

Capítulo VIII

NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (*IUS COGENS*)

A. Introducción

142. 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. Tladi⁷⁷⁹. 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.

143. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial⁷⁸⁰, en el que se abordaban cuestiones conceptuales y se planteaban varias cuestiones metodológicas, entre ellas si, en el marco de su examen del tema, la Comisión debía elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. En el informe también se expusieron los fundamentos históricos y teóricos del *ius cogens*.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

144. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/706), en el que se trataban de establecer los criterios para la identificación de las normas imperativas (*ius cogens*), tomando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en lo sucesivo, la «Convención de Viena de 1969») como punto de partida para determinar dichos criterios. Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso en su segundo informe seis proyectos de conclusión⁷⁸¹. El Relator Especial propuso además que la Comisión cambiara el nombre del tema, de «*Ius cogens*» a «Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)».

145. La Comisión examinó el segundo informe en sus sesiones 3368ª a 3370ª y 3372ª a 3374ª, celebradas del 3 al 5 y del 11 al 13 de julio de 2017.

⁷⁷⁹ 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 sobre la labor realizada en ese período de sesiones (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 268 y págs. 184 a 192).

⁷⁸⁰ *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693.

⁷⁸¹ Proyecto de conclusión 4 (Criterios relativos al *ius cogens*); proyecto de conclusión 5 (Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general); proyecto de conclusión 6 (Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del *ius cogens*); proyecto de conclusión 7 (Comunidad internacional de Estados en su conjunto); proyecto de conclusión 8 (Aceptación y reconocimiento); y proyecto de conclusión 9 (Prueba de la aceptación y el reconocimiento).

146. En su 3374ª sesión, celebrada el 13 de julio de 2017, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9⁷⁸² que figuraban en el segundo informe del Relator Especial. En la misma

⁷⁸² El texto de los proyectos de conclusión 4 a 9 propuestos por el Relator Especial en su segundo informe dice así:

«Proyecto de conclusión 4. Criterios relativos al *ius cogens*

Para identificar una norma como norma de *ius cogens* es necesario demostrar que la norma en cuestión cumple dos criterios:

a) debe ser una norma de derecho internacional general; y

b) debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable.

Proyecto de conclusión 5. Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general

1. Una norma de derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general.

2. El derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de las normas de *ius cogens* del derecho internacional.

3. 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* del derecho internacional.

4. Una norma establecida en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional general capaz de adquirir la categoría de norma de *ius cogens* del derecho internacional general.

Proyecto de conclusión 6. Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del *ius cogens*

1. Una norma de derecho internacional general es considerada norma de *ius cogens* cuando es aceptada y reconocida como norma inderogable.

2. El requisito de que una norma sea aceptada y reconocida como norma inderogable exige considerar la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Proyecto de conclusión 7. Comunidad internacional de Estados en su conjunto

1. La aceptación y el reconocimiento de la comunidad de Estados en su conjunto es el elemento pertinente para la identificación de las normas de *ius cogens*. Por consiguiente, lo pertinente es la actitud de los Estados.

2. Si bien las actitudes de los agentes distintos de los Estados pueden ser pertinentes al evaluar la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no pueden, por sí mismas, constituir aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las actitudes de otros agentes pueden ser pertinentes, permitiendo establecer un contexto y evaluar las actitudes de los Estados.

3. La aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*. No se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.

Proyecto de conclusión 8. Aceptación y reconocimiento

1. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* es distinto de la aceptación como derecho a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. También es distinto del requisito del reconocimiento a los efectos de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

sesión, la Comisión decidió cambiar el título del tema de «*Ius cogens*» a «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)».

147. En su 3382ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2017, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité sobre las «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)» en el que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el 69º período de sesiones. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión⁷⁸³.

1. PRESENTACIÓN DEL SEGUNDO INFORME POR EL RELATOR ESPECIAL

148. El Relator Especial indicó que su segundo informe constaba de tres secciones sustantivas: una sección sobre el examen anterior del tema (párrs. 4 a 30), una sección sobre los criterios relativos al *ius cogens* (párrs. 31 a 89) y una sección con propuestas (párrs. 90 y 91).

149. En la sección del informe relativa al examen anterior del tema, el Relator Especial señaló que los tres Estados que habían criticado inicialmente el tema habían mantenido sus críticas, mientras que la inmensa mayoría de los Estados que habían intervenido en relación con él habían seguido manteniendo su apoyo⁷⁸⁴. Destacó, además, que había un consenso general sobre la necesidad de cambiar el nombre del tema. Recordó también que, si bien la Comisión había decidido no remitir al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 2 propuesto en su primer informe⁷⁸⁵, él tenía la intención de volver a presentar la propuesta en un futuro informe. Observó asimismo que el proyecto de conclusión que provocaba la mayor división de opiniones, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión, era el

2. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* significa que debe proporcionarse la prueba de que, además de ser aceptada como derecho, la norma en cuestión es aceptada por los Estados como norma inderogable.

Proyecto de conclusión 9. Prueba de la aceptación y el reconocimiento

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma de *ius cogens* puede reflejarse en una variedad de materiales y puede adoptar diversas formas.

2. Los siguientes materiales pueden constituir prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general ha adquirido la categoría de *ius cogens*: los tratados, las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales, las declaraciones públicas hechas en nombre de Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales nacionales.

3. Las sentencias y decisiones de los tribunales y cortes internacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento a los efectos de determinar que una norma es norma de *ius cogens* del derecho internacional.

4. Otros materiales, como la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la labor de los órganos de expertos y la doctrina, pueden constituir un medio secundario para identificar las normas de derecho internacional inderogables. Estos materiales también pueden ayudar a evaluar la entidad de los materiales principales.»

⁷⁸³ <http://legal.un.org/ilc>.

⁷⁸⁴ Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/706), párrs. 10 y 12.

⁷⁸⁵ *Anuario...* 2016, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/693.

proyecto de conclusión 3, en particular su párrafo 2, que enunciaba tres características básicas de las normas de *ius cogens*, a saber, que esas normas protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, que son jerárquicamente superiores a otras normas y que son universalmente aplicables.

150. El Relator Especial recordó su intención de estudiar la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens* y subrayó que haría una propuesta firme en ese sentido en un futuro informe sobre cuestiones varias, invitando a los miembros de la Comisión a que le hicieran llegar sus opiniones al respecto.

151. Los párrafos 31 a 89 del informe se refieren a los criterios para la identificación del *ius cogens*, tomando el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como base de esos criterios, en consonancia con las opiniones expresadas por los Estados, así como con la práctica estatal, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, la doctrina y el examen del *ius cogens* en relación con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 realizado anteriormente por la propia Comisión, sin limitar el alcance del tema al derecho de los tratados.

152. En ese sentido, el Relator Especial destacó que el artículo 53 contenía dos criterios acumulativos, a saber, que la norma en cuestión debe ser una norma de derecho internacional general, y que debe ser aceptada y reconocida como norma inderogable. Si bien existían otras formas de abordar la definición, el Relator Especial consideró que debía mantenerse ese enfoque basado en dos criterios, y así lo reflejó en la propuesta de proyecto de conclusión 4, que reproduce el primer criterio en el apartado *a* y el segundo en el *b*.

153. En el informe se pasaba a evaluar el contenido del primer criterio, que se abordaba en la propuesta de proyecto de conclusión 5 sobre las «Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general». El Relator Especial indicó que no consideraba necesario dedicar un proyecto de conclusión a detallar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* y que el párrafo 2 del proyecto de conclusión propuesto era suficiente a ese respecto. Añadió que, si bien el papel del derecho internacional consuetudinario en la identificación del *ius cogens* estaba bastante bien establecido, la posibilidad de recurrir a otras fuentes del derecho internacional no lo estaba tanto. Señaló que había fundamentos para sostener que los principios generales del derecho podían ser una base del *ius cogens*. Ello se desprendía claramente, no solo de la práctica, sino también de los antecedentes de la elaboración del artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados⁷⁸⁶, así como del hecho de que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 incluyera claramente los principios generales del derecho. Si bien la práctica disponible es escasa, el Relator Especial había considerado conveniente incluir esos principios generales del derecho como base del *ius cogens*, aunque en términos menos absolutos que el derecho internacional consuetudinario.

⁷⁸⁶ El proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 18º período de sesiones se reproduce en *Anuario...* 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 195 y ss.

154. En cuanto a los tratados, el Relator Especial recordó que, si bien se aceptaba en general que los tratados no constituían en sí mismos una norma de derecho internacional general, una norma convencional podía reflejar una norma de derecho internacional general.

155. El Relator Especial observó a continuación que el segundo criterio, es decir, que la norma en cuestión «debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable», al que se hacía referencia en los proyectos de conclusión 6 a 9, constaba de varios elementos: el primero, relativo al requisito principal de la aceptación y el reconocimiento; el segundo, a quiénes reconocían y aceptaban la norma o lo que ello implicaba; y el tercero, a lo que se aceptaba y reconocía.

156. Habida cuenta de que el proyecto de conclusión 6 establecía el contexto general del segundo criterio, el Relator Especial explicó que tenía un doble propósito: por una parte, indicaba que la determinación de que una norma era de derecho internacional general no bastaba para que tuviera la condición de *ius cogens* y, por otra, establecía que lo pertinente para el segundo criterio era la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

157. El Relator Especial señaló que el proyecto de conclusión 7 se refería a la cuestión de a quién corresponde la aceptación y el reconocimiento de los criterios y destacó el particular interés que revestían a ese respecto tanto los antecedentes de la redacción del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como la práctica de los Estados. También destacó que, si bien en el párrafo 2 se ponía de relieve la función esencial de los Estados como comunidad, la expresión «comunidad internacional de Estados en su conjunto» tenía por objeto indicar que habían de considerarse las opiniones de los Estados tomados en su conjunto, y no las distintas actitudes individuales. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 también pretendía reflejar el delicado equilibrio alcanzado cuando la Comisión había reconocido anteriormente el papel central de los Estados sin negar la posible influencia que otras entidades podían tener en la identificación del derecho.

158. El proyecto de conclusión 8 se refiere al contenido de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto. En opinión del Relator Especial, para que una norma tuviera la condición de *ius cogens* no bastaba con que únicamente fuera aceptada y reconocida como norma que gozaba de una determinada cualidad, a saber, la inderogabilidad (*opinio iuris cogens*); como en el caso del derecho internacional consuetudinario, era igualmente importante proporcionar la prueba de esa aceptación y ese reconocimiento.

159. Por tanto, el proyecto de conclusión 9 tenía por objeto abordar la naturaleza de los materiales que podían ofrecerse como prueba. El Relator Especial recordó que, si bien, en la mayoría de los casos, esos materiales en la práctica eran similares a los que solían aportarse como prueba de la aceptación como derecho en el derecho internacional consuetudinario, su contenido era diferente.

160. De acuerdo con el debate mantenido en la Comisión durante su 68º período de sesiones, el Relator Especial había propuesto, en el párrafo 90 de su informe, que se cambiara el nombre del tema de «*Ius cogens*» a «Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)». No obstante, posteriormente observó que su propuesta no cumpliría la exigencia de coherencia con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y, en consecuencia, revisó su propuesta para cambiar el título del tema a «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)».

161. En relación con el futuro programa de trabajo, el Relator Especial preveía que en 2018 la Comisión examinaría, posiblemente en dos informes, los efectos o consecuencias del *ius cogens*, en términos generales y en el derecho de los tratados y otras ramas del derecho internacional. El cuarto informe, que se publicaría en 2019, se ocuparía de las cuestiones que quedaran pendientes y de las propuestas relativas a una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*.

2. RESUMEN DEL DEBATE

a) Comentarios generales

162. En general, los miembros acogieron favorablemente el segundo informe del Relator Especial. Se destacó que el informe mantenía un equilibrio entre la «flexibilidad de la identificación» y «la naturaleza consensual del derecho internacional». Aunque la mayoría de los miembros destacaron la necesidad de aclarar un concepto difícil y complejo, algunos recordaron el escepticismo expresado por los Estados Miembros con respecto al tema del *ius cogens*.

163. Si bien, en general, se apoyó la decisión del Relator Especial de tomar el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para determinar los criterios relativos al *ius cogens*, se recordó que el concepto de *ius cogens* podía no abarcar todos los aspectos que la Comisión debía examinar. Se señaló que el tema se remontaba a siglos antes de la Convención de Viena de 1969, como el propio Relator Especial había confirmado en su primer informe. También se dijo que la Comisión debería reevaluar de manera crítica si deseaba basar los criterios para la determinación de las normas que habían alcanzado carácter imperativo en el derecho internacional únicamente en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, ya que ello supondría adoptar una concepción del *ius cogens* firmemente basada en el consentimiento, cuando uno de los propósitos del *ius cogens* era precisamente fijar límites a lo que los Estados podían consentir o decidir no aplicar. Asimismo, se observó que, además de al derecho de los tratados, las normas de *ius cogens* se aplicaban a instrumentos no convencionales y a otras ramas del derecho, como el derecho sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

164. Se convino en el argumento del Relator Especial de que el derecho internacional consuetudinario era la base más común para la formación de las normas de *ius cogens*, mientras que hubo cierta discrepancia respecto de

la opinión del Relator Especial de que las normas convencionales no debían considerarse, como tales, fuente ni base de las normas de *ius cogens*. También se señaló que, para que una norma fuera de *ius cogens*, debía haberse desarrollado en grado suficiente en las tres fuentes del derecho, a saber, la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho.

165. Si bien la mayoría de los miembros convinieron con el Relator Especial en que el elemento de modificación mencionado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no podía ser un criterio, algunos expresaron su desacuerdo a ese respecto. También se afirmó que la primera oración del artículo 53 debía insertarse como criterio.

166. Varios miembros apoyaron los criterios propuestos por el Relator Especial para la identificación del *ius cogens*. Algunos miembros estimaron que las características recogidas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 (los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicación universal) constituían elementos básicos evidentes y pidieron que se incluyeran entre los criterios de identificación. Se afirmó que era necesario recoger el carácter de *ius cogens* como protector de los valores fundamentales entre los criterios de identificación. En cambio, según otra opinión, esas características podían abordarse en el comentario. También se señaló que el informe no contenía ejemplos concretos sobre la formación e identificación del *ius cogens*. No obstante, otros miembros se mostraron satisfechos por la cantidad de práctica identificada para apoyar las conclusiones del Relator Especial.

167. Muchos miembros compartieron la opinión del Relator Especial sobre la importancia de los valores fundamentales y señalaron, por ejemplo, que el *ius cogens* era «una forma de defender “los valores fundamentales de la comunidad internacional”», valores que debían respetarse en todo momento; que el *ius cogens* se derivaba del fundamento constitucional de la comunidad internacional, que tenía «valores comunes básicos»; que el carácter imperativo de una norma de *ius cogens* dimanaba de su aceptación como reflejo de valores fundamentales; o que las opiniones del Relator Especial eran coherentes con la posición anteriormente adoptada por la Comisión en su labor sobre el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y la fragmentación del derecho internacional.

168. Otros miembros dijeron que era necesario aclarar el sentido de la expresión «valores fundamentales», y que el concepto aún no había sido aceptado claramente por las cortes y tribunales nacionales e internacionales de índole general, sin opiniones en contra. También se observó que el derecho internacional estaba anclado en una multiplicidad de sistemas de valores y que no había, en principio, valores uniformes en la comunidad internacional. Algunos miembros pidieron una definición de los valores fundamentales en el derecho internacional y señalaron que el Relator Especial no debía hablar indistintamente de «proteger» y «reflejar» los valores fundamentales del derecho internacional. Se dijo, en particular, que era preferible utilizar tanto «proteger» como «reflejar» al referirse a los valores fundamentales.

169. Se apoyó la inclusión de la relación entre los valores fundamentales y el *ius cogens* como la característica distintiva de las normas de *ius cogens* en el derecho internacional.

170. La mayoría de los miembros suscribieron el enfoque del Relator Especial en relación con el derecho internacional general como primer criterio. Algunos cuestionaron la ausencia de una definición del concepto de «derecho internacional general» en su informe. Se observó que la referencia a la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* era más una consecuencia que una característica de una norma de *ius cogens* y que la cuestión de la jerarquía planteaba cuestiones importantes sobre los «efectos de la jerarquía» en las fuentes del derecho internacional, como los principios generales y el derecho internacional consuetudinario. También se observó que el primer criterio era solo una condición previa para la existencia del *ius cogens* y que, por tanto, no tenía que reflejar todas las características del *ius cogens*.

171. Otros miembros recordaron además que la doctrina no era unánime sobre el concepto. También se dijo que la referencia al estudio sobre la fragmentación del derecho internacional⁷⁸⁷ era insuficiente, ya que ese estudio no se pronunciaba sobre una definición del derecho internacional general. Asimismo, se planteó la cuestión de si podía considerarse que las normas de los regímenes especializados, como las normas del derecho internacional humanitario, formaban parte del *ius cogens*.

172. En cuanto a las bases del *ius cogens*, varios miembros estuvieron de acuerdo en que el derecho internacional consuetudinario era la base más común. Se señaló que las normas internacionales podían emanar de los tratados y de otras fuentes distintas de las enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como resoluciones de organizaciones internacionales. Se expresó cierta preocupación por el hecho de que el Relator Especial distinguiera entre derecho internacional general y *lex specialis*, que se consideraba que podía contribuir al derecho internacional general.

173. Hubo divergencia de opiniones con respecto a la función de los principios generales del derecho. Si bien muchos miembros aceptaban que los principios generales podían ser la base del *ius cogens*, otros recordaron que la falta de un entendimiento común de los principios generales del derecho⁷⁸⁸ había llevado a los miembros de la Comisión a dejar de lado dichos principios cuando se redactó el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y señalaron que, por consiguiente, la Comisión debía evitar toda referencia a los principios generales en su examen del *ius cogens*. Algunos miembros también plantearon si la práctica de los Estados respaldaba el carácter de los principios generales del derecho como base del *ius cogens*.

⁷⁸⁷ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión elaborado por Martti Koskenniemi sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, conclusión 20: «Aplicación de la costumbre y los principios generales del derecho». El informe está disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58º período de sesiones, y el texto definitivo se publicará como una adición del Anuario... 2006, vol. II (primera parte).

⁷⁸⁸ Anuario... 1963, vol. I, 684ª sesión, 21 de mayo de 1963, párr. 51.

y pidieron ejemplos de ello. También se dijo que, si bien los principios generales del derecho podían convertirse en una norma de *ius cogens*, no todos los principios generales del derecho tenían la condición de *ius cogens*.

174. Una de las razones aducidas por algunos miembros para oponerse a la inclusión de los principios generales del derecho era que, por definición, se trataba de principios de derecho interno. A ese respecto, se observó que, una vez que esos principios de derecho interno eran reconocidos como principios generales en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dejaban de ser simples principios de derecho interno. Se señaló además que los principios generales del derecho eran una fuente de derecho internacional.

175. Mientras que algunos miembros entendían que las normas de *ius cogens* existían independientemente de la voluntad y determinación del Estado y formaban parte del derecho natural, y alentaron al Relator Especial a seguir analizando la naturaleza del *ius cogens*, otros estuvieron de acuerdo con el planteamiento del Relator Especial de no entrar en el debate sobre la distinción entre «derecho natural» y «derecho positivo» como origen del concepto y respaldaron el enfoque de que este se abordara como se reflejaba en la práctica estatal y judicial y la doctrina.

176. Algunos miembros apoyaron el enfoque de dos etapas en que se había basado el Relator Especial para demostrar la existencia de una norma de derecho internacional general, o sea, el proceso por el cual una norma de derecho internacional consuetudinario «normal» adquiriría la categoría de norma de *ius cogens* en el derecho internacional general, y otros lo consideraron un instrumento analítico útil. Sin embargo, varios miembros señalaron que la formación del *ius cogens* no pasaba necesariamente por esas dos etapas en la práctica. Se señaló que, en algunos casos, la formación del *ius cogens* no comportaba dos etapas distintas, incluso si a veces esas etapas eran claramente discernibles. También se dijo que debían tenerse en cuenta otros criterios; por ejemplo, que la norma en cuestión debía ser de derecho internacional general, que debía ser inderogable y que solo podía ser modificada por una norma ulterior.

177. En cuanto al segundo criterio, varios miembros expresaron su desacuerdo con la opinión del Relator Especial de que la inderogabilidad no era un criterio para la identificación del *ius cogens*, sino una consecuencia de su existencia. Recordaron que el concepto de inderogabilidad determinaba qué normas se inscribían en la categoría de *ius cogens* y no se trataba simplemente de una consecuencia, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. También se dijo que una norma que, *de facto*, fuera infringida sistemáticamente por un número considerable de Estados no alcanzaría la condición de *ius cogens*, aun cuando esos Estados afirmaran otra cosa.

178. Con respecto a la jurisprudencia de las cortes y tribunales, si bien se subrayó que el Relator Especial había documentado debidamente la práctica judicial de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales, también se señaló que normalmente los tribunales solo hablaban de normas de *ius cogens*, sin explicar qué

entendían por «derecho internacional general», «superioridad jerárquica», «valores fundamentales», «aceptación y reconocimiento» y «comunidad internacional en su conjunto». Se dijo que los tribunales internacionales parecían haber despojado al concepto de *ius cogens* de su elemento determinante, es decir, su superioridad jerárquica sobre todas las demás normas. Según otro punto de vista, era incorrecto afirmar que las decisiones de las cortes y tribunales eran prueba de *ius cogens* porque existían como medio auxiliar para identificar las normas de *ius cogens*.

179. Varios miembros expresaron preocupación en relación con el examen del *ius cogens* regional y su aplicabilidad universal. Ante la falta de una indicación clara del Relator Especial de su intención de estudiar la posible no universalidad del *ius cogens*, se sugirió que por el momento no se adoptara ninguna decisión con respecto a si esas normas formaban parte del ámbito de aplicación del tema. También se quiso saber si debía entenderse que la «aplicación universal» se refería a «todos los Estados» o a «todos los sujetos de derecho internacional». Con arreglo a otra opinión, la afirmación de la aplicación universal reflejada en el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, era aceptable en el entendimiento de que la cuestión de la posibilidad del *ius cogens* regional se abordaría posteriormente.

180. Recordando los anteriores intentos de la Comisión de elaborar una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens*, la mayoría de los miembros se mostraron partidarios de preparar esa lista en el contexto del presente estudio. La lista podría incluir un anexo en el que se enumerasen normas «candidatas» a *ius cogens*. Otros, por el contrario, afirmaron que no convenía que la Comisión emprendiera la tarea de elaborar una lista ilustrativa porque ello llevaría un tiempo excesivo. En lugar de ello, se sugirió que la Comisión acordara la metodología para la identificación del *ius cogens* y las consecuencias.

b) *Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión*

i) *Observaciones generales sobre la estructura de los proyectos de conclusión*

181. Se hicieron diversas propuestas para combinar y simplificar los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe del Relator Especial con miras a que el Comité de Redacción las aceptara.

ii) *Proyecto de conclusión 4*

182. Si bien se expresó apoyo respecto del proyecto de conclusión 4, se cuestionó la exclusión de los valores fundamentales de los criterios normativos relativos al *ius cogens*, dado su carácter esencial. Así, se propuso incorporar el concepto como criterio normativo, manteniendo la terminología utilizada en los comentarios al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁸⁹, a saber, «intereses vitales de

⁷⁸⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

la comunidad internacional» y «carácter fundamental» de las normas imperativas, evitando así la expresión «valores fundamentales». También se sugirió que se estableciera un vínculo entre el proyecto de conclusión 4 y la descripción de los elementos que figuraba en los proyectos de conclusión 5 a 8. Se propuso además que el proyecto de conclusión 4 indicara, ya fuera mediante ajustes en el texto o una explicación en los comentarios, que la formación del *ius cogens* podía no seguir la secuencia sugerida reflejada. Otro miembro, que observó que ello podía dar lugar a una duplicación del proyecto de conclusión 3, párrafo 1, y, por tanto, tal vez no fuera realmente necesario, sugirió incluir el tercer criterio indicado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto de conclusión 4, ya fuera como apartado *c* o como parte del apartado *b*. También se propuso, por una parte, que la norma en cuestión fuera de derecho internacional general y, por otra, que se tuvieran en cuenta cuatro criterios: normas de derecho internacional general, aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional, inderogabilidad y modificación únicamente por una norma ulterior. Se sugirió fusionar los dos últimos criterios.

iii) Proyecto de conclusión 5

183. Se propuso cambiar el título del proyecto de conclusión 5 por «Fuente del derecho internacional general». Mientras que algunos miembros consideraban que era necesario fundamentar y justificar el proyecto de conclusión 5, otros insistieron en que las tres fuentes del derecho, es decir, la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho, eran igualmente importantes y debían recibir el mismo trato. Se sugirió además que el párrafo 1 debía afirmar claramente que las normas pertinentes eran vinculantes para todos los Estados, y se expresaron dudas en relación con el párrafo 3, habida cuenta de que los principios generales del derecho no eran, por naturaleza, imperativos.

iv) Proyecto de conclusión 6

184. Según otra opinión, el proyecto de conclusión 6 podía eliminarse porque se limitaba a reiterar la exigencia de la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto.

v) Proyecto de conclusión 7

185. Se cuestionó el uso del término «actitud» en el proyecto de conclusión 7, párrafo 1. Si bien se apoyó el enfoque adoptado en el párrafo 3, también se dijo que ese enfoque no era equilibrado, ya que solo requería un mínimo nivel de acuerdo de los Estados. Varios miembros eran partidarios de una fórmula que exigiera el consentimiento de prácticamente todos los Estados, o de la mayoría de ellos, a las normas de *ius cogens*, como «una mayoría muy amplia» o «sustancialmente todos los Estados». Otros sugirieron combinar los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 7 o suprimir el párrafo 2, ya que las normas de *ius cogens* eran aplicables universalmente.

vi) Proyecto de conclusión 8

186. Se propuso completar el proyecto de conclusión 8 sustituyendo las palabras del párrafo 2 «la norma en

cuestión es aceptada por los Estados» por «la norma en cuestión es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto». También se invitó al Relator Especial a que examinara la cuestión de la aquiescencia como forma de aceptación y reconocimiento y subsanara la falta de claridad del párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 sobre la cuestión, ya que reiteraba lo ya reflejado en los proyectos de conclusión 3, 4 y 6.

vii) Proyecto de conclusión 9

187. Se afirmó que se necesitaban materiales cualitativamente diferentes de los que constituían una prueba relativa al derecho internacional consuetudinario para demostrar que esas normas habían adquirido la condición de normas de *ius cogens*, a fin de evitar que estos «se computaran doble o triplemente». También se propuso incluir las constituciones nacionales como prueba e insertar un texto para dejar claro que la lista del párrafo 2 no era exhaustiva. Asimismo, se sugirió incluir como medio de prueba el cuarto requisito señalado por la Corte Internacional de Justicia⁷⁹⁰, es decir, la denuncia constante de un comportamiento en los foros internacionales y nacionales. Se propuso además, por una parte, que se aclarara si existía una diferencia cualitativa entre los materiales enumerados y, por otra, que en el párrafo 2 se indicara que las resoluciones debían ser aprobadas por los Estados partes de las organizaciones a las que se hacía referencia y se añadieran las palabras «por unanimidad». En opinión de otros, había que incluir una referencia a la modificación del *ius cogens*. También se sugirió modificar el párrafo 2 para que dijera «[I]os siguientes materiales pueden constituir prueba de la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto con respecto a la aceptación o el reconocimiento [...]», y mejorar el párrafo 3 diciendo que las decisiones de las cortes y tribunales «pueden servir de medio auxiliar para determinar que una norma es *ius cogens*».

viii) Título del tema

188. Se apoyó la idea de cambiar el título del tema y se propusieron, entre otros, «Normas imperativas (*ius cogens*)», «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)», «El *ius cogens* en el derecho de los tratados», «El *ius cogens* en el derecho internacional» y «El *ius cogens* en el derecho internacional general».

ix) Labor futura

189. Si bien, en general, se respaldó el plan de trabajo futuro sobre el tema expuesto por el Relator Especial, se sugirió que las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado no se abordaran únicamente en el contexto de los «efectos», sino también desde la perspectiva de toda la categorización del *ius cogens*, es decir, la definición, los criterios y el contenido y las consecuencias. También se destacó la necesidad de desarrollar un concepto integrado de *ius cogens* que abarcara tanto el derecho de los tratados como la responsabilidad del Estado.

⁷⁹⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

3. OBSERVACIONES FINALES DEL RELATOR ESPECIAL

190. El Relator Especial hizo una reseña de los comentarios y observaciones que se habían hecho durante el debate y reiteró que preferiría que los proyectos de conclusión siguieran en el Comité de Redacción hasta que se aprobara un conjunto completo.

191. El Relator Especial formuló observaciones sobre distintas cuestiones planteadas durante el debate, como la propuesta de que la Comisión se ocupara del *ius cogens* nacional, cuestión que, en su opinión, no debía examinarse: porque la Comisión había decidido basar su labor en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969; por la necesidad de examinar la práctica de una zona geográfica más amplia, que le había llevado a invitar a los miembros a que le remitieran los materiales que tuvieran a su disposición; por la necesidad de diversificar las fuentes de prueba; y por la sugerencia de que se refiriera a la práctica y las tradiciones de diversos grupos culturales.

192. En cuanto al vínculo entre la aplicabilidad universal y el *ius cogens* regional, el Relator Especial reiteró su opinión de que el *ius cogens* regional no era jurídicamente posible, por razones que abordaría en un futuro informe. Por el momento, consideraba que dicho estudio podría tener como resultado bien la inclusión de un proyecto de conclusión en el que se indicara: que las normas de *ius cogens* regionales eran posibles como excepción a la regla general, que las normas de *ius cogens* regionales no eran posibles de acuerdo con el derecho internacional, o simplemente que el proyecto de conclusiones se entendía «sin perjuicio» de la posible existencia de normas de *ius cogens* regionales; o bien la no inclusión de disposición alguna a ese respecto. El Relator Especial propuso además que, en un futuro informe, se determinara si la referencia a la aplicación universal se entendía con respecto a «todos los Estados» o a «todos los sujetos de derecho internacional».

193. Sobre la cuestión de la superioridad jerárquica con arreglo a la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, el Relator Especial señaló que los tribunales, en especial la Corte Internacional de Justicia, trataban de excluir de manera específica la cuestión de la jerarquía afirmando que las normas en cuestión no estaban en conflicto, por lo que la jerarquía entre ellas no se planteaba en absoluto. El Relator Especial también confirmó que discrepaba de la opinión de que la superioridad jerárquica era más una consecuencia que una característica.

194. El Relator Especial no suscribía las opiniones expresadas en relación con el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, remitido al Comité de Redacción en 2016, según las cuales la disposición parecía sugerir que las características del *ius cogens* no debían incluirse a menos que tuvieran una incidencia directa sobre los criterios y la identificación del *ius cogens*. Indicó que, por su naturaleza, los proyectos de conclusión eran una mezcla de conclusiones normativas y descriptivas sobre el estado del derecho, y que tenía la intención de explicar en el comentario que esas características podían ser pertinentes para evaluar los criterios relativos a las normas de *ius cogens* del derecho internacional.

195. En relación con la opinión expresada por algunos miembros de que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no debía ser la única base para el examen del tema, el Relator Especial recordó que el enfoque que había adoptado en sus dos informes, en particular respecto de los criterios relativos al *ius cogens*, no se basaba exclusivamente en el consentimiento. A su juicio, si bien el papel de los Estados era fundamental para el tema, ello no significaba que este se basara exclusivamente en la existencia de consentimiento.

196. El Relator Especial recordó que la mayoría de los miembros estuvieron de acuerdo con el enfoque en dos etapas, aunque algunos plantearon ciertas cuestiones al respecto. Recordó que el enfoque en dos etapas no debía equipararse a un cómputo doble o triple: en la primera etapa se buscaba la existencia del derecho, en la mayoría de los casos el derecho internacional consuetudinario. En la segunda etapa no importaba la condición de la norma en cuestión, sino su carácter imperativo.

197. El Relator Especial discrepaba de los argumentos a favor de incluir la modificación como criterio, recordando que la práctica judicial de los tribunales nacionales e internacionales se había centrado en las pruebas de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad. No obstante, aceptó la sugerencia, en el entendimiento de que la derogación y la modificación no se considerarían criterios independientes, sino parte de los criterios.

198. El Relator Especial recordó que la mayoría de los miembros, si no todos, habían aceptado el cambio propuesto con respecto al título del tema, de «*Ius cogens*» a «Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)».

199. Con respecto a las diversas propuestas de redacción de los miembros para simplificar los proyectos de conclusión, el Relator Especial insistió en la necesidad de tener en cuenta el objetivo de las diferentes disposiciones, e indicó que estaba dispuesto a reestructurar los proyectos de conclusión de acuerdo con las sugerencias hechas durante el debate en sesión plenaria.

200. El Relator Especial observó que, aunque la mayoría de los miembros se mostraban de acuerdo con la orientación general de su enfoque respecto del primer criterio, es decir, el concepto de derecho internacional general, se plantearon varias cuestiones sobre determinados aspectos, en particular sobre si las normas de derecho internacional humanitario no podían formar parte del *ius cogens*. A ese respecto, confirmó que el derecho internacional general no debía distinguirse de la *lex specialis* y que, en consecuencia, no debía excluirse la posibilidad de que el derecho internacional humanitario produjera normas de *ius cogens*.

201. En cuanto a la indicación de que las normas de derecho internacional general eran las que eran vinculantes para todos los Estados, el Relator Especial observó que el primer criterio era solo una condición previa para que existiera el *ius cogens* y que, por tanto, no tenía por qué reflejar todas las características del *ius cogens*.

202. El Relator Especial pasó a referirse a la disconformidad expresada por algunos miembros con la

conclusión del informe de que los tratados no podían formar parte del derecho internacional general; en su opinión, la Comisión debía ser prudente antes de concluir que los tratados, como tales, podían formar parte del derecho internacional general, en particular porque el proyecto de conclusión 5 no cerraba categóricamente la puerta a los argumentos formulados por los miembros. Señaló además que el proyecto de conclusión no se refería a la prueba, sino que pretendía ofrecer algunas conclusiones sobre las fuentes del derecho internacional y su relación con el *ius cogens*, y subrayó que las resoluciones y demás materiales no se incluían entre esas fuentes.

203. En cuanto a la sugerencia de que las tres fuentes—el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y el derecho de los tratados—debían desempeñar la misma función en relación con la identificación del *ius cogens* y debían coexistir para que hubiera una norma de *ius cogens*, el Relator Especial destacó que las propuestas no se correspondían con la práctica y la doctrina.

204. El Relator Especial también se refirió a las observaciones formuladas en relación con los principios generales del derecho, e insistió en que, a los efectos del *ius cogens*, bastaba solo con indicar la posibilidad de que los principios generales podían constituir la base de normas de *ius cogens*, posibilidad que no convenía excluir. Asimismo, recordó que la propuesta de proyecto de conclusión 5 era suficientemente flexible para dar a entender que era una mera posibilidad y que la práctica en ese sentido era mínima. Si el texto se aprobaba, ello también se aclararía en el comentario.

205. En referencia al proyecto de conclusión 6, el Relator Especial señaló que, si bien no había recibido críticas, varios miembros habían sugerido que podía integrarse en otras disposiciones, algo de lo que no era partidario porque el proyecto de conclusión servía para introducir el segundo criterio. Aunque el Relator Especial tampoco estaba a favor de suprimirlo, si el Comité de Redacción decidía hacerlo, indicaría en el comentario la orientación

estructural de los proyectos de conclusión relacionados con la identificación del *ius cogens*.

206. Se plantearon cuestiones en el contexto del proyecto de conclusión 7 sobre el sentido de la expresión «en su conjunto». A ese respecto, el Relator Especial señaló que, al igual que algunos miembros, consideraba que se pretendía transmitir una idea de colectividad. También subrayó que no estaba de acuerdo con la opinión de que la palabra «actitud» era inapropiada, ni con la sugerencia de que se requería una práctica acompañada de la *opinio iuris*. No obstante, era firme partidario de la propuesta de usar la palabra «convicción» y estaba dispuesto a mantener el término *very* que se había suprimido del párrafo 3 en la versión en inglés, aunque la expresión «una gran mayoría» no pretendía denotar una mayoría menos importante.

207. Con respecto al proyecto de conclusión 8, el Relator Especial invitó al Comité de Redacción a que sustituyera las palabras «aceptada por los Estados como norma inderogable» por «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma inderogable». No estaba de acuerdo con la observación de que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 no añadía mucho al tema.

208. El Relator Especial indicó, además, que aceptaba las propuestas de redacción relativas al proyecto de conclusión 9. Consideraba que las constituciones nacionales debían incluirse como posible prueba y que el Comité de Redacción podía considerar la posibilidad de introducir una referencia a la legislación nacional en el párrafo 2.

209. Sin entrar a comentar las observaciones formuladas en relación con la lista ilustrativa de normas, el Relator Especial señaló que la decisión que recomendaría se basaría en el contenido de los argumentos expuestos.

210. El Relator Especial reiteró que prefería que el Comité de Redacción finalizase su labor sobre todas las propuestas de proyectos de conclusión que se proponía presentar durante la primera lectura antes de remitirlas de nuevo al pleno de la Comisión.