dispositivo, podían ayudar también a analizar las fuentes primarias.

105. El Relator Especial procedió a presentar en líneas generales el análisis que figuraba en los párrafos 18 a 41 de su informe sobre los antecedentes históricos del *ius cogens*, tanto en el siglo XX como en épocas anteriores. Observó que la posición en derecho internacional de las normas fundamentales, en el momento de la Segunda Guerra Mundial, podía resumirse de la siguiente manera: la doctrina reconocía, ya desde el siglo XVII, la existencia de normas que los Estados no podían eludir. Es posible que hubiera desacuerdo acerca del fundamento de esa afirmación, pero la doctrina no cuestionaba seriamente la afirmación en sí. No obstante, había poca práctica que respaldara esta afirmación. La poca práctica que podía encontrarse concernía a normas convencionales imperativas y no a normas de derecho internacional general.

106. También se recordó que la propia Comisión había sido decisiva en el desarrollo, la aceptación y la incorporación del *ius cogens* en el derecho internacional y que gran parte de la práctica reciente, tanto judicial como estatal, se había inspirado en los trabajos de la Comisión. Desde el momento en que Sir Hersch Lauterpacht introdujo una disposición sobre la invalidez de un tratado cuando su cumplimiento implicase un «acto ilegal con arreglo al derecho internacional»¹²⁵⁸ hasta la inclusión de la expresión «*ius cogens*» en los respectivos informes de Sir Gerald Fitzmaurice¹²⁵⁹ y Sir Humphrey Waldock¹²⁶⁰, los miembros de la Comisión no habían puesto en tela de juicio la afirmación inicial. Hubo dudas con respecto a la redacción y el fundamento teórico de la afirmación de la invalidez en razón del *ius cogens*, pero no respecto de la afirmación en sí ni de su estatus en derecho internacional.

107. Con todo, lo que no se había previsto era la aceptación de la afirmación por parte de los Estados. El Relator Especial hizo alusión al resumen de la posición adoptada por los Estados que figuraba en el párrafo 33 de su informe y, en particular, a la conclusión de que «se [podía] afirmar que casi todos los Estados expresaron su apoyo» al concepto de *ius cogens*. No obstante, algunos Estados habían expresado serias dudas acerca de la redacción de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la «Convención de Viena de 1969»). En particular, se recordó que, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, algunos Estados habían expresado la inquietud de que, sin directrices claras sobre las normas que constituían *ius cogens*, era probable que se utilizara indebidamente el texto para poner en tela de juicio tratados válidamente celebrados. La solución que se halló entonces fue el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, que establecía un papel importante de la Corte Internacional de Justicia en relación con la invocación del *ius cogens* para invalidar un tratado. Ahora bien, lo importante era que, en contra de lo que se pensaba, los Estados no pusieron en tela de juicio la idea del *ius cogens* ni el estatus de parte del derecho internacional de que gozaba en aquel momento.

108. El Relator Especial señaló además que, después de la aprobación de la Convención de Viena de 1969, los Estados habían invocado de manera constante el *ius cogens* en la comunicación diplomática y de otra índole. Además, la invocación del *ius cogens* por parte de los jueces también había aumentado, incluido su reconocimiento explícito por parte de la Corte Internacional de Justicia (véase el párrafo 46 del informe) y de otros tribunales y cortes internacionales, regionales y nacionales.

109. El Relator Especial se refirió asimismo a los párrafos 42 a 72 del informe, en el que presentaba un panorama general del debate teórico sobre la naturaleza

del *ius cogens*, tal como se desprende de la doctrina y la práctica judicial. No se intentó resolver el debate. No obstante, a juicio del Relator Especial, toda tentativa de extraer los criterios para identificar las normas de *ius cogens* tenía que basarse en una valoración de sus fundamentos teóricos.

110. El Relator Especial propuso tres proyectos de conclusión¹²⁶¹: el primero se ocupaba del alcance del proyecto de conclusiones; el segundo tenía por objeto establecer una distinción entre el *ius cogens* y otras normas de derecho internacional que pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados, es decir, normas que tienen carácter de derecho dispositivo (*ius dispositivum*); y el tercero se proponía describir el carácter general del *ius cogens*. Señaló que la alusión, en el segundo párrafo del tercer proyecto de conclusión, al carácter de las normas de *ius cogens* como normas concebidas para proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional, y su naturaleza de normas jerárquicamente superiores y universalmente aplicables, estaba respaldada por la práctica y tenía una amplia aceptación en la doctrina.

111. El Relator Especial reiteró además su opinión de que un proyecto de conclusiones era la forma más apropiada que podía revestir el tema. En cuanto al futuro programa de trabajo, preveía que la Comisión examinara los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*, en 2017; sus consecuencias, en 2018; y cuestiones varias que pudieran quedar pendientes, en 2019.

2. RESUMEN DEL DEBATE

112. Los miembros, que expresaron su satisfacción por el primer informe del Relator Especial, mencionaron el amplio apoyo que el examen del tema había obtenido entre los Estados Miembros en la Sexta Comisión. Al mismo tiempo, se alentó al Relator Especial a que tuviera presentes los diferentes puntos de vista expresados por los Estados

¹²⁶¹ El texto de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su primer informe dice así:

«Proyecto de conclusión 1. Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas, y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas.

Proyecto de conclusión 2. Modificación, derogación y abrogación de las normas de derecho internacional

1. Las normas de derecho internacional pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados a los que la norma sea aplicable, a menos que tal modificación, derogación o abrogación esté prohibida por la norma en cuestión (*ius dispositivum*). La modificación, derogación o abrogación pueden tener lugar mediante un tratado, derecho internacional consuetudinario u otro acuerdo.

2. Las normas imperativas de derecho internacional general, que solo pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por normas que tengan el mismo carácter, constituyen una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1.

Proyecto de conclusión 3. Naturaleza general de las normas de *ius cogens*

1. Se entiende por normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) las normas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admiten modificación, derogación ni abrogación.

2. Las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.»

¹²⁵⁸ Primer informe sobre el derecho de los tratados de H. Lauterpacht, Relator Especial, *Yearbook of the International Law Commission* 1953, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 154, proyecto de artículo 15.

¹²⁵⁹ Tercer informe sobre el derecho de los tratados de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial, *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/115, pág. 28, proyecto de artículo 17.

¹²⁶⁰ Segundo informe sobre el derecho de los tratados de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, *Anuario... 1963*, vol. II, documento A/CN.4/156 y Add 1 a 3, pág. 60, proyecto de artículo 13.

Miembros y que, por consiguiente, abordase el tema con prudencia. También se afirmó que la Comisión debería procurar, desde el principio, evitar un resultado que pudiera redundar en una desviación de la Convención de Viena de 1969 o pudiera ser interpretado como tal. Varios miembros señalaron la importancia histórica del estudio emprendido por la Comisión. Se destacó que el alcance del tema iba más allá del derecho de los tratados e incluía esferas del derecho internacional como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

113. Los miembros expresaron su apoyo a las recomendaciones del Relator Especial sobre la metodología que debía seguirse. Se compartió la opinión del Relator Especial de que, en principio, el estudio debía basarse en la práctica tanto estatal como judicial, complementado con las opiniones de la doctrina. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes internacionales y regionales hubieran aludido al concepto en varias causas se mencionó como elemento que respaldaba la afirmación de que ya no se cuestionaba seriamente la existencia del *ius cogens*. Se dijo que, como la existencia del *ius cogens* estaba bien establecida, la tarea que quedaba por hacer era encontrar el punto de equilibrio entre las normas ordinarias de derecho internacional, que podían ser modificadas por los procedimientos normales, y determinadas normas fundamentales, que no podían ser modificadas de ese modo. Al mismo tiempo, algunos miembros advirtieron que la Comisión debía rehuir cualquier propósito de crear nuevas normas imperativas y dijeron que la Comisión debía partir de la hipótesis de que las normas imperativas, por naturaleza, constituían excepciones. También se sugirió que se distinguiera entre el examen de los pronunciamientos de los tribunales y cortes internacionales en la determinación de la existencia del *ius cogens* y la práctica de los Estados, que confería a esas normas su carácter imperativo.

114. Se afirmó que el fundamento teórico del *ius cogens* no se encontraba necesariamente en una corriente de pensamiento concreta (naturalista o positivista) ni se basaba necesariamente en el consentimiento, sino que su fuerza obligatoria respondía a una práctica general de los Estados, adoptada como derecho, que consideraba que tales normas eran inderogables (aun cuando pudieran ser sustituidas por otras normas que tuvieran el mismo carácter). Según otra opinión, era importante que la Comisión se atuviera en la medida de lo posible a la formulación acordada en la Convención de Viena de 1969. A este respecto, varios miembros dijeron que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 ofrecían una base jurídica satisfactoria al hacer hincapié en la aceptación y el reconocimiento de una norma por la comunidad internacional de Estados. Según otra opinión, ese reconocimiento debería hacerse extensivo al de otras entidades, como las organizaciones internacionales y no gubernamentales, y la sociedad internacional en sentido más amplio. También se sugirió que si el Relator Especial iba a realizar un estudio más a fondo de los aspectos teóricos del *ius cogens*, podría examinar la relación entre el concepto de *ius cogens* y el de política pública transnacional. En opinión de otros, la Comisión no debía dejar de posicionarse respecto de algunas de las cuestiones teóricas, pues ello la ayudaría a orientarse, por ejemplo, en la elaboración de una lista ilustrativa de normas.

115. Se dijo que, a partir del análisis que figuraba en el informe del Relator Especial, podían identificarse los siguientes elementos del *ius cogens*: no estaba permitida la derogación de una norma imperativa; la norma o normas en cuestión formaban parte del derecho internacional general; una norma imperativa era reconocida como tal por la comunidad internacional; esa norma era aplicable universalmente; la inderogabilidad era consecuencia de su carácter imperativo; las normas de *ius cogens* eran jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional; y las normas de *ius cogens* tenían por objeto la protección del orden público internacional. Se señaló que las normas de *ius cogens* eran esencialmente normas de derecho internacional consuetudinario con una forma especial de *opinio iuris*, a saber, la convicción de la existencia de un derecho o una obligación jurídica de carácter imperativo. Por tanto, esas normas constituyen una práctica general aceptada como derecho imperativo. En otras palabras, una práctica general acompañada de *opinio iuris cogens*. Además, se dijo que los tratados podían crear normas de *ius cogens* o reflejarlas, y que las normas imperativas también podían basarse en principios generales del derecho, lo que merecía un examen más detenido. Asimismo, se pidió al Relator Especial que estudiara en profundidad los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

116. Los miembros expresaron diferentes opiniones sobre la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa de normas que habían adquirido el estatus de *ius cogens*. En el debate se mencionó que el concepto de *ius cogens* estaba reconocido en las constituciones de varios Estados, lo que confería especial importancia a la posibilidad de elaborar una lista indicativa de tales normas, reconocidas por el derecho internacional. A juicio de quienes expresaron esas opiniones, la utilidad de los trabajos sobre el tema se vería mermada si la Comisión no elaboraba una lista indicativa o si se limitaba a dar meros ejemplos. También hubo quien dijo que el examen del tema no debía circunscribirse a consideraciones metodológicas. Se dijo que una sociedad global requería normas globales y que la Comisión podía contribuir a su identificación por medio, entre otras cosas, de la preparación de una lista de normas imperativas, aunque fueran únicamente a título indicativo. Se observó que, a diferencia de cuando se aprobó la Convención de Viena de 1969, existía una serie de materiales jurídicos en los que basarse para elaborar una lista de tales normas. Además, a diferencia de la labor sobre el tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario», en la que no habría sido factible elaborar una lista de normas consuetudinarias, el número relativamente reducido de normas de *ius cogens* hacía posible pensar en una lista de ese tipo. Se pensaba que la Comisión también podía tener en cuenta los ejemplos identificados en su labor anterior, como la relativa a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹²⁶², la fragmentación del derecho internacional¹²⁶³, la responsabilidad de las organizaciones

¹²⁶² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

¹²⁶³ Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 241 a 251; véase también el informe del Grupo de Estudio de la Comisión sobre el tema (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como un anexo del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)).

internacionales¹²⁶⁴ y las reservas a los tratados¹²⁶⁵. También se recordó que la Comisión había elaborado una lista ilustrativa en el contexto de su labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados¹²⁶⁶. Con respecto a la posibilidad de elaborar una lista, algunos miembros señalaron también que la Comisión podía examinar los fallos y decisiones de los tribunales y cortes internacionales en los ámbitos mundial y regional.

117. También recibió apoyo la posibilidad de abordar la cuestión con un análisis de ejemplos ilustrativos en el comentario, o en un anexo, aunque también se dijo que había poca diferencia entre esas opciones y la elaboración de una lista ilustrativa. Se sugirió asimismo que la Comisión pospusiera una decisión al respecto a una fase posterior.

118. Otros miembros opinaron que no era aconsejable tratar de elaborar esa lista, ni siquiera dar ejemplos ilustrativos en el comentario, puesto que para ello la Comisión tendría que adoptar necesariamente una postura sobre el estatus de las normas en cuestión. También se apuntó como aspecto preocupante que, al intentar elaborar esa lista, probablemente se tendría que llevar a cabo una considerable labor adicional y un análisis detallado de los ámbitos sustantivos del derecho y ello podría dar lugar a controversias estériles sobre la inclusión o exclusión de normas. También se expresó preocupación por que la elaboración de una lista, aunque fuera a efectos ilustrativos, pudiera dar pie a que se atribuyese un estatus inferior a normas de derecho internacional igualmente importantes.

119. Varios miembros también expresaron dudas acerca de la existencia de un *ius cogens* regional. Se sostuvo que esa posibilidad, por definición, contradecía la aplicabilidad universal del *ius cogens*. Además, esa posibilidad llevaba a preguntarse por sus efectos jurídicos en relación, por ejemplo, con Estados no pertenecientes a la región de que se tratara, así como por la relación entre el *ius cogens* de ámbito universal y de ámbito regional. También preocupaba que, si se reconocía el concepto de *ius cogens* regional, no habría impedimento para reconocer igualmente, en principio, normas subregionales, lo cual podría socavar aún más el concepto y quizás dar lugar a la fragmentación del derecho internacional.

120. No obstante, otros miembros señalaron que se habían hecho algunas referencias al *ius cogens* regional con respecto a ciertas normas, por ejemplo, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se aludió también a la posibilidad de que existieran normas regionales de *ius cogens* en Europa. Por consiguiente, la posibilidad de que hubiera otras formas de normas imperativas, como las normas regionales, merecía seguir siendo estudiada y no debía ser excluida *a priori*. Se sugirió asimismo que, aunque tal vez no hubiera motivos, en principio, para limitar el concepto a las normas de aplicabilidad universal, la Comisión podría decidir simplemente limitar el alcance de su estudio al *ius cogens* de aplicabilidad universal.

121. Varios miembros destacaron la incompatibilidad de la noción de objeto persistente con las normas de *ius cogens*, que son, por definición, de carácter imperativo universal. A ese respecto, esos miembros añadieron que sería imposible admitir, por ejemplo, la existencia de un objeto persistente a la prohibición del crimen de genocidio. Con arreglo a otra opinión, era demasiado pronto para tomar una decisión sobre ese punto, ya que la Comisión no había examinado todavía el sentido de las palabras «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Se sugirió asimismo que se distinguiera entre un análisis de la fuente del *ius cogens* y el efecto de su aplicación, teniendo presente que el objeto persistente guardaba mayor relación con este que con aquel.

122. La propuesta de que la Comisión se centrara en la elaboración de proyectos de «conclusión» sobre el tema obtuvo un apoyo general. Al mismo tiempo, se expresó la opinión de que habría sido preferible que la Comisión estudiase el tipo de resultado después de analizar todos los elementos de las normas imperativas.

123. En cuanto al proyecto de conclusión 1 propuesto, se dijo que no quedaba claro si el proceso de «identificación» era simplemente una cuestión de reconocimiento o si incluía un ejercicio normativo de determinación de la existencia y contenido de una norma. También se sugirió que la disposición volviera a redactarse más claramente en forma de disposición relativa al alcance y que se ampliara a fin de abarcar las actividades de actores no estatales. Se propuso además que se mencionaran explícitamente no solo los criterios para la determinación del *ius cogens*, sino también su contenido.

124. En relación con el proyecto de conclusión 2, se expresaron dudas sobre la necesidad de establecer una comparación con el derecho dispositivo (*ius dispositivum*). Varios miembros dijeron que esa cuestión se podría tratar en el comentario. También se expresaron dudas acerca de la conveniencia de incluir una referencia a la modificación, derogación o abrogación de las normas ordinarias de derecho internacional. Se señaló asimismo que resultaba confuso calificar el *ius cogens*, por una parte, de jerárquicamente superior y, por otra, de excepción a una norma ordinaria. También hubo quien se preguntó hasta qué punto la formulación propuesta daba a entender que las partes en un tratado podían obligarse simplemente proclamando que una norma determinada del tratado no podía ser cambiada de mutuo acuerdo. Se sostuvo que una norma no adquiriría el carácter de *ius cogens* simplemente por el acuerdo de las partes en un tratado.

125. Varios miembros sugirieron que el proyecto de conclusión 3 volviera a redactarse a modo de definición del *ius cogens*, y se propuso que la disposición se ajustara al enunciado del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en la mayor medida posible. Varios miembros expresaron su apoyo al contenido del párrafo 2, mientras que otros expresaron dudas acerca de su inclusión. Se sostuvo que no había práctica que apoyara la inclusión de los elementos enumerados en el párrafo 2, que también parecía apartarse de la definición recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Se dijo que el rasgo distintivo de las normas de *ius cogens* no era tanto su naturaleza jerárquica, sino más bien su especial importancia. Se

¹²⁶⁴ Véase *Anuario...* 2011, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 75 y 76; por lo que respecta a los comentarios a los proyectos de directriz, véase *ibid.*, vol. II (tercera parte).

¹²⁶⁶ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párrs. 100 y 101.

advirtió a la Comisión del riesgo de crear, sin pretenderlo, nuevos requisitos para el reconocimiento del *ius cogens*. Se señaló que el concepto de «superioridad jerárquica» no era claro y podía inducir a error, entre otros motivos porque difuminaba la distinción entre la identificación del *ius cogens* y las consecuencias del conflicto con tales normas. Según otro punto de vista, la referencia a la «jerarquía» exigía que se ahondara en el tipo particular de jerarquía generado por el *ius cogens*, que se basaba en la nulidad de los tratados que lo contravenían, a diferencia de otras jerarquías en derecho internacional, como la que establecía el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con otra opinión, la superioridad jerárquica de las normas imperativas estaba bien establecida y había sido reconocida por la propia Comisión en su labor sobre la fragmentación del derecho internacional. Se sugirió asimismo que se podría convertir el párrafo 2 en un proyecto de conclusión independiente.

126. Varios miembros también discreparon de la necesidad de hacer referencia a «los valores [...] de la comunidad internacional», puesto que la existencia del *ius cogens* dependía de su aceptación y reconocimiento como tal por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto y no de una evaluación subjetiva de los valores. Según otro punto de vista, la referencia a los «valores fundamentales» era demasiado restringida si solo se refería a las normas de *ius cogens* de carácter humanitario y excluía otras, como la prohibición del uso de la fuerza. Por consiguiente, se propuso que, en vez de ello, el proyecto de conclusión se refiriese a «los principios fundamentales por excelencia». Conforme a otra opinión, la disposición, podría servir, de hecho, para complementar la Convención de Viena de 1969, aclarando la naturaleza del *ius cogens* mediante la inclusión de una referencia a los «valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto».

127. No obstante las opiniones expresadas con respecto a la posibilidad de la existencia de un *ius cogens* regional, contó con apoyo el elemento de la «aplicabilidad universal», enunciado en el párrafo 2.

128. Entre otras sugerencias, se propuso elaborar un nuevo proyecto de conclusión sobre la definición del *ius cogens*. Se recomendó también que hubiera más coherencia en la versión en inglés del texto que se refería indistintamente a *norms* o *rule*. Se expresó preferencia por el primero, siguiendo el ejemplo de la Convención de Viena de 1969. Otra sugerencia fue que se cambiara el título del tema por «El *ius cogens* en derecho internacional», «Las normas imperativas» o «El *ius cogens* en el ordenamiento jurídico internacional». Se propuso también que el proyecto de conclusiones se ocupara del efecto invalidante del *ius cogens*, incluida la cuestión de quién determina si existe un conflicto con el *ius cogens*.

129. Recibió apoyo el plan de trabajo futuro sobre el tema expuesto por el Relator Especial. Se sugirió que el Relator Especial investigara también la relación entre los principios generales del derecho y el *ius cogens*. Entre otras sugerencias que se hicieron sobre la labor futura cabe mencionar el análisis de los siguientes aspectos: la fórmula «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» y el grado en que

tal concepto era sinónimo de consentimiento; la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*; el grado en que la inderogabilidad era una característica definitoria del *ius cogens*; el proceso mediante el cual una norma imperativa ulterior podía sustituir a una norma anterior del mismo carácter; la relación entre la existencia de valores fundamentales subyacentes al *ius cogens* y la expresión de su existencia; el mecanismo de arreglo de controversias del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969; y la cuestión de cómo regular el conflicto entre normas imperativas contradictorias.

3. CONCLUSIONES DEL RELATOR ESPECIAL

130. Al recapitular el debate, el Relator Especial se refirió a los comentarios sobre el fundamento teórico del *ius cogens* y expresó su desacuerdo con quienes opinaban que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 resolvía la cuestión. No obstante, seguía sosteniendo que no era necesario que la Comisión zanjara el asunto.

131. Se tomó nota de que había acuerdo general sobre la necesidad de basar el estudio principalmente en la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y las opiniones de la doctrina, según correspondiera. En respuesta a las opiniones expresadas en el debate de que algunos de los elementos que aparecían en su primer informe no estaban plenamente respaldados por la práctica de los Estados, o que la relativa falta de esa práctica hacía necesario apoyarse en construcciones teóricas, el Relator Especial recordó que existía una cantidad importante de práctica estatal y judicial.

132. En cuanto a la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa, el Relator Especial tomó nota de las diferencias de opinión en el seno de la Comisión y reconoció que la idea de elaborar una lista de esa índole parecía atractiva. No obstante, recordó que le preocupaba que ello fuera en detrimento del énfasis metodológico del tema. Con todo, seguía abierto a la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa que se centrara en las normas imperativas de mayor aceptación.

133. En lo que respecta a la cuestión del *ius cogens* regional, el Relator Especial reiteró su intención de estudiar el asunto en futuros informes. Al mismo tiempo, si bien no creía que el concepto de una norma de *ius cogens* regional estuviera bien asentado en derecho internacional, a su juicio, el carácter universal del *ius cogens*, que estaba bien establecido, no excluía *a priori* la posibilidad de que haya normas imperativas regionales.

134. El Relator Especial confirmó además que no tenía la intención de pasar por alto las implicaciones del *ius cogens* en el contexto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Tal y como se había indicado en la sinopsis, el tema iba más allá del derecho de los tratados. Su idea inicial era ocuparse de esas cuestiones en informes posteriores sobre las consecuencias del *ius cogens*. No obstante, no compartía la opinión de que la naturaleza y la definición del *ius cogens* podían variar según el ámbito del derecho internacional.

135. En cuanto a la labor futura, el Relator Especial había tomado nota de las opiniones concernientes a la

posibilidad de un *ius cogens* basado en los tratados. Confirmó asimismo su intención de examinar la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

136. En relación con los proyectos de conclusión propuestos, el Relator Especial tomó nota de las diferentes propuestas de redacción formuladas en el debate. También aceptó la crítica de que el proyecto de conclusión 2 abordaba cuestiones que excedían del alcance del tema. Explicó que, con la redacción propuesta, había pretendido poner de manifiesto que las normas imperativas eran, por su propia naturaleza, excepcionales en relación con otras normas de derecho internacional. No obstante, aceptaba la opinión de la Comisión de que no había que remitir el proyecto de conclusión propuesto al Comité de Redacción.

137. Respecto del proyecto de conclusión 3, el Relator Especial, si bien estaba abierto a sugerencias para

mejorar el párrafo 1, también para ajustarlo a los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, discrepaba de los miembros de la Comisión que habían sugerido que, en la práctica de los Estados y en los pronunciamientos de los tribunales y cortes, había escaso o ningún fundamento que apoyase la inclusión de los elementos de los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicabilidad universal del *ius cogens*. Además de las incluidas en su primer informe, el Relator Especial ofreció nuevas referencias autorizadas en relación con las posiciones adoptadas por los Estados en relación con el *ius cogens*, principalmente en el contexto de las Naciones Unidas, así como con los pronunciamientos de los tribunales y cortes.

138. El Relator Especial dijo, además, que valía la pena estudiar las sugerencias de modificación del título del proyecto y que ello podría abordarse en un futuro informe.