Provisional

Para los participantes únicamente

25 de febrero de 2019
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones (segunda parte)

Acta resumida provisional de la 3425ª sesión

Celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el lunes 9 de julio de 2018, a las 15.00 horas

Sumario

Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens) (continuación)*

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

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 25 de febrero de 2019.

Las correcciones a la presente acta deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo. Deberán presentarse en forma de memorando y, además, incorporarse en un ejemplar del acta. Deberán enviarse, *dentro del plazo de dos semanas a partir de la fecha del presente documento*, a la Sección de Traducción al Inglés, oficina E.6040, Palacio de las Naciones, Ginebra (trad_sec_eng@unog.ch).

GE.18-11451 (S) 250219 250219

1811451

Se ruega reciclar

Presentes:

Presidente:	Sr. Valencia-Ospina
Miembros:	Sr. Argüello Gómez
	Sr. Cissé
	Sra. Escobar Hernández
	Sra. Galvão Teles
	Sr. Gómez Robledo
	Sr. Grossman Guiloff
	Sr. Hassouna
	Sr. Hmoud
	Sr. Huang
	Sr. Jalloh
	Sr. Laraba
	Sra. Lehto
	Sr. Murase
	Sr. Murphy
	Sr. Nguyen
	Sr. Nolte
	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
	Sr. Wako
	Sir Michael Wood
	Sr. Zagaynov

Secretaría:

Sr. Llewellyn	Secretario de la Comisión

Se declara abierta la sesión a las 15.05 horas.

Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*
(tema 9 del programa) *(continuación)* (A/CN.4/714 y A/CN.4/714/Corr.1)

El Sr. Tladi (Relator Especial), resumiendo el debate sobre su tercer informe, dice que en primer lugar desea abordar la preocupación por los métodos de trabajo expresada por el Sr. Nolte y compartida por el Sr. Rajput, el Sr. Grossman Guiloff y el Sr. Murase. La ausencia de comentarios no tiene nada que ver con una falta de esfuerzo por su parte, como parece indicar el Sr. Rajput en su declaración. El orador suscribe todo lo que ha dicho el Sr. Hmoud, pero desea señalar que el método de trabajo particular sobre el tema se propuso durante su recapitulación del debate sobre su primer informe como solución de avenencia en respuesta a las preocupaciones expresadas por el Sr. Nolte, el Sr. Murphy, Sir Michael Wood y otros, que cuestionaban la propuesta contenida en ese informe de que la Comisión adoptara un enfoque fluido, aprobando algunas conclusiones pero ajustándolas a medida que avanzaban los trabajos. El método de trabajo actual no se habría adoptado de no ser por las preocupaciones específicas expresadas. El orador señala que cuando se propuso la solución de compromiso, el Sr. Nolte no expresó ninguna reserva.

El tema siempre se ha examinado en la segunda parte del período de sesiones anual de la Comisión. En ningún caso habría sido posible, en el tiempo que queda una vez que concluye la labor del Comité de Redacción, preparar comentarios, presentarlos para su edición y traducción y tenerlos listos para su aprobación por la Comisión. Hacerlo el año siguiente solo resultaría confuso para los Estados. Si, en 2019, el tema se examina en la primera parte del período de sesiones, se elaborará un conjunto completo de comentarios para su examen por la Comisión.

En general, con algunas salvedades expresadas en términos contundentes, los miembros de la Comisión han apoyado el enfoque del orador y el proyecto de conclusiones propuesto. Este acoge favorablemente la propuesta del Sr. Ouazzani Chahdi de incluir una bibliografía. En cuanto a los términos empleados, coincide con otros miembros en que hace falta mantener la coherencia. El Sr. Vázquez-Bermúdez y Sir Michael Wood han cuestionado el uso de los términos “efectos” y “consecuencias” y el orador no tiene incoveniente en optar por el primero. También está de acuerdo con los miembros que han dicho que la palabra *“void”* es más apropiada que *“invalid”* en la versión en inglés del proyecto de conclusión 11.

Muchos miembros han subrayado la importancia del tema. La Sra. Escobar Hernández se ha referido a los efectos que las normas de *ius cogens* pueden tener en el ordenamiento jurídico. Algunos miembros, en particular el Sr. Peter, han destacado el inmenso poder del concepto como instrumento de cambio social, mientras que otros, entre ellos Sir Michael Wood, han insistido en que podría plantear un grave riesgo si no va acompañado de salvaguardias apropiadas y responsables.

El Presidente, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, ha señalado que el informe del Relator Especial no aporta nada nuevo. Si bien la novedad puede ser apropiada en el mundo académico, el tema se ha incluido en el programa de trabajo de la Comisión en el claro entendimiento de que el objetivo no es elaborar nuevas normas, sino hacer que las normas existentes sean más accesibles y comprensibles, entre otros para las cortes y tribunales nacionales, que se ven obligados a aplicar con mayor frecuencia las normas de derecho internacional, incluidas las normas imperativas. El Presidente ha cuestionado la lógica del proyecto de conclusión 15 y ha afirmado que ninguno de los informes explica qué hace que las normas de *ius cogens* sean diferentes de las normas de derecho internacional consuetudinario ordinario. Si bien ese no es el objetivo del tercer informe, el segundo informe aclaró esa distinción. El proyecto de conclusión 5, aprobado sobre la base del segundo informe, ha determinado la relación entre el *ius cogens* y otras normas de derecho internacional consuetudinario, mientras que el proyecto de conclusión 4 establece los requisitos para constituir *ius cogens*, que difieren de los del derecho internacional consuetudinario en que una norma de *ius cogens* ha de ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma inderogable. Si, con todo, esa distinción se considera insuficiente, los miembros de la Comisión deben decirlo, pero es un error afirmar que la distinción no es evidente.

El Presidente también ha señalado que hay cierta incoherencia en el informe y han cuestionado la necesidad de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en caso de violación de normas de *ius cogens* si, en cualquier caso, esas normas tienen precedencia sobre otras normas de derecho internacional consuetudinario. Esa afirmación supone que existe un conflicto directo entre las normas relativas a la inmunidad y las normas sustantivas de *ius cogens* relativas a la prohibición de los "crímenes de *ius cogens*", expresión que la Sra. Escobar Hernández y Sir Michael Wood han considerado dudosa. No obstante, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia tumbó esa hipótesis, por lo que se requiere una justificación adicional.

El Sr. Murase ha destacado la necesidad de examinar la definición y la naturaleza del *ius cogens* desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado. Esa opinión explica gran parte de su argumento, en particular su afirmación de que el proyecto de conclusiones se basa en la confusión. La mayoría de los miembros de la Comisión, incluido el propio orador, no creen que exista una definición del *ius cogens* diferente para cada rama del derecho internacional.

Con respecto a la estructura del informe, el orador está de acuerdo con el Sr. Ruda Santolaria y el Sr. Peter en que habría sido útil que se hiciera un resumen al final de cada sección. El orador ha estructurado cada uno de sus tres informes de manera diferente con la esperanza de facilitar su lectura, y seguirá estudiando la manera de lograrlo.

A pesar del profundo desacuerdo del Sr. Zagaynov con el enfoque adoptado en el tercer informe y algunos de los proyectos de conclusión, el orador aprecia enormemente el carácter constructivo y respetuoso de sus críticas. Ha subrayado acertadamente la escasez de práctica en materia de *ius cogens*, que es particularmente grave en lo que respecta a las consecuencias. Aunque supone un obstáculo, el problema no es insuperable y no significa que la Comisión deba adoptar un enfoque conservador, como ha sugerido el Sr. Zagaynov. Tanto si la práctica es abundante como si es escasa, la función de la Comisión debe ser evaluarla correctamente, junto con las demás fuentes en las que suele basarse, a fin de lograr una descripción lo más precisa posible del derecho internacional. Como han señalado el Sr. Saboia, el Sr. Hmoud, el Sr. Šturma y otros, el tercer informe hace tal cosa. En su calidad de Relator Especial, el orador no adoptará un enfoque conservador ni liberal, y la Comisión tampoco debería hacerlo.

La principal preocupación a la que la reorganización del material propuesta por el Sr. Murphy trata de dar respuesta parece ser que la estructura y el texto del proyecto de conclusiones menoscaban los requisitos procesales establecidos en los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 hasta el punto de ignorarlos por completo. No obstante, a juicio del orador, con la ubicación del proyecto de conclusión 14 se pretende indicar que este abarca todos los proyectos de conclusión anteriores y no resta importancia al procedimiento que describe. La sugerencia del Sr. Murphy perturbaría la lógica convincente de la estructura actual. Del mismo modo, el orador no desea que los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 10 se separen. Aunque se refieren a diferentes mecanismos por los que un tratado puede llegar a ser nulo, la consecuencia última es la misma. El Sr. Murphy parece estar dando demasiada importancia a la estructura de la Convención de Viena de 1969, que trata mucho más que las consecuencias de las normas imperativas. Incluso si la parte V de la Convención se redactó teniendo en cuenta únicamente el *ius cogens*, la nulidad puede derivarse tanto del artículo 53 como del artículo 64. Las propuestas del Sr. Murphy parecen estar más relacionadas con la forma en que se determinan esas consecuencias que con las consecuencias en sí. Ni siquiera los miembros de la Comisión que se han hecho eco de algunas de las duras críticas del Sr. Murphy a otros aspectos del informe han apoyado sus propuestas estructurales. Salvo por algunos cambios de menor importancia, el orador preferiría sin dudarlo, en su calidad de Relator Especial, no adoptar la compleja y muy drástica reorganización propuesta.

Varios miembros han hablado de la falta de seguridad en torno al sentido del término "conflicto". Como ha señalado el Sr. Park, la cuestión está inextricablemente vinculada a la cuestión del procedimiento y sería útil abordarla en el comentario, en lugar de en el texto del proyecto de conclusiones. En última instancia, la determinación de la

existencia de un conflicto no puede basarse en consideraciones abstractas, sino que depende del texto de cada tratado y del contenido de la norma de *ius cogens* en cuestión.

El Sr. Ouazzani Chahdi se ha opuesto a la referencia que se hace en el informe a los asuntos sustanciados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con los acuerdos entre la Unión Europea y Marruecos. Si bien es cierto que los asuntos se referían a decisiones del Consejo Europeo, las sentencias y la interpretación del Tribunal de Justicia se basaron en los acuerdos en cuestión y se referían a su nulidad e interpretación, por lo que eran sentencias pertinentes.

Varios miembros han preguntado por qué no se han tratado los principios generales del derecho internacional. Al igual que al Sr. Nolte, al orador le resulta difícil imaginar principios generales del derecho que entren en conflicto con normas de *ius cogens*. Dicho esto, aunque el informe deja claro que se da la misma situación en el caso de los tratados, las resoluciones de organizaciones internacionales y el derecho internacional consuetudinario, en el proyecto de conclusiones se prevén otras normas. Por lo tanto, el orador está de acuerdo con la mayoría de los miembros, que opinan que los principios generales no deben excluirse.

La mayor parte de los miembros han convenido en que el proyecto de conclusión 10 se basa en la Convención de Viena de 1969. El Sr. Park ha hecho una comparación interesante y útil entre los textos de varios de los proyectos de conclusión, incluidos los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 10, y la Convención, afirmando que no es necesario debatir más al respecto. El Sr. Šturma ha considerado que las disposiciones del proyecto de conclusión 10 son apropiadas porque se derivan de los artículos pertinentes de la Convención. El Sr. Nolte se ha mostrado más conservador al afirmar que el proyecto de artículo 10 es un buen punto de partida.

Los miembros han observado que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, relativo a la interpretación, es diferente, ya que no aparece en la Convención de Viena de 1969. No obstante, la mayoría de los miembros han apoyado su contenido. Según el Sr. Šturma, permitirá resolver la mayoría de los problemas que se plantean en relación con el *ius cogens*. El Sr. Rajput ha apoyado la justificación del texto, pero le preocupa su redacción, aunque se desconoce la naturaleza exacta de sus preocupaciones. La propuesta de emplear una doble negación es susceptible de recargar el texto, pero podría ser estudiada por el Comité de Redacción. El orador está de acuerdo con la opinión expresada por muchos miembros de que el párrafo 3 debe aplicarse también a las demás fuentes del derecho internacional. Preferiría un único proyecto de conclusión aplicable a todas las fuentes.

Si bien el Sr. Saboia no se ha opuesto al párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, ha advertido de que, si se le exige demasiado, puede producir resultados imprevistos, y que no se debe considerar que la Comisión socava el carácter imperativo del *ius cogens*. Aunque apoya el párrafo, la Sra. Lehto cree que habría que evitar que se utilice para restar eficacia al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. El Sr. Park ha hecho una advertencia similar y ha señalado que ese enfoque puede propiciar un uso indebido. Ha señalado que los tratados en conflicto con el *ius cogens* nunca se anularían, sino que se interpretarían de manera que fueran compatibles con las normas de *ius cogens*, lo que, según el Sr. Park y el Sr. Saboia, no es bueno. En opinión de estos, la regla de la interpretación compatible no debe basarse, como se indica en el informe, en el principio *pacta sunt servanda*. El Sr. Park ha afirmado que, casi por definición, el concepto de *ius cogens* niega ese principio cuando las normas derivadas de tratados son contrarias a normas superiores, y que es más apropiado afirmar que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10 se basa en el principio de buena fe. En efecto, la buena fe es fundamental para la regla de la interpretación compatible; no obstante, esa regla no exige que se busque una interpretación contraria al texto del tratado solo para evitar la nulidad. El principio se aplica en el contexto de la interpretación del tratado. Así queda reflejado en el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10 con la expresión “en la medida de lo posible”. Como ha señalado el Sr. Hassouna, la exigencia de interpretar los tratados de manera compatible con el *ius cogens* no es una licencia para incumplir las reglas de interpretación de los tratados.

Para responder a la cuestión planteada por el Sr. Park, en el comentario se tendrá que dar a entender que la disposición se basa no solo en el principio *pacta sunt servanda*, sino también en la necesidad de coherencia en la interpretación; no obstante, el principio *pacta sunt servanda* es un elemento importante en el que se basan tanto esa coherencia como el enfoque integracionista de la interpretación de los tratados. El objetivo del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969 es evitar, en la medida de lo posible, todo conflicto entre las normas de derecho internacional, incluidas las normas que dimanan del principio *pacta sunt servanda* y las de rango superior. Cuando sea posible, de buena fe, interpretar un tratado recurriendo a todos los medios de interpretación, incluido el artículo 31, párrafo 3, y lograr un resultado compatible con el *ius cogens*, ello siempre será preferible a la anulación del tratado. Como explica el Sr. Vázquez-Bermúdez, esa es la esencia de la integración sistémica en la interpretación de los tratados.

El Sr. Park ha preguntado por el significado de "en la medida de lo posible". Como Relator Especial, el orador está de acuerdo con la Sra. Lehto y la Sra. Escobar Hernández en que en el comentario se podrá explicar el sentido de la expresión, es decir, que esa interpretación no debe ir más allá de los límites establecidos por las reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena. Además, el Sr. Zagaynov ha expresado escepticismo con respecto al inicio del texto, ya que el proyecto actual parece establecer una nueva regla de interpretación de los tratados. Ha señalado que el texto que figura en el propio informe, que se basa expresamente en el artículo 31, párrafo 3 c), podría reflejar mejor la conexión orgánica inseparable entre la disposición propuesta y otros elementos existentes de las reglas de interpretación de los tratados internacionales. Si el Comité de Redacción tiene en cuenta esa propuesta, también podría atender las preocupaciones del Sr. Saboia y el Sr. Park. El orador no cree que el texto actual proponga una nueva regla de interpretación: simplemente establece lo que puede observarse en la práctica, que es una aplicación de la regla existente del artículo 31, párrafo 3 c), a las situaciones en que interviene el *ius cogens*. No obstante, la propuesta del Sr. Zagaynov le parece aceptable.

Si bien los miembros de la Comisión están de acuerdo en general con los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 10, ha habido algunos debates y propuestas al respecto. El Sr. Zagaynov ha sugerido que se haga una declaración general en el sentido de que los Estados no deben celebrar tratados que entren en conflicto con normas de *ius cogens*. El orador sin duda comparte esa idea, pero duda de que deba expresarse en el propio texto. Tal vez sea preferible reflejarla en el comentario.

El Sr. Nolte ha expresado dudas sobre la segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 10, pero no ha explicado a qué se deben, y el Sr. Cissé ha dicho que la oración es superflua. El Sr. Murphy y muchos otros han expresado la opinión de que no tiene cabida en el proyecto de conclusión 10, ya que se refiere a las consecuencias. No obstante, la nulidad de un tratado es una consecuencia del *ius cogens* en la misma medida que el hecho de que dicho tratado no cree derechos ni obligaciones, que es la premisa en que se basa el Sr. Nguyen al afirmar que la segunda oración es consecuencia de la primera. No obstante, el orador no se opone a la propuesta del Sr. Murphy de trasladar la segunda oración al proyecto de conclusión 12. Los mismos argumentos son pertinentes con respecto a la segunda oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 10.

El proyecto de conclusión 11 ha tenido una buena acogida general. El Sr. Ruda Santolaria ha valorado especialmente la distinción entre la nulidad *ab initio* y el *ius cogens superveniens*. Incluso el Sr. Murphy, en su intervención, que ha sido crítica con casi todos los aspectos del proyecto de conclusiones propuesto, ha señalado que no tenía objeciones al proyecto de conclusión 11, aparte de las preocupaciones estructurales ya abordadas. Aunque el Sr. Zagaynov no se ha opuesto al contenido del proyecto de conclusión, ha propuesto que, en la versión en inglés, se utilice la palabra *"void"* en lugar de *"invalid"*. El Sr. Nguyen ha sugerido algunas modificaciones en el texto, como cambiar *"may be"* por *"is"* o *"shall be"* en el texto en inglés. No obstante, en su versión actual, el texto responde mejor a la petición del Sr. Nguyen en favor de la prohibición absoluta de la divisibilidad. El orador no se opone a las demás enmiendas de texto propuestas por el Sr. Nguyen si se llega a un acuerdo en el Comité de Redacción.

El Sr. Park ha planteado preocupaciones más graves, no directamente relacionadas con el proyecto de conclusión 11 en sí, sino en el sentido de que, si esa disposición no

aclara cómo se forman las normas de *ius cogens*, puede dar lugar a controversias sobre el momento de su establecimiento. Es posible que se planteen numerosas controversias, pero se puede recurrir al proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción sobre la identificación de las normas de *ius cogens* para resolverlas. Un Estado que alegue que una norma de *ius cogens* ha surgido antes de una fecha determinada tendrá que demostrar que en dicha fecha esa norma cumplía los requisitos establecidos por el Comité de Redacción en 2017. Si bien el problema planteado por el Sr. Park es real, existen instrumentos para resolverlo.

El Sr. Nolte ha apoyado el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11, salvo sus apartados b) y c). El Sr. Cissé, por otra parte, ha señalado que los apartados a) y b) son suficientes y que el apartado c) es poco claro y causa confusión. En cuanto al orador, no cree que los apartados b) y c) se refieran a las mismas cuestiones que el apartado a), como indica el Sr. Nolte, ni que el apartado c) sea confuso, como dice el Sr. Cissé; más importante aún: a menos que haya razones concretas para no hacerlo, cree que la Comisión debería ceñirse lo más posible a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

El Sr. Nolte ha planteado una cuestión más fundamental en relación con el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11: no está convencido de que la indivisibilidad absoluta sea aplicable cuando un tratado entre en conflicto con una norma de *ius cogens* existente. Esa cuestión también ha sido planteada por el Sr. Rajput, que ha dicho que no le convence el razonamiento seguido por la Comisión en 1966 y considera que sería mejor utilizar la formulación de la Convención de Viena de 1969. En ese sentido, el Sr. Hmoud ha afirmado que, si bien no suscribe necesariamente la distinción que hace la Convención entre las situaciones que se plantean en los artículos 53 y 64 a los efectos de la divisibilidad, esa distinción debe mantenerse.

Como Relator Especial, la intención inicial del orador era cuestionar el contenido del enfoque de indivisibilidad adoptado en la Convención de Viena de 1969, pero no ha encontrado razones de suficiente peso para apartarse de la clara formulación que se emplea en dicho instrumento. La resolución 33/28 A de la Asamblea General sobre los Acuerdos de Camp David, mencionada por el Sr. Nolte y citada en el tercer informe, proporciona alguna justificación, pero no es suficiente, en particular teniendo en cuenta la afirmación del Sr. Nolte sobre la falta de práctica en materia de inmunidad. Sin una base jurídica coherente en la práctica de los Estados, será difícil apartarse de las disposiciones de la Convención, a pesar de las preocupaciones expresadas por el Sr. Rajput y el Sr. Hmoud —que el orador comparte— sobre el enfoque adoptado por la Comisión y los Estados en ese instrumento.

El Sr. Nguyen ha planteado algunas cuestiones interesantes sobre el establecimiento de límites que sean incompatibles con normas de *ius cogens*, pero puede decirse que esas cuestiones no se refieren a la divisibilidad y no deben abordarse invocando un cambio fundamental de las circunstancias. El *ius cogens* tiene sus propias consecuencias, con independencia del principio *rebus sic stantibus*, y todo intento de trazar paralelismos podría prestarse a confusión. El Sr. Peter ha mencionado algunas de las deficiencias del principio *rebus sic stantibus*, entre ellas que podría no ser aplicable al *ius cogens*.

El proyecto de conclusión 12 ha suscitado pocas observaciones y ha recibido un amplio apoyo. Al igual que con otros proyectos de conclusión, los miembros, entre ellos el Sr. Šturma y el Sr. Zagaynov, han observado que, en términos generales, retoma la Convención de Viena de 1969. El Sr. Nguyen ha propuesto algunas enmiendas de texto que podrían estudiarse en el Comité de Redacción. Algunas de ellas, apoyadas por otros miembros, son que el texto siga más de cerca la formulación de la Convención de Viena de 1969, entre otras cosas retomando las expresiones “ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa” y “en lo posible” para calificar la eliminación de las consecuencias. El Sr. Ouazzani Chahdi ha propuesto que se modifique el texto del proyecto de conclusión 12.

El Sr. Murphy, junto con el Sr. Huang, ha expresado preocupaciones fundamentales. El orador reconoce que los artículos 69 y 70 de la Convención de Viena de 1969 también son de aplicación a los tratados que son nulos a causa de un conflicto con normas de *ius cogens*; no obstante, la Comisión está tratando las consecuencias específicas del *ius cogens*, no intentando reescribir la Convención. Al igual que en el caso de la

responsabilidad del Estado, puede haber otras consecuencias, como la obligación de pagar una indemnización prevista en el artículo 36 de los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, pero nadie está afirmando en serio que, como también son de aplicación en caso de violación de normas de *ius cogens*, todos esos deberes deban incluirse en el proyecto de conclusiones, dado que no son consecuencias propias del *ius cogens*. Por lo tanto, al igual que el Sr. Jalloh, el orador tampoco apoya la propuesta del Sr. Murphy y el Sr. Huang a ese respecto.

El proyecto de conclusión 13 también ha sido generalmente aceptable para los miembros que han formulado observaciones al respecto. El Sr. Ruda Santolaria ha destacado acertadamente la posición del Comité de Derechos Humanos de que las reservas contrarias a normas de *ius cogens* no son compatibles con el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De hecho, así se señala en el tercer informe. No obstante, como se explica en el informe, esto es consecuencia de las normas sobre las reservas, y no del *ius cogens*. En el comentario obviamente se dirá algo sobre la cuestión.

El Sr. Nguyen y el Sr. Murphy han preguntado por qué se han omitido las palabras "entre el Estado o la organización autor de la reserva u otra organización". La razón es que la norma imperativa en cuestión sigue aplicándose en virtud del derecho internacional general. En el comentario se puede aclarar que también se aplica a la relación entre los Estados o las organizaciones autores de las reservas y otros Estados. El orador no se opondrá a la inclusión si así lo desea el Comité de Redacción.

El Sr. Zagaynov, por otra parte, ha propuesto que se incluya la salvedad, enunciada en el fallo de la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, de que la inclusión de una norma de *ius cogens* en un tratado no anulará todas las reservas a ese tratado. Esa aclaración ya se ha recogido en el informe y se incluirá en el comentario, ya sea a esa disposición o al proyecto de conclusión 14, en lugar de en el propio texto. El Sr. Murphy y el Sr. Nolte también han cuestionado la ubicación del proyecto de conclusión 13. Su posición actual podría dar a entender que el procedimiento del proyecto de conclusión 14 se aplica también a la cuestión de las reservas. Por esa razón, tal vez sea mejor que el proyecto de conclusión 13 aparezca después del actual proyecto de conclusión 14.

El proyecto de conclusión 14 ha recibido el apoyo de la mayoría de los miembros que han participado en el debate, que han opinado que un Estado en particular no debería tener que decidir por sí mismo sobre la nulidad de un tratado. Algunas de las propuestas de mejora han propugnado ampliar su alcance para incluir otros procedimientos amistosos, o destacar que la Corte Internacional de Justicia debe ser el último recurso. Dos miembros se han mostrado a favor de incluir todas las medidas previstas en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 y, a tal efecto, se ha propuesto insertar un primer párrafo en el proyecto de conclusión que rece como sigue:

"El Estado parte que alegue la nulidad de un tratado debido a un conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* deberá notificar a las demás partes su pretensión. Si otra parte formula una objeción, los Estados partes de que se trate negociarán de buena fe con miras a acordar una solución o un procedimiento apropiado para resolver la controversia. La parte que alegue la nulidad del tratado podrá hacer efectiva su pretensión respecto de cualquier parte que se oponga a ella después de que dicha nulidad se haya determinado según lo acordado por ellas."

Si bien no se opone a esa propuesta, que parece haber recibido mucho apoyo, el orador desea dar su opinión con respecto a algunas cuestiones sustantivas. En primer lugar, la última oración no procede del artículo 65. Por lo tanto, sería interesante saber por qué se ha incluido y con qué fundamento. En cualquier caso, podría ser útil examinarla brevemente en el Comité de Redacción. En segundo lugar, el texto de la propuesta se basa en posiciones relativas a otros procedimientos de solución de controversias propugnados por muchos miembros. El Comité de Redacción tendría que estudiar si las "negociaciones" encaminadas a resolver controversias relativas a si una norma entra en conflicto con una norma de *ius cogens* supeditan las consecuencias del *ius cogens* a acuerdos entre dos o más Estados. En otras palabras, lo que se debe examinar es si un tratado que entre en conflicto

con una norma de *ius cogens* puede eludir las consecuencias de ese conflicto cuando, mediante negociaciones, se hagan concesiones al Estado que formule la objeción, ya sea en relación con la aplicación del tratado o de otra índole. El orador coincide con la Sra. Lehto en que no es necesario abordar cuestiones procesales en el propio texto. Si la Comisión desea hacerlo, en los comentarios se puede aclarar que ese tipo de negociaciones no implican el derecho de los Estados a eludir normas de *ius cogens*.

El Sr. Reinisch y la Sra. Escobar Hernández han esgrimido argumentos muy convincentes para excluir el arbitraje, como el riesgo de fragmentación. El Sr. Grossman Guiloff ha señalado que el ordenamiento jurídico internacional tiene medios para hacer frente a esos posibles problemas. El orador, por su parte, se pregunta cómo se puede justificar una desviación de la Convención de Viena de 1969. Muchos miembros han observado acertadamente que no todos los Estados son partes en la Convención y que, incluso entre los Estados partes, el artículo 66 ha sido objeto de varias reservas. El Sr. Grossman Guiloff considera que el artículo 66 probablemente no es derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, el Sr. Park tiene razón al decir que no hay que imponer un procedimiento que algunos Estados han rechazado expresamente. El Sr. Zagaynov ha expresado esa preocupación de otro modo al dudar de que la disposición del proyecto de conclusión 14 sea aplicable a los Estados que no sean partes en la Convención de Viena de 1969. No obstante, el proyecto de conclusión 14 no pretende imponer nada a ningún Estado. En primer lugar, el propio título del proyecto de conclusión deja claro que el procedimiento solo es recomendado. En segundo lugar, en el texto del primer párrafo se afirma explícitamente que el procedimiento recomendado está sujeto a las normas jurisdiccionales de la Corte Internacional de Justicia. Por último, en el párrafo 2 se hace hincapié en la necesidad de obtener el consentimiento para el arreglo judicial. No obstante, el orador está de acuerdo en que debe ampliarse la gama de opciones para el arreglo de controversias.

El Sr. Zagaynov también ha preguntado si el procedimiento recomendado debe aplicarse a cualquier parte en una controversia referente a un posible conflicto entre una disposición de un tratado y una norma de *ius cogens*, o únicamente a las partes en el tratado. El orador cree que el proyecto de conclusión 14 no debe abordar esa cuestión porque, entre otras cosas, es solo una recomendación. En última instancia, además de las normas jurisdiccionales aplicables a la Corte Internacional de Justicia o cualquier otro procedimiento de arreglo de controversias, se plantearía la cuestión de la legitimación activa. Si un Estado está legitimado para ser parte en un asunto, no está claro por qué se le debe impedir buscar una solución a la controversia. Por ejemplo, si dos Estados celebran un acuerdo para utilizar la fuerza contra un tercer Estado, es difícil entender por qué se debe impedir que el tercer Estado, sobre el que pesa la amenaza de un ataque armado, recurra a un procedimiento de arreglo de controversias para determinar si ese acuerdo viola una norma de *ius cogens*, siempre que se cumplan los requisitos jurisdiccionales. Así se ha interpretado en dos asuntos recientes (*C-104/16 P* y *C-266/16*) sustanciados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los que el Frente Polisario, que no era parte en unos acuerdos entre la Unión Europea y Marruecos, impugnó la validez de dichos acuerdos.

Si bien aparentemente el Sr. Zagaynov prefiere suprimir el proyecto de conclusión 14, el Sr. Murphy parece estar a favor de reforzarlo, ya que, en su forma actual, se limita a recomendar un procedimiento que, de hecho, es jurídicamente vinculante para los Estados partes en la Convención de Viena de 1969. El orador no alcanza a entender dónde está el problema. Después de todo, para los Estados partes en la Convención, el procedimiento sigue siendo jurídicamente vinculante en virtud de la Convención y ningún abogado internacional razonable interpretará nunca el proyecto de conclusión 14 en el sentido de que los Estados partes en la Convención ya no están obligados por los procedimientos establecidos en la Convención en la que son partes. La alternativa, es decir, hacer que ese procedimiento sea vinculante para los Estados que no son partes en la Convención, sería enormemente problemática, en particular porque el proyecto de conclusiones no es vinculante. El orador no tiene inconveniente en aclarar que las partes en la Convención siguen estando obligadas por los procedimientos establecidos en ella, aunque es algo que puede abordarse en el comentario.

El Sr. Cissé, que no está a favor del segundo párrafo, ha propuesto una formulación que parece ir en contra de la esencia de ese párrafo y que podría adentrar a la Comisión en terrenos en los que no debe intervenir. Personalmente, el orador está más dispuesto a aceptar la propuesta de la Sra. Galvão Teles de reformular el segundo párrafo como una cláusula "sin perjuicio".

Aunque la mayoría de los miembros han mostrado su acuerdo con el proyecto de conclusión 15, dos han objetado al texto del primer párrafo. Lo que el texto pretende trasladar es que una norma de derecho internacional consuetudinario no surge si el contenido de esa posible norma entra en conflicto con normas de *ius cogens*. Con todo, el orador no se opondría a una formulación del tipo "una práctica general aceptada como derecho *(opinio iuris)* en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no da lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario" o "una norma de derecho internacional consuetudinario no surge si la práctica en la que se basa entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*".

El Sr. Zagaynov y el Sr. Park han planteado interrogantes sobre la doctrina del objetor persistente. En el informe se señala que la respuesta parece ser evidente. Una norma imperativa es cualitativamente diferente de una norma de derecho internacional consuetudinario normal y, por lo tanto, sus consecuencias son diferentes. Una de las diferencias cualitativas en las consecuencias es que la doctrina del objetor persistente no se aplica a las normas imperativas. Si bien el Sr. Zagaynov no parece negar la lógica de rechazar la objeción persistente en el caso de las normas imperativas, considera que es necesario vincular el efecto de la objeción durante la formación del derecho internacional consuetudinario con la inaplicabilidad de la objeción persistente una vez que una norma ha alcanzado la condición de *ius cogens*.

El argumento del Sr. Rajput de que es esencial dejar claro que la doctrina del objetor persistente es aplicable hasta el momento en que una norma se torna imperativa parece tener poco que ver con el tema, ya que se trata de una cuestión que se aborda claramente en el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Sir Michael Wood parece cuestionar el carácter de *lex lata* de la conclusión relativa a los objetores persistentes sin decir por qué, y señala que en el informe se afirma que no hay práctica a ese respecto, cuando en realidad en el párrafo 143 se citan tres casos.

El Sr. Murphy ha expresado preocupación por la cuestión conceptual de la modificación de una norma imperativa por una norma imperativa posterior. De hecho, no hay nada en el proyecto de conclusiones en su versión actual que excluya la posibilidad de que una nueva norma de *ius cogens* entre en conflicto con una norma anterior y la sustituya. No obstane, para que eso ocurra, esa norma no puede ser una norma de derecho internacional consuetudinario normal; tendrá que ser aceptada y reconocida como norma inderogable. La propuesta del Sr. Nolte de insertar la frase "que no tenga carácter de *ius cogens*" podría resolver el problema. En todo caso, se trata de una cuestión que incumbe al Comité de Redacción y que deberá abordarse en el comentario.

El Sr. Rajput ha sido el único miembro en cuestionar la exactitud del contenido del primer párrafo del proyecto de conclusión 15 y en afirmar que una norma de derecho internacional consuetudinario sin carácter imperativo puede surgir y aplicarse aunque sea incompatible con una norma imperativa. Ha basado esa asombrosa afirmación en un argumento relativo a la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger. De hecho, ninguno de esos conceptos constituyen una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, aunque por razones diferentes. Aunque las normas de *ius cogens* en cuestión a menudo se designan con la expresión "prohibición del uso de la fuerza", la Comisión utiliza la expresión "prohibición de la agresión", que abarca la norma primaria y las excepciones a esta. Así pues, la evolución de una nueva excepción tendría que formar parte de esa norma imperativa. En otras palabras, tendría que ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional, de manera que no se plantearía un conflicto con el *ius cogens*.

Se han hecho pocas observaciones sobre el proyecto de conclusión 16. Varios miembros han manifestado la opinión de que la expresión "actos unilaterales" debe

aclararse y limitarse a los actos unilaterales del Estado que puedan establecer obligaciones jurídicas. Así debe hacerse y las tres categorías de actos unilaterales mencionadas por el Sr. Murase también deben tenerse en cuenta en el proyecto de conclusiones.

Los miembros de la Comisión han apoyado en general el proyecto de conclusión 17. El Sr. Šturma está de acuerdo en que las normas imperativas sí tienen consecuencias para las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad, y ha propuesto algunos textos para que los examine el Comité de Redacción. El Sr. Vázquez-Bermúdez ha opinado que las resoluciones del Consejo de Seguridad no son en sí mismas fuentes del derecho y la Sra. Escobar Hernández ha considerado prudente tener en cuenta todos los instrumentos que puedan producir obligaciones jurídicas, aunque no sean fuentes del derecho. Varios miembros han considerado que deben incluirse otros instrumentos por los que se establecen obligaciones, y no solo las resoluciones vinculantes, y que han de tenerse en cuenta otras organizaciones internacionales. Tal vez el Comité de Redacción pueda examinar las diversas propuestas de texto.

Si bien algunos miembros han cuestionado la necesidad de una referencia específica al Consejo de Seguridad, otros han sostenido que esa referencia es apropiada. Ha habido un minidebate muy interesante a ese respecto. El orador tiende más a creer que, dado que el análisis de los efectos del *ius cogens* en los actos de organizaciones internacionales suele tener lugar en el contexto de debates sobre decisiones del Consejo de Seguridad, estas merecen especial atención debido a las facultades singulares que se atribuyen al Consejo en virtud del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. La afirmación del Sr. Huang de que los requisitos procesales son el único criterio para determinar la legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad no tiene en cuenta lo dispuesto en el Artículo 24 de la Carta. Además, como han señalado otros dos miembros, no está claro cómo es posible que la propia Carta esté sujeta al *ius cogens* si una entidad establecida por la Carta no lo está. En vista de las observaciones del Sr. Huang, es manifiestamente apropiado citar expresamente al Consejo de Seguridad en el texto del proyecto de conclusión. Solo tres miembros se han opuesto al proyecto de conclusión 17, uno de ellos por falta de práctica que lo sustente. A ese respecto, el orador remite a ese miembro a los párrafos 153 a 156 del informe. Las objeciones del Sr. Rajput no están muy claras. Parece estar de acuerdo con el principio, pero cuestiona su aplicabilidad a normas específicas. Es evidente que sus preocupaciones carecen de fundamento porque no todas las normas que ha mencionado son de *ius cogens*. Por último, el orador no tiene inconveniente en que se incluya un texto sobre la divisibilidad en respuesta a una cuestión planteada por dos miembros.

Los proyectos de conclusión 18 y 19 han sido aprobados casi por unanimidad. El orador no se opone al texto propuesto por la Sra. Galvão Teles, que retoma el empleado en la causa relativa a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*. También coincide con los siete miembros que han afirmado que los proyectos de conclusión 18 a 21 no solo deben ser aplicables a los Estados, sino también a las organizaciones internacionales.

El Sr. Rajput se ha aferrado al deseo de insertar la palabra “grave” en el proyecto de conclusión 21 y ha tratado erróneamente de introducirla también en el proyecto de conclusión 18. Ha aducido un sinnúmero de razones para ello vinculando la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. En ningún momento se afirma en ese proyecto de artículos que las obligaciones *erga omnes* que emanen de una norma imperativa dependan de la gravedad de la violación de esa norma. En segundo lugar, y más importante aún, la afirmación del Sr. Rajput parte de un malentendido fundamental tanto del tercer informe como de la relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas. No cabe duda de que las obligaciones *erga omnes* no son lo mismo que las normas imperativas y, como ha señalado el Sr. Reinisch, el tercer informe lo deja claro. Por consiguiente, toda referencia al párrafo 7) del comentario al capítulo III carece de pertinencia. El Sr. Rajput parece asumir que las obligaciones —*erga omnes* o de otro tipo— se sostienen por sí mismas, ya dimanen de reglas o normas. De ahí que los dos conceptos, aunque no sean sinónimos, estén relacionados. Las normas imperativas no son obligaciones *erga omnes*, pero producen obligaciones *erga omnes*. El Sr. Rajput también parece afirmar que la existencia de las obligaciones depende de que se produzca una violación, cuando no es así. Una norma

imperativa establece una obligación *erga omnes* independientemente de que se haya violado o no.

Además, la cita por el Sr. Rajput de partes de los comentarios al proyecto de artículos es convenientemente selectiva. Por ejemplo, al citar el párrafo 7) del comentario al capítulo III, el orador ha ignorado el pasaje que lo precede, que dice lo siguiente:

"Los ejemplos que la [Corte Internacional de Justicia] ha dado de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanan de normas imperativas de derecho internacional general. Asimismo, los ejemplos de normas imperativas que dio la Comisión en su comentario a lo que luego fue el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 entrañan obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto."

Tampoco es cierto que el Relator Especial, James Crawford, comparta su enfoque. En el párrafo 87 de su primer informe (A/CN.4/490/Add.3), Crawford observó lo siguiente:

"De acuerdo con el derecho internacional vigente, hay dos categorías posibles: las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens*. Sin embargo, aunque estas son, por definición, normas y principios de trascendencia para toda la comunidad internacional, dichas categorías no se corresponden con el concepto de 'violaciones más graves'. Puede haber violaciones muy graves de obligaciones que no son *erga omnes* [...] y violaciones menores de obligaciones que sí son *erga omnes*."

Con respecto al proyecto de conclusión 20, párrafo 3, el orador no está seguro de que el Sr. Zagaynov tenga razón al afirmar la prioridad de los mecanismos de cooperación en el marco de las medidas de seguridad colectiva. Si bien las medidas de seguridad colectiva son el medio de cooperación más probable, ello no significa que tengan prioridad. Además, el informe ha demostrado claramente que algunas medidas de cooperación que son posibles como parte de medidas de seguridad colectiva no pueden adoptarse unilateralmente ni según las necesidades. Esos matices podrán abordarse en el comentario. El orador no se opone a la propuesta de añadir un texto de la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad* en el sentido de que las consecuencias del no reconocimiento no deben afectar negativamente ni desfavorecer a la población afectada y que, por consiguiente, deben reconocerse los actos que atañen a la población civil, como el registro de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios. Esa posición ya se ha expresado en el párrafo 100 del informe y el orador tiene la intención de proponer su inclusión en el comentario. No obstante, también se justifica su inclusión en el texto.

Cuatro miembros han propuesto que se añada un texto sobre las contramedidas. Dado que la legalidad de estas es muy controvertida, tal vez no sea prudente que la Comisión se adentre en ese terreno. No obstante, el orador está abierto a cualquier propuesta que los miembros puedan hacer en el Comité de Redacción.

Algunos miembros han cuestionado la conveniencia de omitir la palabra "grave" en el proyecto de conclusión 21. Esa omisión no se debe a un descuido. Es cierto que la Comisión debe atenerse en gran medida al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, a menos que haya buenas razones para apartarse de este. A ese respecto, el orador pide a los miembros que consideren la afirmación del Sr. Hmoud de que, en el momento en que se aprobó el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión no consideraba el deber de cooperar como *lex lata*, sino que estaba inmersa en un proceso de desarrollo progresivo. Dado que la disposición ha pasado a ser *lex lata*, se plantea la cuestión de si la Comisión no debe iniciar un ejercicio de desarrollo progresivo suprimiendo la palabra "grave". Al insistir en su inclusión, la Comisión parecerá sugerir que es lícito que los Estados reconozcan o incluso presten asistencia en caso de violaciones del *ius cogens* que no sean graves. Si se considera que un solo caso de tortura no es grave, ello implicaría que un Estado podría ayudar a otro Estado a torturar a una persona. Si la Comisión insiste en mantener la palabra "grave", en el comentario se tendrá que afirmar expresamente que en 2018 la Comisión consideró que un Estado era libre de reconocer o incluso de prestar asistencia en caso de violaciones del

ius cogens que no fueran graves. Al mismo tiempo, en el comentario se tendrá que dejar claro que algunos miembros, incluido el propio orador, disienten de esa opinión.

En los proyectos de conclusión 22 y 23 se abordan las cuestiones más delicadas. La mayoría de los miembros de la Comisión apoyan su inclusión. No obstante, algunos miembros, a saber, el Sr. Murphy, Sir Michael Wood, el Sr. Zagaynov, el Sr. Nolte, el Sr. Rajput y el Sr. Huang, se oponen firmemente. Otros, como el Sr. Ruda Santolaria, han dicho que, aunque no se oponen al contenido de los proyectos de conclusión 22 y 23, consideran que se refieren a una cuestión que debe abordarse en el contexto del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

Hubo una crítica en particular que el orador comparte en gran medida. El Sr. Murphy, el Sr. Zagaynov, el Sr. Nolte y Sir Michael Wood han señalado que los proyectos de conclusión 22 y 23 difieren de los demás proyectos de conclusión propuestos para el tema en que no abordan cuestiones metodológicas. El Sr. Zagaynov, por ejemplo, ha observado acertadamente que los proyectos de conclusión 22 y 23 se refieren a consecuencias específicas de ciertas normas de *ius cogens* en relación con los crímenes de derecho internacional, como la prohibición del genocidio, y no a las normas de *ius cogens* en general. El Sr. Zagaynov ha preguntado por qué las consecuencias de la libre determinación no se han examinado por separado. También cabe preguntarse por qué no se han abordado las consecuencias del uso de la fuerza o la discriminación racial, entre otras. El Sr. Nolte ha observado que uno de los aspectos centrales de la labor de la Comisión sobre el tema es la metodología utilizada para determinar todas las normas de *ius cogens* y sus consecuencias y que, si la Comisión trata de determinar las consecuencias específicas de determinadas normas de *ius cogens*, como las relativas al genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad, también tendrá que considerar las consecuencias específicas de otras normas. El Sr. Nolte también ha mencionado la libre determinación como ejemplo.

Todos estos son argumentos válidos, y el orador está de acuerdo en que constituyen una razón para no incluir los proyectos de conclusión 22 y 23. No obstante, recuerda que en el párrafo 17 de la sinopsis del tema se menciona expresamente la cuestión de las inmunidades. Aunque el Sr. Zagaynov y el Sr. Rajput no eran miembros de la Comisión cuando se examinó la sinopsis, sí lo eran el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, Sir Michael Wood y el Sr. Huang. Entonces no se planteó la discrepancia entre la cuestión de las inmunidades y el carácter metodológico del tema. Aunque el Sr. Murphy participó activamente en el debate de la Comisión sobre la sinopsis, en ese momento no se opuso al examen de la cuestión de las inmunidades por considerar que se trataba de normas primarias y sustantivas. Es extraño que se esgrima por primera vez ese argumento y que el examen de una cuestión que se ha propuesto en la sinopsis provoque tal sorpresa.

A ese respecto, el orador rechaza la afirmación del Sr. Rajput de que el tratamiento del tema sea un intento de aprovechar la división de opiniones que ha surgido en la Comisión en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En la sinopsis se ve claramente que el examen de la cuestión de las inmunidades como parte del tema de las normas imperativas de derecho internacional general estaba previsto mucho antes de 2017. Por esa razón, su inclusión no puede atribuirse a ninguno de esos motivos.

El Sr. Nolte tenía razón al vincular la propuesta de tratar las inmunidades con la propuesta de redactar una lista ilustrativa, ya que ambas guardan más relación con las normas sustantivas primarias que con el enfoque metodológico del tema. Los miembros recordarán que el orador aún no ha decidido qué debe proponerse para integrar esa lista ilustrativa. Su indecisión se debe al reconocimiento de la misma distinción entre sustancia y metodología que varios miembros de la Comisión han señalado en relación con su tercer informe. Desde el principio, algunos Estados y varios miembros de la Comisión han expresado su preocupación por la inclusión de una lista ilustrativa, lo que ha llevado al orador a preguntarse sobre la conveniencia de incluir tal lista. No obstante, no se puede decir lo mismo de las inmunidades. Algunos miembros de la Comisión han propuesto que esta aplace su examen de la cuestión de las inmunidades en el contexto del presente tema hasta que haya examinado las excepciones a la inmunidad en el marco del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo,

nunca antes se ha dicho que la cuestión de las inmunidades no debería examinarse en absoluto. De hecho, es una parte tan importante del tema de las normas imperativas de derecho internacional general que, en el volumen de 2015 del *Netherlands Yearbook of International Law*, Alexander Orakhelashvili criticó con cierto detalle el enfoque que suponía que la Comisión adoptaría al respecto.

No obstante, con independencia de que la cuestión de las inmunidades esté incluida en la sinopsis, no cabe duda de que varios miembros de la Comisión han planteado preocupaciones sustantivas legítimas. La Sra. Lehto ha observado con bastante razón que la decisión de examinar la cuestión de las inmunidades refleja la atención prestada a las posibles consecuencias del *ius cogens* que se han identificado con más frecuencia. El Sr. Murphy y otros miembros de la Comisión también han señalado que el examen de las excepciones a la inmunidad interferirá con los temas de los crímenes de lesa humanidad y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. De hecho, el Sr. Murphy ha dicho que dicho examen impedirá que la Comisión encuentre una solución en el contexto de su labor sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. No obstante, ya se ha encontrado una solución en la votación por mayoría del proyecto de artículo 7 sobre ese tema. Otros miembros que han apoyado el contenido del proyecto de conclusión 23 también han destacado la necesidad de evitar un solapamiento con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A ese respecto, el orador comparte la opinión de la Sra. Lehto en el sentido de que el proyecto de conclusión 23 es una norma general, mientras que el proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una norma específica. También se ha argumentado que el proyecto de conclusión 23 es más amplio que el proyecto de artículo 7.

El Sr. Murphy ha dicho que el tratamiento de la cuestión de los crímenes de lesa humanidad en el marco del tema de las normas imperativas de derecho internacional general tendrá un efecto negativo en la labor de la Comisión sobre el tema de los crímenes de lesa humanidad. Ha explicado que los Gobiernos le han dado a entender que el proyecto de conclusión 23 puede echar por tierra toda esperanza de lograr una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Con independencia de que el proyecto de conclusión plantee efectivamente ese riesgo, la Comisión no puede adoptar decisiones sobre la base de conversaciones privadas en las que no ha sido partícipe. A finales de 2017, cuando el proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se debatió en la Sexta Comisión, ningún Estado mencionó que el establecimiento de una excepción de inmunidad a los crímenes de lesa humanidad pondría en peligro las esperanzas de aprobar una convención sobre los crímenes de lesa humanidad.

También es injusto culpar a la labor de la Comisión sobre un tema del posible fracaso de su labor sobre otro. El orador espera que la Asamblea General decida elaborar una convención sobre crímenes de lesa humanidad, pero, si no lo hace, difícilmente se podrá culpar a su tercer informe, incluso si la Comisión aprueba el proyecto de conclusión 23. Puede haber otras razones, por ejemplo, la renuencia general de la Sexta Comisión a elaborar convenciones o su práctica de consenso. Es evidente, por ejemplo, que muchos Estados desean adherirse a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como tratado, pero, debido a la práctica de consenso, una minoría de Estados puede bloquear cualquier medida en ese sentido. Además, toda decisión futura de no elaborar una convención sobre los crímenes de lesa humanidad también podría atribuirse a la decisión de la Comisión de no incluir todos los crímenes más graves en el ámbito de ese tema. Desde el principio, el orador ha sostenido que el tema de los crímenes de lesa humanidad debe ampliarse, pero ha sido el único en la Comisión. La Sra. Escobar Hernández y el Sr. Jalloh se han sumado a sus argumentos después, pero la Comisión ha acabado por plegarse a la voluntad de la mayoría.

En cuanto al contenido de los proyectos de conclusión 22 y 23, el Sr. Murphy se ha mostrado crítico con los “novedosos argumentos” esgrimidos en apoyo del proyecto de conclusión 23, que considera “increíbles” y “engañosos”. Con “novedosos argumentos”, el Sr. Murphy se refiere a la distinción entre procedimientos penales y civiles. No obstante, el propio orador (Sr. Tladi) adujo el mismo argumento en su intervención sobre el quinto informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal

extranjera de los funcionarios del Estado. De hecho, su principal crítica a ese informe fue que no se había hecho una distinción de ese tipo. Otros miembros de la Comisión también han hecho esa distinción. Por esa razón, no había nada novedoso en esos argumentos.

Aunque el Sr. Murphy no ha explicado, en su declaración oral, por qué califica los argumentos presentados en apoyo del proyecto de conclusión 23 de "increíbles" y "engañosos", en las notas a pie de página de la versión escrita de su declaración se da una indicación de su razonamiento. En una nota a pie de página, el Sr. Murphy señala que la pertinencia de la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* quedó clara en la sinopsis del tema. Esa es una afirmación sorprendente, ya que, en su fallo sobre la causa, la Corte Internacional de Justicia adoptó el mismo enfoque que el orador en su tercer informe. En el párrafo 91 de su fallo, la Corte destacó que, para emitir su resolución, había examinado únicamente la inmunidad del propio Estado frente a la competencia de las cortes y tribunales de otros Estados; en la causa no se planteó la cuestión de si la inmunidad podía aplicarse en un proceso penal contra un funcionario del Estado y, en caso afirmativo, en qué medida. La Corte reiteró la distinción entre la inmunidad del Estado frente a las actuaciones civiles y la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios en otras partes de su fallo sobre la causa. El hecho de que la causa se haya mencionado en la sinopsis sinceramente carece de pertinencia. La sinopsis contiene un estudio de las decisiones de las cortes y tribunales y de otras fuentes y no hace ninguna afirmación sobre el contenido de las normas. La sinopsis establece el tema que se pretende estudiar y no constituye el estudio en sí. Además, la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* no se ha descartado simplemente, como ha dado a entender el Sr. Murphy. El fundamento mismo de la distinción que el Sr. Murphy ha calificado de novedosa se deriva de esa causa, entre otras.

En otra nota a pie de página, el Sr. Murphy argumentó que, aunque la práctica relativa a los procedimientos civiles se había considerado irrelevante en el tercer informe, el Relator Especial había citado causas civiles en apoyo de su posición, en particular la causa *Yousuf v. Samantar*, que se citaba en las notas 316 y 339. No obstante, en la nota 316, la causa *Yousuf v. Samantar* se cita únicamente como ejemplo de las fuentes utilizadas por los comentaristas que se basan en la práctica relativa a los procedimientos civiles para establecer conclusiones sobre la inmunidad de enjuiciamiento penal. En el párrafo correspondiente de su informe, el orador concluye que es la práctica en materia de procedimiento penal la que ha de constituir la base de cualquier norma de derecho internacional relativa a las excepciones a la inmunidad por la comisión de crímenes de *ius cogens*. En la nota 339, la causa *Yousuf v. Samantar* se cita por la misma razón que *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, es decir, para apoyar la opinión de que las causas relativas a procedimientos civiles no deben citarse como fuentes autorizadas en relación con las excepciones a la inmunidad en el contexto penal.

Así pues, las partes de la declaración del Sr. Murphy en que se habla de los "novedosos argumentos" presentados en el tercer informe son ellas mismas increíbles y engañosas. Por esta razón, entre otras, es preferible que los informes sean breves: los lectores a menudo se cansan y no alcanzan a ver los matices.

El Sr. Nolte ha hecho muchas observaciones sustantivas con las que el orador no está de acuerdo. En general, esas observaciones se refieren a la práctica disponible. Como la Sra. Lehto y la Sra. Escobar Hernández han argumentado en sus declaraciones, la práctica es abundante. El principal fallo de la declaración del Sr. Nolte es que incurre en error al asumir que el informe otorga carácter imperativo a los propios efectos. Sería sumamente sorprendente que el Sr. Nolte tratara de sugerir que la práctica disponible no es suficiente ni siquiera para establecer la existencia de una norma ordinaria de derecho internacional consuetudinario, ya que, en el pasado, la Comisión ha basado importantes proyectos de conclusiones en una práctica aún menos abundante. Cabe recordar que, como ya han señalado muchos miembros de la Comisión, la norma del objetor persistente se incluyó en su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario basándose únicamente en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*.

El Sr. Nolte ha sostenido que, como la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que las normas sustantivas de *ius cogens* y las normas sobre inmunidad, que son de carácter

procesal, constituyen conjuntos de normas que abordan cuestiones diferentes, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 23 resulta problemático. No obstante, los párrafos que el Sr. Nolte cita de la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* no guardan relación con esa distinción, que se hace en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*. Además, en el párrafo 60 de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* se hace una distinción totalmente distinta, a saber, entre inmunidad y responsabilidad penal. Esa segunda distinción se ha recogido en el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad.

El Sr. Murphy ha concluido su intervención señalando que se debería haber consultado a los relatores especiales de la Comisión para otros temas antes de proponer el proyecto de conclusión 23. No obstante, los temas sobre los que trabajan los relatores especiales de la Comisión no son de ellos, sino de la Comisión en su conjunto. Corresponde a la Comisión determinar si el relator especial para un tema determinado ha adoptado una decisión o una recomendación que afectará negativamente a la labor de esta sobre otro tema. De hecho, como Relator Especial para el tema de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, el orador actuaría de mala fe si privara a la Comisión de los resultados de su investigación en razón de pactos secretos con otros relatores especiales.

El informe es el único instrumento sobre el que el relator especial para un tema determinado ha de tener control absoluto. Los relatores especiales no deben guiarse por el deseo de no ofender a otros miembros de la Comisión ni crear divisiones dentro de esta. Además, nunca antes se ha afirmado que un relator especial esté obligado a consultar a otros relatores especiales. Aunque en el párrafo 39 del primer informe del Relator Especial sobre los crímenes de lesa humanidad se afirma que la prohibición de esos crímenes es una norma de *ius cogens*, el orador nunca fue consultado por el Sr. Murphy, que es el Relator Especial para ese tema. En el quinto informe del Relator Especial para el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, Sir Michael Wood, se propuso una cláusula “sin perjuicio” sobre el objetor persistente en el caso de las normas de *ius cogens*. Sir Michael Wood no ha abordado la cuestión con otros relatores especiales, ya que su deber es examinar materiales y hacer propuestas a la Comisión sobre la base de dichos materiales.

Algunos miembros de la Comisión que han apoyado firmemente los proyectos de conclusión 22 y 23 han propuesto que, aunque el proyecto de conclusión 23 se remita al Comité de Redacción, se deje en suspenso hasta que la Comisión concluya su labor sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Al principio el orador se sintió atraído por esa propuesta. No obstante, tras haber escuchado el debate y recordado el argumento de varios miembros de la Comisión de que los proyectos de conclusión 22 y 23 son intrínsecamente diferentes de los demás que se han propuesto para el tema porque se refieren a normas sustantivas y primarias, el orador considera que esa forma de proceder no haría sino retrasar lo inevitable.

El Sr. Murase, por ejemplo, ha señalado que podría aceptar los proyectos de conclusión 22 y 23 si la Comisión supiera a qué crímenes hacen referencia. No obstante, el orador (Sr. Tladi) se mostraría reacio a limitar la lista de crímenes de *ius cogens* a los incluidos en el proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Si se hiciera, se interrumpiría el desarrollo de una importante rama del derecho. Se podría establecer una lista ilustrativa de esos crímenes, pero ello no sería compatible con el proyecto de artículo 7. Algunos miembros de la Comisión han señalado que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado excluye las inmunidades previstas en los regímenes convencionales especializados. Por extensión, cabe suponer que esas inmunidades también quedarían excluidas del ámbito de aplicación de los proyectos de conclusión 22 y 23. No obstante, el orador sería renuente a afirmar que las normas relativas a los crímenes de *ius cogens* están sujetas a regímenes convencionales. Por lo tanto, ha llegado a la conclusión de que todo intento en ese sentido tropieza con múltiples dificultades. El problema no se puede resolver remitiendo el proyecto de conclusiones al Comité de Redacción y dejándolas en suspenso. Por consiguiente, tal vez sea preferible no abordar cuestiones relativas a esas normas

sustantivas y primarias en el marco del presente tema y justificar la no inclusión de los dos proyectos de conclusión sobre esa base.

Hay otra razón para no tratar de abordar cuestiones relacionadas con normas primarias. El orador considera que, en materia penal, existe una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en virtud del derecho internacional respecto de todos los crímenes de *ius cogens*. No obstante, también cree que no hay excepciones a la inmunidad *ratione personae*. Con todo, se muestra reacio a incluir en el proyecto de conclusiones una disposición en la que se reconozca que no hay ninguna excepción a la inmunidad *ratione personae*. De hecho, cree que no hay excepciones a la inmunidad de los funcionarios o del Estado en los procedimientos civiles por crímenes de *ius cogens*. Tiene la impresión de que, aunque las cortes y tribunales puedan desear que haya tal excepción, no darían el primer paso en esa dirección.

Por esas razones, el orador considera que la Comisión no debe tratar de abordar la cuestión de las inmunidades. En cualquier caso, cree que los proyectos de conclusión 22 y 23 deben considerarse conjuntamente. No obstante, hay que tener en cuenta que la cuestión de las inmunidades se debate con frecuencia tanto en la doctrina como en las cortes y tribunales, que en la sinopsis se afirma explícitamente que se examinará y que se ha incluido en el tercer informe. Por tanto, si la Comisión guarda silencio al respecto, ese silencio se interpretará como prueba de que no hay excepciones a la inmunidad *ratione materiae* por los crímenes de *ius cogens*. Por esta razón, una cláusula "sin perjuicio" podría ser la solución más apropiada.

Sobre esa base, el orador propone que los dos proyectos de conclusión se transmitan al Comité de Redacción en el entendimiento de que deberán redactarse de nuevo como cláusulas "sin perjuicio". Propone que los dos proyectos de conclusión vayan acompañados de un texto que diga lo siguiente: "El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de las consecuencias de las normas imperativas específicas/individuales/ particulares de derecho internacional general *(ius cogens)*". Ese texto no incluye la palabra "inmunidad", pero, por supuesto, se indicará en el comentario que la inmunidad es una de esas consecuencias, y el orador se compromete a redactar el comentario en forma de cláusula "sin perjuicio". El orador cree que su propuesta es óptima desde una perspectiva sustantiva y desde la perspectiva de la armonía interna de la Comisión.

El orador ha tomado nota de las observaciones de los miembros de la Comisión sobre el futuro programa de trabajo y las examinará detenidamente al preparar su cuarto informe. Espera que la Comisión esté en condiciones de remitir los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción.

El Presidente dice que entiende que la Comisión desea remitir los proyectos de conclusión 10 a 23 al Comité de Redacción teniendo en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas en el debate en sesión plenaria, y que, con respecto a los proyectos de conclusión 22 y 23, el Comité de Redacción trabajará sobre la base de la propuesta formulada por el Relator Especial en la presente sesión.

Así queda acordado.

Organización de los trabajos del período de sesiones (tema 1 del programa) *(continuación)*

El Sr. Jalloh (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre el tema de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* está integrado por el Sr. Cissé, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Gómez Robledo, el Sr. Grossman Guiloff, el Sr. Hmoud, el Sr. Huang, la Sra. Lehto, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Nguyen, el Sr. Nolte, la Sra. Oral, el Sr. Ouazzani Chahdi, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Rajput, el Sr. Reinisch, el Sr. Ruda Santolaria, el Sr. Saboia, el Sr. Šturma, el Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y el Sr. Zagaynov, junto con el Sr. Tladi (Relator Especial) y la Sra. Galvão Teles (Relatora), *ex officio*.

Se levanta la sesión a las 16.55 horas para que se reúna el Comité de Redacción sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens).